



جامعة الزيتونة الأردنية  
Al-Zaytoonah University of Jordan



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



# مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الثالث : الاصدار الثاني

## 2022

Volume(3) :Issue(2)

EBSCO  
HOST



# مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

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

المجلد الثالث: الاصدار الثاني

Volume(3): Issue(2)

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية

(د/4816/2021)

## هيئة التحرير

أ.د. سارة محمود العراسي  
رئيس هيئة التحرير  
د. علي عوض الجبرة  
مساعد رئيس هيئة التحرير  
اعضاء هيئة التحرير

أ.د. ياسين محمد الجبوري  
د. منير محمد العفشيات  
أ.د. محمد خليل ابو بكر  
د. هشام حامد الكساسبة  
د. محمد فهمي الغزوي  
د. محمد حسين المجالي

## التدقيق اللغوي والدعم الفني

د. علاء الدين زكي موسى  
( اللغة العربية )  
د. بلال محمد عياصرة  
( اللغة الانجليزية )  
د. سكينه محمد القطاونه  
محمد عبدالرزاق ابومحفوظ

## سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

تمّوز 2022



## 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. ويلى 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 هيكليّة البحث العلمي القائم على الالتزام بالتعليمات الواردة في بنود (تعليمات التنسيق والتقسيم والتوثيق وكيفية كتابة المصادر والمراجع) الخاصة بالمجلة.
- على الباحث (الباحثين) تسليم المجلة إقراراً خطياً ينصّ على عدم إرسال البحث أو نشره في كتاب أو مجلة تابعة لمؤسسة علمية أخرى.
- يتعين على الباحث بعد قبول البحث للنشر تعبئة نموذج انتقال حقوق الملكية وإرساله إلى عمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- على الباحث دفع النفقات المالية المترتبة على إجراء التحكيم في حال طلب سحب البحث، وعدم استكمال متابعة إجراءات التحكيم.
- يمكن للباحث الحصول على نسخ إلكترونيّاً من بحثه من موقع المجلة.
- في حال توقفت المجلة عن النشر - لأي سبب كان - يبقى الموقع الخاص بها متاحاً لأي باحث، إذ يستطيع من خلاله الدخول إلى أرشيف المجلة.
- أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا تردّ؛ سواء نشرت أم لم تنشر.
- قد تلجأ هيئة تحرير مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلى سحب البحث/المخطوط إذا وجدت فيه دليلاً قاطعاً على الانتحال أو السرقة، أو ثبت فيه وجود معلومات مُضلّلة غير موثوق بها بهدف الإساءة أو ما شابه، أو اكتشاف لاحق لأي سلوك غير أخلاقي في البحث، أو نشر بحث هو في الأصل منشور، ويتكّف الباحث أجور تحكيمه، ولا يسمح له بالتقدم للنشر في المجلة ثانيةً.
- لا يجوز نشر البحث أو أجزاء منه في مكان آخر بعد إقرار نشره في مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير.

## فهرس الابحاث

الترقيم	الباحث/الباحثون	عنوان البحث	الصفحة
1	عقل يوسف مصطفى مقابلة واثق مزهر علوان الفراجي	مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والعراقية) The Extent of the Authenticity of Genetic Fingerprint in Criminal Evidence "A Comparative Study in the Jordanian and Iraqi Laws"	04-21
2	عبد اللطيف بن محمد لمزرع	الحماية الإجرائية الجزائية للخصوصية الرقمية -التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد نموذجاً- دراسة مقارنة Procedural Criminal Protection of Digital Privacy "Telephone Capture and Teleconference as a Model" - Comparative Study	22-35
3	عبدالإله محمد علي سميران	العقوبات التأديبية الصادرة بحق الموظف العام Disciplinary Sanctions Against the Public Employee	36-47
4	نسرين ياسر محمد قاسم	مدى كفاية الدعوى الأصلية في الرقابة على دستورية القوانين وفقاً للتشريع الأردني The Extent to Which the Original Claim is Sufficient to Monitor the Constitutionality of Laws According to Jordanian Legislation	48-66
5	سارة بن محمد سالم وردة	الشفافية الإدارية في الجزائر: بعض التطبيقات Administrative Transparency in Algeria: Some Applications	67-77
6	هناء محمد سالم الازليدة	النزاع الدولي حول سد النهضة بين مصر وإثيوبيا والسودان The International Dispute over the Renaissance Dam Between Egypt, Ethiopia and Sudan	78-100
7	سجد احسان عدنان الحمادي	نطاق مسؤولية الأمم المتحدة في العراق بعد 2003 The Scope of Responsibility for the United Nations in Iraq After 2003	101-118
8	معتصم محمد عودة الغزو	الاسلاموفوبيا: التمييز ضد المسلمين في الولايات المتحدة الامريكية Islamophobia: Discrimination Against Muslims in the USA	119-130

موقف المشرع الأردني من التفرقة في المعاملة بين المدين التاجر  
وغير التاجر عند التوقف عن الدفع

131-152

**The Position of the Jordanian Legislator Regarding  
the Differentiation in the Treatment Between the  
Merchant and Non-Merchant Debtor when They  
Stop Paying.**

أكثم أيمن عبدالحليم عربيات

9

حق المساهم في الرقابة على إدارة الشركة المساهمة العامة "دراسة  
قانونية في ضوء أحكام قانون الشركات الأردني ومبادئ حوكمة  
الشركات التجارية"

153-168

**The shareholder's right to censorship the  
management of the Public Shareholding Company  
"A legal study in light of provisions of the  
Jordanian Company Law and principles of  
commercial corporate governance"**

ملاك عواد اسماعيل صوالحه

10



## مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

### (دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والعراقية)

عقل يوسف مصطفى مقابلة<sup>1</sup>، واثق مزهر علوان الفراجي<sup>2</sup>

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.01](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.01)

تاريخ استلام البحث 2022/02/17 .

تاريخ قبول البحث 2022/05/22 .

<sup>1</sup> قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن.

<sup>2</sup> تخصص القانون الجنائي، زارة الداخلية العراقية، العراق.

\* للمراسلة: [makableh@vu.edu.jo](mailto:makableh@vu.edu.jo)

### الملخص

يتيح مبدأ الإثبات الحر للقاضي بان يكون قناعته الذاتية من أي دليل يراه مناسباً للوصول للحقيقة، فهل يطبق هذا المبدأ على البصمة الوراثية؟ هذا ما حاولنا الإجابة عنه في هذا البحث. وقد خلصنا من هذا البحث إلى عدم وجود نص قانوني صريح يلزم القاضي بالأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، وان القضاء يعد البصمة الوراثية أحد أدلة الإثبات، ولم يميزها عن الأدلة الأخرى حيث يجوز الأخذ بها أو إهمالها، وأما شراح القانون الجنائي فقد اختلفوا بين مؤيد ومعارض من الأخذ بها أو إهمالها، وقد أوصينا المشرعين بضرورة وضع نص صريح للأخذ بالبصمة الوراثية في ظل التقدم العلمي في هذا المجال.

**الكلمات الدالة:** البصمة الوراثية، الإثبات الجنائي، الآثار البيولوجية، القرائن.

## The Extent of the Authenticity of Genetic Fingerprint in Criminal Evidence "A Comparative Study in the Jordanian and Iraqi Laws"

Aqel Yousef Mostafa Makableh<sup>1</sup>, Wathk Mezher Elwan Alfaraji<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Department of Public Law, Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan.

<sup>2</sup> Criminal Law, Iraqi Ministry of Interior, Iraq.

\* Crossponding author: [makableh@vu.edu.jo](mailto:makableh@vu.edu.jo)

Received: 17/02/2022.

Accepted: 22/05/2022.

### Abstract

The principle of freedom of proof permits a judge to formulate his own conviction based on any evidence he deems appropriate to establish the truth. Does that principle apply to DNA evidence? It is this question that we seek to answer in this study. We conclude that existing legislation does not explicitly provide that a judge is bound to uphold DNA evidence in criminal cases. The courts treat DNA evidence as one means of proof that does not necessarily outweigh other evidence; thus, a judge may uphold or disregard it. Legal commentators diverge on the matter as some of them support upholding the DNA evidence, while others oppose it. We recommend that legislatures introduce an explicit provision to uphold the DNA evidence in light of the advanced technology in this area.

**Keywords:** DNA, Criminal Evidence, Biometrics, Presumptions.



## المقدمة

ظل البحث الجنائي لفترات طويلة يعتمد على الطرق التقليدية في التحقيق واكتشاف الجرائم، إلى ان تم اكتشاف البصمة الوراثية عام 1984 على يد عالم الوراثة الانكليزي (Alec Jeffrey - أليك جيفري)، حيث أدت دوراً حاسماً في كشف الكثير من الجرائم.

ومن المعروف أن كل تطور علمي يُستجد يجب أن يصاحبه تغيير في الوسط الاجتماعي، ولأن القانون يعد ظاهرة اجتماعية فمن باب أولى أن يُعدّل المُشرع أحكام القانون لكي يتكيف مع المجتمع، وبخلاف ذلك يصبح القانون أداة لإبقاء المجتمع متخلفاً عن أي تطور علمي يحصل ومقيداً للتطورات والقدرات البشرية في مجال التقنيات والعلوم.

وبالرغم من دخول البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي ودقة نتائجها إلا أنها مازالت تثير العديد من التساؤلات في هذا المجال كخضوعها لسلطة القاضي التقديرية، كما أنها قد تشكل اعتداءً على حرية الأفراد. وبناءً على ذلك سنحاول تسليط الضوء على البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي من خلال البحث والتعمق في القوانين الأردنية والعراقية لغرض تشخيص نقاط الضعف والقوة إن وجدت في كل قانون ومن ثم الخروج ببعض الاقتراحات التي نأمل أن يأخذ بها كلا المُشرعين الأردني والعراقي.

ولما تقدم تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، خصص الأول لبيان أهمية البصمة الوراثية في مرحلتي الدعوى الجزائية. وخصص المبحث الثاني لبيان موقف المشرعين الأردني والعراقي من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي. أما المبحث الثالث فخصص لبيان رقابة محكمة التمييز على الأخذ بالبصمة الوراثية.

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في عدم تطابق البصمة الوراثية بين شخصين على وجه الأرض، مما يجعلها تقنية بالغة الدقة في مجال الإثبات الجنائي وهذا يميزها عن بقية الأدلة الأخرى.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانونين الأردني والعراقي، وبيان موقف القضاء والفقهاء من الأخذ بها في هذا المجال.

### إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة الرئيسية في بيان القيمة القانونية للبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانونين الأردني والعراقي، بالإضافة إلى اختلاف الفقه الجنائي في تحديد طبيعتها القانونية. وهناك بعض الإشكاليات الفرعية منها تلوث العينات البيولوجية، أو تبديلها قصداً أو بالخطأ وعدم وجود نص قانوني ينظم مسألة إتلاف تلك العينات بعد انتهاء التحقيق، بالإضافة إلى عدم وجود مختبرات متخصصة بالفحص الوراثي، كل ذلك يؤدي إلى التشكيك في دقة نتائج البصمة الوراثية وبالتالي التأثير سلباً على حجيتها في الإثبات الجنائي، مما يتطلب الأمر فرض رقابة محكمة التمييز على محاكم الموضوع في هذا الصدد.

## أسئلة الدراسة:

- 1- هل هناك إلزام قانوني للأخذ بنتائج البصمة الوراثية أو أن الأمر يعود لسلطة القاضي التقديرية؟
- 2- هل تعتبر البصمة الوراثية عملاً من أعمال التفتيش أو عملاً من أعمال الخبرة الطبية؟
- 3- ما هو موقف القضاء والفقهاء الجنائي من الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟

## خطة الدراسة

قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: أهمية البصمة الوراثية في مرحلتي الدعوى الجزائية.

المبحث الثاني: موقف المشرعين الأردني والعراقي من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي.

المبحث الثالث: رقابة محكمة التمييز على الأخذ بالبصمة الوراثية.

## المبحث الأول

### أهمية البصمة الوراثية في مرحلتي التحقيق والمحاكمة

إذا كانت النصوص القانونية قد كرست مبدأ الاقتناع القضائي في الإثبات الجنائي، فإن هذا المبدأ يصطدم بالأدلة العلمية البحتة التي لا يُلم بها القاضي، لذلك يثور التساؤل الآتي: هل يتم إعمال الدليل العلمي (البصمة الوراثية) في الإثبات الجنائي أمام المحاكم أو يتم الاعتماد على الاقتناع الشخصي للقاضي وإهمال الدليل العلمي؟ للإجابة عن ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حُصص الأول منهما لبيان أهمية البصمة الوراثية في مرحلة التحقيق الابتدائي، وحُصص الثاني لبيان أهمية البصمة الوراثية أمام محكمة الموضوع.

### المطلب الأول : أهمية البصمة الوراثية في مرحلة التحقيق الابتدائي

إذا رأَت النيابة العامة أن الدعوى تثير مسألة فنية بحتة، فيتوجب عليها الاستعانة بأشخاص ذوي خبرة يطلق عليهم مصطلح "الخبراء" (1). ومثال ذلك الطبيب (الشرعي أو العدلي) (2)، وإن استكمال إجراءات تحاليل البصمة الوراثية يتطلب حضور المتهم أمام سلطة التحقيق، لأن هروبه من الأمور المتوقعة دائماً، لذلك يبرر لقاضي التحقيق اتخاذ بعض الإجراءات لمنع هروبه كالقبض والتوقيف (3).

والعلة من التوقيف تمثل تدبيراً احترازياً لمنع المتهم من الفرار، وعدم تشويه أدلة الجريمة، ووضعه تحت تصرف المحقق، بالإضافة إلى ضمان تنفيذ العقوبة عليه عند صدور الحكم (4). والبصمة الوراثية تخول قاضي التحقيق إصدار أمر القبض على المتهم وتوقيفه، ويتم ذلك بناءً على أمر قضائي استناداً إلى المادة (103) من

(1) الأستدي، ضياء عبد الله. والحميدي، أحمد عبد. الطب العدلي القضائي، الطبعة الأولى، الدار المنهجية للنشر، عمان-الأردن، 2018، ص 29-30.

(2) استخدم المشرع الأردني مصطلح (الطبيب الشرعي)، أما العراقي فقد استخدم (الطبيب العدلي) المختصين بإجراء تحاليل البصمة الوراثية. انظر: المادة (11/ج) من نظام الخبرة أمام المحاكم النظامية الأردني، والمادة (4) من قانون الطب العدلي العراقي.

(3) عابد، عبد الحافظ عبد الهادي. الإثبات الجنائي بالفرائض، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة-مصر، 2003، ص 491.

(4) حسني، محمود نجيب. شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية-مصر، 2017، ص 655-656. انظر: المادة (114) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، تقابلها المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961. والمادة (92) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971.

ويتمثل موقف القضاة الأردني والعراقي من البصمة الوراثية في مرحلة التحقيق الابتدائي بالخبرة الطبية، ويستوي في ذلك أن يُندب الخبير من قبل المحقق أو بناء على طلب الخصوم، وبعدها يتم الحصول على تقرير صادر عن دائرة الطب العدلي في العراق، وإدارة المختبرات والأدلة الجرمية في الأردن، وبالتالي يملك المحقق إحالة المتهم إلى المحكمة أو إهمال تقرير الخبرة إذا لم يقتنع به (1).

لذلك فإن البصمة الوراثية تكفي وحدها قرينة لتقديم المتهم إلى المحاكمة إذا وجد أثره البيولوجي في مسرح الجريمة وأن هنالك تطابقاً للبصمة الوراثية للمتهم مع الأثر الموجود في مكان الجريمة، أما إذا لم يوجد تطابق فإنه يصدر قراراً بالإفراج عن المتهم وعلق الدعوى بحقه مؤقتاً (2). وهو ما أقرته محكمة جنايات السلط الأردنية في قرارها القاضي: (تجد المحكمة بأن تقرير إدارة المختبرات والأدلة الجرمية للعينات المأخوذة من موقع الجريمة...، أكد على أنه لا يوجد تطابق مع الجينات الوراثية للمتهم...)، وكذلك محكمة التمييز الاتحادية العراقية قضت بأن: (وتعزز ذلك ب...، والتقرير الطبي التشريحي المتضمن إصابة المجني عليه بإطلاقه واحدة في الظهر ومحضر ضبط الأسلحة ونتيجة فحصها... (3)).

وأخيراً فإن اللجوء إلى الخبراء في مرحلة التحقيق الابتدائي أمر جوازي يعود تقديره للمُحقق، إلا أن الواقع العملي يشير إلى أن الطبيب لا يكاد يفارق المحقق في مسرح الجريمة بل إن وجوده هام وضروري (4).

### المطلب الثاني: أهمية البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة

إذا كان للبصمة الوراثية تأثير مباشر على سلطة المحقق التقديرية من أجل إحالة المتهم إلى المحكمة، فإنها أمام قاضي الحكم تكون أكثر تأثيراً، لما تتسم به من دقة وموضوعية، ولأن طبيعتها العلمية قد تجعل القاضي عاجزاً حتى عن تكيفها أو مناقشتها باعتبارها وسيلة إثبات، مما قد يسهم في الحد من سلطته التقديرية في الاقتناع أو حتى إلغائها في بعض الأحيان، فحجية هذه الأدلة غالباً ما تضع القاضي في مأزق حقيقي (5).

ويصح الإثبات بالبصمة الوراثية متى ما اقتنع بها القاضي، إذا لم يوجد سند في القانون يمنعه من الاعتماد عليها، بشرط أن يبني قناعته على الجزم واليقين وليس على الشك والاحتمال، لأن الشك يفسر لصالح المتهم (6)، وقد قضت بذلك محكمة التمييز الاتحادية العراقية بقرارها القائل: (...، بنيت على الشك والاشتباه والظن وإن الظن

(1) والخبرة مندرجة تحت نص المادتين (39 و40) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادتين (69 و70) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية.

(2) المادة (51/أصول أردني)، تقابلها المادة (204/أصول عراقي).

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (2015/7704/7702) الهيئة الجزائية، المؤرخ في 2015/8/11، غير منشور.

(4) الزهراني، حسن عبد ربه. أثر الطب الشرعي في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة الطائف للعلوم الإنسانية، السعودية، المجلد 6، العدد 22، 2020، ص227-228.

(5) بوقصة، إيمان. الطب الشرعي وحجتيه في الإثبات الجنائي، بحث في مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 71، 2018، ص68.

(6) الوندواوي، ثائر جمال. وسواوي، مازن بدر، البصمة الوراثية DNA في الإثبات الجنائي، دار السنهوري للنشر، بغداد-العراق، 2019، ص103.

لا يعني عن الحق بشيء كما أن الشك يفسر لصالح المتهم<sup>(1)</sup>، وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: (...الأحكام الجزائية تبنى على الجرم واليقين لا على الشك والتخمين ...) (2).

لذلك استقر القضاء الأردني والعراقي على أن البصمة الوراثية قرينة قاطعة على وجود الشخص في مسرح الجريمة، إلا أنها ظنية في كونه هو الفاعل لها، فتطابق بصمة المتهم مع العينات المأخوذة من مكان الجريمة لا يعني ارتكابه لها، فوجود سائل منوي على ملابس المرأة لا يعني بالقطع أن المتهم نفسه هو فاعل الجريمة ولا يعني تكيف الفعل الإجرامي على أنه اغتصاب، فقد يكون بالتراضي، وقد يكون أمني بيده على ملابسها<sup>(3)</sup>، وهو ما أكدته محكمة استئناف عمان بقرارها المتضمن: (...، وحيث إن قضاء محكمة التمييز استقر على أن وجود بصمات المتهم وأي آثار لخلايا طلائية للمتهم في مسرح الجريمة لا تعني بالضرورة أنه هو من ارتكب الجريمة إذ إن السمات الوراثية قرينة لم تتأيد بأية بيئة أو قرينة أخرى يستدل منها وجود علاقة للمتهم بالأفعال الجرمية المرتكبة...) (4).

وقد تأيد ذلك بقرار محكمة التمييز الأردنية القائل: (والخلاصة أن ما ورد في تقرير الطب الشرعي المشار إليه هو قرينة على قيام المتهمة بقتل طفلها حديث الولادة ولكن هذه القرينة... ليست قرينة جازمة بل قابلة لإثبات العكس...، وبالتالي فإن المحكمة وإزاء هذه القرينة الاحتمالية لا تقطع بقيام المتهمة بقتل مولودها) (5).

وتتولد القناعة لدى قاضي الحكم من خلال التحقيق الذي يجريه في جلسات المحاكمة، إذ يقوم بدراسة التقرير بدقة والإطلاع على كافة النتائج، ووضوحها، فلا يجوز الاستناد إلى تقرير طبي غامض لم توضح أسبابه، وقد يتطلب الأمر دعوة الطبيب للاستيضاح منه عن الغموض<sup>(6)</sup>، وللخصوم الطعن بقرار الخبير<sup>(7)</sup>.

وبعد الانتهاء من مناقشة التقرير الطبي من قبل المحكمة يوضع في ميزان الأدلة لمعرفة قيمته القانونية، ويعتبر أحد الأدلة وليس له أي قوة في الإثبات الجزائي أكثر من كونه أحد عناصر الإثبات الأخرى<sup>(8)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن القضاء المقارن يعول على تقرير البصمة الوراثية كدليل في الدعوى الجزائية إذا كان معززاً بأدلة وقرائن أخرى، وقد تأكد ذلك بقرار محكمة التمييز الأردنية المتضمن: (...، فإن تقرير نتائج فحص العينات الذي جاء فيه تطابق السمات الوراثية...، والشال المحرز...، يعتبر دليلاً على أن المتهم هو الذي دخل إلى منزل المشتكي وإحداث السرقة)<sup>(9)</sup>. وقضت هذا المحكمة أيضاً: (أن الأفعال التي أقدم عليها المتهم الثابتة من خلال شهادة المجني عليه وشهادة والده والمعززة بالتقرير الطبي الجنائي الذي أثبت أن الخلايا الطلائية الموجودة

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (2015/8027)، 2015/8/30.

(2) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2021/2198) الصادر بتاريخ 2021/7/11، موقع (قسطاس).

(3) سعيد، عباس فاضل. وحمودي، محمد عباس. استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 11، العدد 41، 2009، ص296.

(4) قرار محكمة استئناف عمان رقم (2019/18425) المؤرخ في 2019/7/14، موقع (قسطاس).

(5) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2014/561)، بتاريخ 2014/5/29، موقع (قسطاس).

(6) الأسدي، ضياء عبد الله. والحميداري، أحمد عبد. الطب العدلي القضائي، ط1، الدار المنهجية للنشر، عمان-الأردن، 2018، ص32. وانظر: المادتين (161/2) و (226/1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

والمادة (145) من قانون الإثبات العراقي.

(7) وهو ما نصت عليه المادة (146) من قانون الإثبات العراقي. تقابلها المادة (3/86) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(8) فقد نصت المادة (140/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 على أن: (رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير...).

كما أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 قد نص على ذلك في المادة (4/86) التي جاء فيها: (رأي الخبير لا يقيد المحكمة).

(9) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2019/1103)، 2019/5/21، موقع(قسطاس).

على قضيب المتهم تعود للمجني عليه...<sup>(1)</sup>. وكذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأن: (...، كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند إصدارها تطبيق أحكام القانون تطبيقاً صحيحاً بعد أن اعتمدت الأدلة الكافية...، والتي تمثلت ب...، والتقارير الطبية وكلها أدلة كافية ومقنعة للتجريم...)<sup>(2)</sup>.

وقد تعول المحكمة على التقرير الطبي في تعزيز الأدلة الأخرى إذا كان متفقاً معها، أو تطرحه إذا كان متعارضاً معها، باعتبارها جميعاً من أدلة الدعوى، وهو ما قضت به محكمة جنايات الرصافة العراقية بالقول: (إن أقوال المدعين بالحق الشخصي...، كما تعززت بالتقرير الطبي... وبالتالي الأدلة تكفي لإدانة المتهم...)

وبالنتيجة فإن المحكمة هي الخبير الأعلى، فلها أن تأخذ بالتقرير كاملاً أو ترفضه كاملاً، أو تأخذ بجزء منه وتطرح الباقي، ولها أن تجزم بما لم يجزم به الطبيب، وإذا ذكر الطبيب رأيين لاحتمال حدوث الجريمة فمن حقها أن تجزم في أحدهما لأن المفاضلة بين الآراء من سلطتها، وإذا كان هناك عدة تقارير طبية واختلف الأطباء فيما بينهم في الرأي فللمحكمة أن تجزم برأي أحدهم، ولها أن تأخذ بتقرير الخبير الذي ندبته سلطة التحقيق وتطرح تقرير الخبير الذي ندبته هي أثناء المحاكمة، فالخبرة لا تقيد المحكمة<sup>(3)</sup>.

ويظهر أن دليل البصمة الوراثية وإن كان يؤدي دوراً بارزاً في التأثير على الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي في كافة مراحل الدعوى، إلا أن الاقتناع الشخصي نفسه لم يصمد أمام حجية الأدلة العلمية التي حلت محل هذا الاقتناع وجعلت لنفسها القول الفصل في الدعوى<sup>(4)</sup>.

ومما لا شك فيه أن تقنية البصمة الوراثية إذا ما أحسن استخدامها فإنها تصلح دليلاً قاطعاً في الإثبات والنفي وتؤدي بالتالي إلى بلوغ الحقيقة<sup>(5)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإننا نرى أن البصمة الوراثية تؤدي دوراً في مرحلة التحقيق الابتدائي يتمثل في تبرير اتخاذ بعض الإجراءات إزاء المتهم كالقبض والتوقيف، كما تؤثر على اقتناع المحقق الشخصي فيكون أمام خيارين إما ترجيح ثبوت التهمة والإحالة إلى المحاكمة، أو ترجيح عدم ثبوتها والإفراج عنه.

وأما بالنسبة لدور البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة فإن القضاءين الأردني والعراقي متفقان على اعتبارها قرينة قاطعة في الإثبات إذا تعززت بأدلة وقرائن أخرى أو الترجيح بين الأدلة المتناقضة، أو طرحها من الإثبات إذا كانت تتعارض مع المنطق والواقع والقانون، إلا أن القضاء العراقي تميز عن نظيره الأردني في اعتبارها دليلاً منفرداً وسبباً للحكم، وهذا ما أكدته المادة (140/أ) من قانون الإثبات العراقي وتطبيقات القضاء، لذا نتمنى أن يأخذ المشرع الأردني بالمقترح الذي قدمناه سابقاً، وأن لا يُهدر هذا الدليل، علماً بأن الأدلة الأخرى التي قد تتوفر في الدعوى قد لا ينتج عنها ما ينتج عن البصمة الوراثية في التعرف على الجناة وإظهار الحقيقة.

وبالتالي فإننا نستنتج بأن القضاء الوطني محل الدراسة يقرر بكل وضوح حجية الإثبات بالدليل المادي العلمي من خلال جواز استناد المحكمة على أي دليل تراه مناسباً لإظهار الحقيقة ومن ضمنها البصمة الوراثية،

(1) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2014/2072)، 2015/3/3، موقع (قسطاس).

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (الهيئة الجزائية الأولى) رقم (2016/2607)، 2016/5/11، غير منشور.

(3) الكيلاني، فاروق. محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفارابي للنشر، عمان-الأردن، 1985، ص275. وانظر أيضاً: الأسدي، ضياء عبد الله. والحميدوي،

أحمد عبد. مرجع سابق، ص216-217.

(4) بوقصبة، إيمان، مرجع سابق، ص70.

(5) الأحمد، حسام. البصمة الوراثية (حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر، لبنان-بيروت، 2010، ص145.

ومع ذلك فإنه لم يعطها حجية خاصة في قانون أصول المحاكمات الجزائية لكي يميزها عن باقي وسائل الإثبات الأخرى وللمحكمة أن تكون قناعتها من أي دليل في الدعوى.

## المبحث الثاني

### موقف المشرعين الأردني والعراقي من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

لقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خصص الأول منهما لبيان موقف المشرع الأردني من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، أما المطلب الثاني فخصص لبيان موقف المشرع العراقي من ذلك.

#### المطلب الأول: موقف المشرع الأردني من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

لقد أخذ المشرع الأردني بمبدأ الإثبات الحر من خلال إعطاء المحكمة حرية الإثبات بكافة الطرق ومنها استخدام تقنية البصمة الوراثية بسبب تطور نوعية الجرائم التي ترتكب من أجل مواكبة الظروف المستحدثة<sup>(1)</sup>، وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقرارها المتضمن: (إن محكمة الاستئناف... لها الحرية في وزن الأدلة والاعتناع بها بموجب المادة ((147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية) ...، وحيث إن محكمتنا وفي قرارها السابق قد أشارت إلى أن دليل البصمة الوراثية (DNA) هو دليل له أثره المنتج في الإثبات كونه دليلاً علمياً جازماً...<sup>(2)</sup>.

ولأسف لم نجد نصاً محدداً في القانون الأردني يبين أساس استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، لذلك انقسمت الآراء إلى اتجاهين في الأردن وكالاتي:

**الرأي الأول:** يرى أنصار هذا الرأي بأن فحص الآثار البيولوجية المأخوذة من الجسم لغرض تحليل البصمة الوراثية يعتبر من أعمال التفتيش ويخضع لنفس شروط وأحكام التفتيش<sup>(3)</sup>.

**أما الرأي الثاني:** فيرى أن البصمة الوراثية تدرج تحت أعمال الخبرة<sup>(4)</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني حيث اعتمد الخبرة الطبية في مجال الفحص الوراثي لغرض التعرف على الجناة أو المجني عليهم وهو ما أكدته المادة (1/39) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961 التي تنص على: (إذا توقف تمييز ماهية الجرم وأحواله على معرفة بعض الفنون والصنائع فعلى المدعي العام أن يستصحب واحداً أو أكثر من أرباب الفن والصناعة)، نلاحظ أن عبارة (... أرباب الفن والصناعة...) تشير إلى الأطباء والفنيين العاملين على إجراء تحاليل البصمة الوراثية، إذ إن المشرع أعطى المدعي العام صلاحية ندب الخبراء.

(1) نصت المادة (2/147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه: (تقام البينة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية).

(2) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2020/1770)، المؤرخ في 2020/8/25، منشور في موقع (قسطنطين).

(3) الدراوثة، حنان فرحان، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجزائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة العلوم الإسلامية العالمية لنيل شهادة الدكتوراه، عمان-الأردن، 2015، ص121.

(4) حسن، أمال عبد الرحمن يوسف، الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط عمان-الأردن، 2012، ص148.

وبالرجوع إلى نص المادة (1/110) من القانون المشار إليه نجد أنها تنص على: (يقتضي على كل من اتهم بارتكاب جرم... أن يذعن لإجراء أية معاملة قد تعين لتأمين إثبات هويته... بناءً على طلب أي ضابط شرطة أو درك مسؤول عن مركز الشرطة أو مأمور سجن).

ومن خلال هذا النص يثور التساؤل الآتي: ما مدى جواز إجراء فحص الـ(DNA) من قبل أعضاء الضابطة العدلية بهدف إثبات هوية الشخص وتخطي المدعي العام أو قاضي الحكم في ذلك؟ لقد انقسم الفقه الجنائي عند الإجابة على هذا التساؤل إلى قسمين وكالتالي:

**القسم الأول:** يرى جواز هذا الإجراء معللين حجتهم بأن التحقيقات الأولية التي يقوم بها رجال الضابطة العدلية ومن ضمنها تحاليل الـ(DNA) تشكل جزءاً لا يتجزأ من الإجراءات القضائية وبالتالي فلا ريب من إجرائها بدون استئذان القضاء مسبقاً، طالما أنه يمكن الطعن ببطلانها أثناء المحاكمة، فضلاً عن أن هذه التحاليل تُصنف كتدابير مستعجلة لا يجوز إرجاؤها إلى ما بعد استئذان القاضي.

**يرى القسم الثاني** من الفقهاء عدم جواز إجراء فحص الـ(DNA) بناءً على إذن من أعضاء الضابطة العدلية، لأن فحص الـ(DNA) من الأعمال الفنية، ويعود لسلطة التحقيق (النيابة العامة) أو المحكمة إعطاء الإذن لتعيين خبير، بحيث يقتصر دور رجال الشرطة على استخراج وحفظ الآثار البيولوجية، وانتظار الإذن لمباشرة التحليل<sup>(1)</sup> وهذا ما يرححه الباحثان.

كما أن قانون البيئات الأردني رقم (30) لسنة 1952 اعتبر بأن الخبرة هي إحدى وسائل الإثبات وتعتبر من البيئات<sup>(2)</sup>، وقد ألزم المشرع الأطباء والخبراء بأن يقوموا بأداء القسم قبل مباشرتهم المهمة الموكولة إليهم<sup>(3)</sup>، وهذه ضمانات قانونية مهمة في مجال الإثبات الجنائي لأن نتائج البصمة الوراثية يمكن أن تبرئ مداناً أو تدين بريئاً. وبما أن البصمة الوراثية تندرج تحت أعمال الخبرة الطبية فإن قواعد الخبرة هي التي تنظم عمل المؤسسات الصحية التي تمارس إجراء الفحص الوراثي، خصوصاً إذا ما استخدمت في مجال الإثبات الجنائي<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: موقف المشرع العراقي من البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي

يشترط في الأدلة التي يلجأ إليها القاضي أن تؤدي إلى اقتناعه، وهذا يعني أن جميع أدلة الإثبات تكون مقبولة وليس هناك تسلسل معين فيما بينها من حيث قوتها التدليلية وقد سار المشرع العراقي على هذا النهج كما

(1) الجريوي، منار محمد سعد. البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الخليجية، مملكة البحرين، 2009، ص 157-158.

(2) انظر الفقرة (6) من المادة (2)، من قانون البيئات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته.

(3) المادة (41) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961.

(4) العظيات، باسم سعيد أحمد. حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، عمان-الأردن، 2016، ص 38.

فعل المشرع الأردني<sup>(1)</sup>، حيث نصت المادة (213/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971، على: (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة وهي الإقرار.... وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الأخرى المقررة قانوناً)، وهذا يعني أن المحكمة تحكم على المتهم بأي دليل تقتنع به ومن ضمنها "تقارير الخبراء والفنيين" أي التقارير الطبية التي تعتبر البصمة الوراثية نوعاً منها.

وبناء عليه فإن البصمة الوراثية تعتبر من أعمال الخبرة الطبية وتجد سندها القانوني في المادة (69/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي التي تنص على أنه: (يجوز للقاضي أو المحقق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أن يندب خبيراً أو أكثر لإبداء الرأي فيما له صلة بالجريمة التي يجري التحقيق فيها) وهذا ما تؤكدته المادة (166) من ذات القانون.

بالإضافة لذلك نجد أن المادة (70) من قانون أصول المحاكمات الجزائية المشار إليها قد نصت على أنه: (لقاضي التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جنابة أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه وأخذ تصويره الشمسي أو بصمة أصابعه أو قليل من دمه أو شعره أو أظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم عليها....). ويتبين لنا من هذا النص أن عبارة (... أو قليل من دمه أو شعره أو أظافره...)، تدل على جواز أخذ العينات البيولوجية من جسم الإنسان لغرض إجراء فحص البصمة الوراثية، وحسناً فعل المشرع العراقي عندما ذكر عبارة (... أو غير ذلك مما يفيد التحقيق...)، إذ جعل النص مفتوحاً مطلقاً ليستوعب المصادر الأخرى للفحص البيولوجي ومنها العرق والمنى والبول والمخاط... الخ. كما أن عبارة (... لإجراء الفحص اللازم عليها...) جاءت بصيغة العموم لتشمل جميع الفحوصات، ومن ضمنها فحص الـ(DNA).

كما أن المشرع العراقي كان أكثر وضوحاً في إقرار العمل بالبصمة الوراثية استناداً إلى قانون الطب العدلي رقم (37) لسنة 2013، فقد أجاز أخذ العينات البيولوجية وفحص العظام لتحديد الهوية وفحص المواد المنوية والدموية والشعر وفحص الحامض النووي بكافة الطرق وتزويد الجهات القضائية بما يخدم التحقيق<sup>(2)</sup>. وقد تم تأسيس قسم خاص لإجراء الفحص الوراثي في دائرة الطب العدلي التابعة لوزارة الصحة، وهذا ما تؤكدته المادة (14/أ) من قانون الطب العدلي المشار إليه التي نصت على: (تتكون دائرة الطب العدلي من الأقسام الآتية: ... رابعا-فحص بصمة الحامض النووي).

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 لم يتطرق صراحةً إلى الإثبات بالبصمة الوراثية وإنما عد الاستعانة بالوسائل العلمية في الإثبات من قبيل القرائن القضائية وهو ما جاء بالمادة (104) التي نصت على: (للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية)<sup>(3)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن الباحثين يستنتجان بأن كلا المشرعين الأردني والعراقي لم يضعوا نصاً صريحاً يتعلق بالبصمة الوراثية وإنما يتم العمل بها استناداً إلى قواعد الخبرة الطبية، إلا أن المشرع العراقي كان أكثر وضوحاً في إقرار العمل بالبصمة الوراثية مقارنةً بالتشريع الأردني، لأن النصوص المتعلقة بها في القوانين الأردنية

(1) الحضيبي، الحسن الطيب عبد السلام. الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة (دراسة مقارنة بين القانون الجنائي الليبي والفقه المعاصر)، رسالة ماجستير منشورة في جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية، ليبيا، 2016، ص22.

(2) المادة (5/أ) من قانون الطب العدلي العراقي رقم (37) لسنة 2013 وتعديلاته.

(3) المادة (102) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.



يسودها الغموض والضبابية وقد تناولت الخبرة بصورة أحكام عامة ولم تتطرق إلى أخذ العينات أو فحصها لأغراض التحقيق كما فعل المشرع العراقي، كما أن الأخير قد خول القاضي أو المحقق فقط صلاحية إعطاء الإذن لإجراء الفحص الوراثي، بخلاف المشرع الأردني الذي خول المحكمة والمدعي العام والضابطة العدلية بهذا الإجراء. ونتيجةً لذلك يقترح الباحثان أن تضاف فقرة إلى نص المادة (39) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (70) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، تنص صراحة على العمل بالبصمة الوراثية وأن يقتصر العمل بها على الجنايات والجرح التي لا تقل عقوبتها عن الحبس لمدة ثلاث سنوات. وحصر الإذن بإجراء الفحص الوراثي بقاضي التحقيق أو المحكمة فقط وتكون صياغة الفقرة المقترحة كالتالي: (لقاضي التحقيق أو قاضي الحكم أن يأذن بإجراء تحليل البصمة الوراثية في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ويكون ذلك رغماً عن الشخص الخاضع للفحص الوراثي إذا رفض أخذ العينة من جسده).

### المبحث الثالث

#### رقابة محكمة التمييز على الأخذ بالبصمة الوراثية

الأصل أن محكمة التمييز الأردنية ومحكمة التمييز الاتحادية العراقية هما الهيئتان القضائيتان الأعلىان اللتان تمارسان الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما أنهما لا تُعدان درجة من درجات التقاضي وهما محكمتا قانون، والأصل أن محكمة التمييز واحدة لذلك فهي ليست محكمة موضوع وليس مهمتها الفصل في الخصومة واتخاذ الإجراءات، وإنما مهمتها تدقيق الأحكام التي أصدرتها محاكم الموضوع ومدى مطابقتها للقانون، فلها أن تعيد الحكم إلى محكمة الموضوع إذا شابه خطأ لإعادة النظر فيه، واستثناءً من الأصل فقد أجاز القانون لمحكمة التمييز أن تكون محكمة موضوع<sup>(1)</sup>.

ولذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خُصص المطلب الأول لبيان موقف الفقهاء من رقابة محكمة التمييز، وخصص الثاني لبيان المسائل التي تراقبها محكمتا التمييز في الأردن والعراق على البصمة الوراثية.

#### المطلب الأول: موقف الفقهاء من رقابة محكمة التمييز

إذا كان بيان الأسباب القانونية المتمثلة بأركان الجريمة وظروفها والنص المنطبق عليها لا يثير إشكالاً فقهيّاً في مسألة رقابة محكمة التمييز، إلا أن بيان الأسباب الواقعية قد أثار جدلاً حاداً بين فقهاء القانون الجنائي فيما يتعلق بمدى ملاءمة ذلك مع مبدأ الاقتناع القضائي، وانقسموا إلى اتجاهين متعارضين هما:

#### الاتجاه الأول: المعارض لرقابة محكمة التمييز على سلطة قاضي الموضوع:

يذهب أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم الفقيه "جارو" إلى أن قاضي الموضوع غير ملزم ببيان تفصيلي لأدلة الإثبات التي أسس قناعته عليها بالإدانة أو البراءة، مادام ذلك يدخل ضمن اختصاص وظيفته، فما يُطالب به القاضي هو بيان أسباب حكمه القانونية دون الموضوعية حتى تتمكن محكمة التمييز من مباشرة وظيفتها في

(1) المادتان (290-289) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (263) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

الإشراف على التطبيق السليم للقانون. كما أن اختصاص ووظائف محكمة التمييز تختلف عن اختصاص محاكم الموضوع، وقد أيد هذا الاتجاه الفقه المصري تأسيساً على طبيعة اختصاصات محكمة النقض المصرية (التمييز)<sup>(1)</sup>.

### الاتجاه الثاني: المؤيد لرقابة محكمة التمييز:

يذهب هذا الاتجاه إلى تأييد رقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأخذ بالأدلة، ويرد أنصار هذا الاتجاه على المعارضين بالقول إن هناك فارقاً بين الاقتناع القضائي وبين سلامة التسبيب، فتسبيب الحكم لا يعني اقتناع القاضي، فالأقتناع شيء وقصور التسبيب شيء آخر، فرقابة محكمة التمييز تتمثل في نطاق الحكم القانوني لا الحكم الواقعي<sup>(2)</sup>، وتتنحصر في النظر بالطعن في الخطأ في القانون أو تطبيقه أو تأويله أو في الإجراءات الأصولية أو تقدير الأدلة أو العقوبة<sup>(3)</sup>.

ويتفق الباحثان مع الرأي المؤيد لرقابة محكمة التمييز على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة بصورة عامة، والبصمة الوراثية بشكل خاص، نظراً لخطورتها في الإثبات ولأن محكمة التمييز لا تبحث في أسباب إجراء البصمة الوراثية أو كيفية انتداب الخبير بل تبحث بالخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره.

### المطلب الثاني: المسائل التي تراقبها محكمتا التمييز في الأردن والعراق على البصمة الوراثية

بعد تدقيق محكمة التمييز للدعوى<sup>(4)</sup>، تصدر قرارها على أحد الوجوه الواردة في المادة (259) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي التي لم نجد لها مثيلاً في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ويجب على محكمة الموضوع توضيح أسباب إصدار قرارها<sup>(5)</sup>.

إن المسائل التي تراقبها محكمتا التمييز من الأخذ بالبصمة الوراثية متعددة لذلك قسم هذا المطلب إلى أربعة فروع هي:

الفرع الأول: الرقابة على تقدير الأخذ بتقرير خبير البصمة الوراثية أو إهماله.

الفرع الثاني: الرقابة على إيراد مضمون تقرير الخبرة والتناقض بين الأدلة.

الفرع الثالث: الرقابة على مشروعية الدليل أو الخطأ في الإجراءات أو التكييف.

الفرع الرابع: الرقابة على منطوق تقدير دليل البصمة الوراثية.

(1) عبيد، رؤوف، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الجيل للنشر، القاهرة-مصر، 1986، ص420-423. وانظر أيضاً: القيسي، طه خضير، حرية القاضي في الاقتناع، ط 1، دار الشروق الثقافية للنشر، بغداد-العراق، 2001، ص177.

(2) الرامنة، إبراهيم محمد علي. مبدأ حرية الإثبات الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، عمان-الأردن، المجلد 3، العدد 1، 2016، ص109.

(3) انظر المادة (274) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. والمادة (249) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(4) تمارس محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقابتها وفقاً لما رسمته المواد (264-249) من قانون أصول المحاكمات الجزائية. تقابلها المواد (290-279) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(5) انظر المادة (237) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (224) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

## الفرع الأول: الرقابة على تقدير الأخذ بتقرير خبير البصمة الوراثية أو إهماله

لقد استقر قضاء محكمتي التمييز في الأردن والعراق على أن للمحكمة سلطة تقدير الأدلة بما فيها رأي الخبير، إلا أنها ميزت في قضائها بين المسائل الفنية العادية، والمسائل العلمية البحتة<sup>(1)</sup> وذلك على النحو التالي:

أ- **المسائل الفنية العادية:** فيمكن لمحكمة الموضوع أن تهمل تقرير الخبير وتقضي بما يخالفه اعتماداً على الأدلة الأخرى المتوافرة في الدعوى الجزائية.

ب- **المسائل العلمية البحتة:** فلا يجوز للمحكمة إهمال تقرير الخبير إلا بناء على تقرير خبير آخر أو أنها تقوم بتسبب حكمها تسبباً منطقياً يتفق مع الواقع والمنطق، ولعل البصمة الوراثية تندرج تحت الثانية (المسائل العلمية البحتة)، وتخرج بحكم طبيعتها العلمية عن الأولى، وبالتالي فلا يجوز لمحكمة الموضوع إهمال تقرير الخبرة الوراثي، إلا إذا كان متعارضاً مع تقرير طبي آخر في نفس المجال (تقرير خبرة وراثي)، أو كان هذا التقرير مخالفاً للقانون أو لأي سبب آخر يسوغ للمحكمة موقفها الرفض لهذا الدليل، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بقولها لقد: (أخطأت المحكمة باعتمادها تقرير الخبرة والحكم بناء على ما جاء به بالرغم من مخالفته للأصول والقانون والواقع)<sup>(2)</sup>.

ففي المسائل الفنية العادية لا رقابة لمحكمة التمييز على القاضي في حال الأخذ بالتقرير الطبي أو إهماله، أما إذا لجأ القاضي إلى المسائل العلمية البحتة (البصمة الوراثية) فيجب أن يكون قراره مسبباً ومعللاً في حال الأخذ بها أو إهمالها، وإلا كان القرار مستوجباً للنقض لعيب القصور في التعليل أو الفساد في الاستدلال، مع مراعاة أن التقرير الطبي لا ينقض إلا بتقرير طبي أقوى منه، فالخبرة لا تنقضها إلا الخبرة<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني: الرقابة على إيراد مضمون تقرير الخبير والتناقض بين الأدلة

### أولاً: الرقابة على إيراد مضمون تقرير الخبير:

يتوجب على القاضي أن يبين مضمون تقرير البصمة الوراثية الذي اعتمده دليلاً في تكوين قناعته بصورة كافية وواضحة، حتى تتمكن محكمة التمييز من مراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة، فلا يكفي أن يشير القاضي في حكمه إلى التقرير، وإنما يجب عليه أن يذكر فحوى الدليل بالتفصيل وبكل وضوح، وإلا كان القرار مشوباً بعيب القصور في التسبب<sup>(4)</sup>، ويجب أن يكون التقرير واضحاً وبعيداً عن الغموض، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: الرقابة على التناقض بين الأدلة:

(1) المادة (3/83) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988. وانظر أيضاً: المادة (132) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

(2) تمييز/حقوق، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2019/7393)، المؤرخ في 2020/2/10، منشور على موقع (قسطاس).

(3) أبو عليم، نصر محمد سليمان. والعطيات، باسم سعيد أحمد. حجية البصمة الوراثية وسلطة المحكمة في الأخذ بها بالإثبات الجزائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد-كلية القانون، بغداد-العراق، المجلد 32، العدد 2، 2017، ص163.

(4) محمد، فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، 2006، ص353.

(5) تمييز/حقوق، قرار محكمة التمييز الأردنية (هيئة عامة) رقم (2021/1915) المؤرخ في 2021/6/1، موقع (قسطاس).

إن من مستلزمات التسبب الواضح للحكم أن لا يكون هناك تناقض بين الأدلة، مما يهدر قيمة الأدلة العلمية التي اعتمدها المحكمة دون أن تحاول تفسير هذا التناقض، والتناقض المعيب للحكم هو الذي يقع بين عناصره سواء كان بين تقارير البصمة الوراثية بعضها مع بعض أو مع دليل آخر، أو بينها وبين ما أثبتته من وقائع منسوبة للمتهم<sup>(1)</sup>، وفي ذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأن: (...، لا يؤخذ بتقرير معهد الطب العدلي لعمر المتهم إذا تعارض مع ظاهر جنسه والوثائق الرسمية المثبتة لعمره)<sup>(2)</sup>.  
وقضت محكمة التمييز الأردنية: (...، أخطأت محكمة أمن الدولة في إدانتها للمميز رغم تناقض الأدلة وتهافتها وإنما في حكمها لم تستند إلى أدلة متسادة متكاملة يقينية خلافاً لما استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقهي)<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الرقابة على مشروعية الدليل أو الخطأ في الإجراءات أو التكييف

#### أولاً: الرقابة على مشروعية الدليل أو الخطأ في الإجراءات:

يتوجب على القاضي أن يبني اقتناعه على دليل مستمد من إجراء صحيح وبالتالي لا يجوز الاستناد على دليل مستمد من إجراء باطل، أو بناء الحكم على دليل غير مشروع، وإلا أبطل معه الحكم تطبيقاً لقاعدة (ما بُني على باطل فهو باطل)<sup>(4)</sup>، وينبغي أن يبني قناعته من أدلة مستمدة من أوراق الدعوى.  
وقد قضت محكمة التمييز الأردنية ب: (أخطأت محكمة الاستئناف في قرارها والذي صدر استناداً إلى تقرير الخبرة مخالفاً للواقع والقانون ويشوبه عيب جوهري يوجب استبعاده كون أن الخبراء ليسوا من أصحاب المهنة...)<sup>(5)</sup>، وقضت أيضاً (إن قيام المحكمة باستبعاد شهادة المجني عليه على سند من القول بأنه يتعارض مع ما ورد في تقرير الطب الشرعي فهو إجراء مخالف للأصول والواقع...)<sup>(6)</sup>، وكذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية ب: (...، ويكون قرار المحكمة بتجريمه والحكم عليه مخالفاً للقانون وتقرر بالأكثرية نقض القرار الصادر بحقه وإلغاء التهمة الموجهة إليه والإفراج عنه لعدم كفاية الأدلة)<sup>(7)</sup>.

#### ثانياً: الرقابة على الخطأ في تكييف الواقعة:

(1) محمد، فاضل زبدان. مرجع سابق، ص357.

(2) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (1976/225) تمييزية، المؤرخ في 17/3/1976، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد 1، ص303.

(3) تمييز/جزاء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2019/227) المؤرخ في 10/3/2019، منشور في موقع (قسطاس).

(4) محب الدين، محمد مؤنس. شرح قانون الإجراءات الجنائية (الإثبات الجنائي)، الطبعة الأولى، الناشر موقع (اسك زاد) النسخة الرقمية، مصر، 2000، ص36.

(5) تمييز/حقوق، قرار محكمة التمييز الأردنية (هيئة عامة) رقم (2021/1915) المؤرخ في 1/6/2021، منشور في موقع المجلس القضائي الأردني على الرابط <http://www.jc.jo/ar/decision>.

(6) تمييز/جزاء، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2018/3285)، المؤرخ في 27/11/2018، منشور في موقع (قسطاس).

(7) قرار محكمة التمييز الاتحادية (هيئة موسعة) رقم (2014/814)، المؤرخ في 25/11/2014، غير منشور.

لمحكمة التمييز الرقابة على الخطأ في تكيف الواقعة استناداً إلى تقرير البصمة الوراثية وهو ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأن: (...، وحسبما جاء بالتقرير التشريحي الصادر من معهد الطب العدلي في بغداد ... وحيث إن محكمة الجنايات كيفت فعل المتهم المذكور وفق المادة (2/411) من قانون العقوبات فتكون قد أخطأت في التكيف القانوني الصحيح<sup>(1)</sup>، وقضت أيضاً: (ولدى الاطلاع على التقارير الطبية...، ومن كل ما تقدم تجد هذه الهيئة أن محكمة الجنايات قد أخطأت في التكيف القانوني...)<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الرابع: الرقابة على منطق تقدير دليل البصمة الوراثية

تمثل هذه الرقابة المجال الطبيعي الذي تمارس فيه محكمة التمييز رقابتها على سلطة القاضي في تأسيس قناعته الشخصية<sup>(3)</sup>، إذ يترتب على اعتراف المشرع بمبدأ "الاقتناع القضائي" اعتبار هذا الموضوع من سلطة القاضي التقديرية الكاملة من دون رقابة محكمة التمييز فلا يجوز لها أن تناقش اقتناع القاضي، كان تقول مثلاً ما كان يجوز له أن يقتنع بتقرير طبي أو يتوجب عليه أن يقتنع بآخر، وبالمقابل فإن سلطة القاضي ليست مطلقة في ذلك فإذا اعتمد في تقديره على أساليب ينكرها المنطق والعقل كان لمحكمة التمييز أن تردده إليه<sup>(4)</sup>.

وقد تميز المشرع العراقي بإعطاء محكمة التمييز الاتحادية سلطة الرقابة على الأخطاء الجوهرية التي تقع في إجراءات تقدير الأدلة أو تقدير العقوبة إذا كان الخطأ مؤثراً في الحكم<sup>(5)</sup>، ولم يحصر بذلك سلطة محكمة التمييز بالرقابة على الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله كما فعل المشرع الأردني<sup>(6)</sup>.

ويرجع عدم تدخل محكمة التمييز في تكوين قناعة القاضي إلى أمرين هما:

**الأول-** طبيعة السلطة التقديرية للقاضي وما تقوم عليه من مبدأ الاقتناع القضائي فقد يبدو دليلاً مقنعاً لقاضٍ إلا أنه ليس كذلك لقاضٍ آخر.

**الثاني-** إن محكمة التمييز هي محكمة قانون لا محكمة وقائع فلا تتدخل في وزن كفاية الأدلة أو عدم كفايتها، فالخطأ في تقدير الأدلة هو استخلاص خاطئ في المنطق لنتيجة معينة من دليل صحيح في القانون<sup>(7)</sup>.

وتأكيداً على ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية: (إن محكمة الجنايات الكبرى ولتكوين قناعتها هذه ناقشت أدلة الدعوى مناقشة وافية وسليمة...، فإنه لا رقابة لمحكمتنا عليها في هذه المسألة الموضوعية ما دام أن البيئة تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها ويكون الحكم...، واقعاً في محله ومتفقاً وأحكام القانون)<sup>(8)</sup>.

نستنتج مما تقدم أن محكمتي التمييز الأردنية والعراقية وضعتا البصمة الوراثية من ضمن المسائل العلمية البحتة التي لا يستطيع القاضي تجاهلها إلا إذا كان قراره مسبباً، وبخلافه يكون القرار معيباً، كما امتدت رقابة

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (الهيئة الجزائية) رقم (2013/7978)، المؤرخ في 2013/5/20، غير منشور.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية (الهيئة الجزائية) رقم (2016/3605)، المؤرخ في 2016/6/19، غير منشور.

(3) محمد، فاضل زيدان. مرجع سابق، ص 361.

(4) حسني، محمود نجيب. مرجع سابق، ص 853-854.

(5) القيسي، طه خضير، مرجع سابق، ص 181.

(6) انظر المادة (274/ثانياً) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. والمادة (249) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(7) محمد، فاضل زيدان. مرجع سابق، ص 362-363.

(8) تمييز/جزء، قرار محكمة التمييز الأردنية (هيئة خماسية) رقم (2021/96) المؤرخ في 2021/3/2، منشور في موقع (قسطاس).

محكمة التمييز إلى تقدير الأخذ بتقرير البصمة الوراثية أو إهماله، أو تناقض التقارير بعضها مع بعض أو بينها وبين الأدلة الأخرى، أو الرقابة على تكييف الواقعة أو الإجراءات الأصولية التي اتبعت في الحصول عليها ومدى مخالفتها للقانون لكي يكون الحكم خالياً من العيوب.

وبناءً عليه يرى الباحثان ضرورة ممارسة رقابة محكمة التمييز على جميع الأحكام الجزائية الصادرة عن محاكم الموضوع بناءً على تحليل البصمة الوراثية، نظراً لما قد ينطوي عليه تحليل البصمة الوراثية من المساس بحق الخصوصية الجينية والسلامة الجسدية، لذلك فإن الرقابة تكون خير ضمانة لأي شخص خاضع للفحص الوراثي.

## الخاتمة

لقد خلص الباحثان من هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات أهمها ما يلي:

### أولاً: النتائج:

- 1- كلا المشرعين الأردني والعراقي لم يضعوا نصاً صريحاً ينظم العمل بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وإنما يتم العمل بها استناداً إلى قواعد الخبرة الطبية.
- 2- القضاء الوطني محل الدراسة يقرر بكل وضوح حجية الإثبات بالدليل المادي العلمي من خلال جواز استناد المحكمة على أي دليل تراه مناسباً لإظهار الحقيقة ومن ضمنها البصمة الوراثية، ومع ذلك فإنه لم يعطها حجية خاصة في قانون أصول المحاكمات الجزائية لكي يميزها عن باقي وسائل الإثبات الأخرى.
- 3- لا تعتبر البصمة الوراثية في مرحلة المحاكمة حجة قاطعة في الإثبات الجنائي وإنما يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.
- 4- أجاز المشرع العراقي للمحكمة الاعتماد على تقرير الخبير كدليل إثبات منفرد ومن دون أن يعزز بأدلة أخرى وهذا ما أكدته المادة (140/أولاً) من قانون الإثبات العراقي، أما المشرع الأردني فلم يصرح بذلك.
- 5- إن محكمتي التمييز الأردنية والعراقية وضعتا البصمة الوراثية من ضمن المسائل العلمية البحتة التي لا يستطيع القاضي تجاهلها إلا إذا كان قراره مسبباً، وبخلافه يكون القرار معيباً.
- 6- اختلف الفقه الجنائي بين مؤيد ومعارض على الأخذ بالبصمة الوراثية في الإثبات الجنائي.

### ثانياً-التوصيات:

- 1- نقترح أن تضاف فقرة إلى نص المادتين (39) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، و(70) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، تنص صراحةً على العمل بالبصمة الوراثية، وتكون الفقرة المقترحة بالصياغة الآتية: (لقاضي الحكم أو المحقق أن يأذن بإجراء تحليل البصمة الوراثية في جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولو دون موافقة الشخص الخاضع للفحص الوراثي).
- 2- نقترح على المشرع الأردني أن يحصر صلاحية إعطاء الإذن لإجراء الفحص الوراثي بقاضي التحقيق (المدعي العام) أو قاضي الحكم، وعدم إعطاء هذه الصلاحية لبعض موظفي الضابطة العدلية إلا على سبيل الاستثناء

- وأن يقتصر العمل بها على الجنايات، والجنح التي لا تقل عقوبتها عن الحبس لمدة ثلاث سنوات لأن استخدامها في كافة الجنح سوف يؤدي إلى تأخير الفصل في دعاوي التي يجري فيها الفحص.
- 3- نقترح أن تضاف فقرة إلى نص المادتين (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، و(213) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، وتكون بالصياغة الآتية: (للمحكمة أن تتخذ من تقرير البصمة الوراثية سبباً لحكمها إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى ومستوفياً للشروط القانونية).
- 4- يوصي الباحثان ضرورة ممارسة رقابة محكمة التمييز على جميع الأحكام الصادرة بناءً على تحليل البصمة الوراثية، لكون تلك الرقابة خير ضمانة لأي شخص خاضع للفحص الوراثي.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً-الكتب:

- أحمد، بديعة علي، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه (دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر-الإسكندرية، 2011.
- الأحمد، حسام، البصمة الوراثية (حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر، لبنان-بيروت، 2010.
- الأسدي، ضياء عبد الله. والحميداوي، أحمد عبد، الطب العدلي القضائي، الطبعة الأولى، الدار المنهجية للنشر، عمان-الأردن، 2018.
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1982.
- الشناوي، محمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي (جرائم: الزنا والاعتصاب-السرقه والقتل-إثبات النسب ونفيه)، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث للنشر، القاهرة-مصر، 2010.
- الشهاوي، عادل، القتل العمد في التشريع المصري المقارن مع بحث خاص عن القتل العمد بطريق نقل عدوى الإيدز ودور البصمة الوراثية الـ "DNA" في الإثبات الجنائي ومبادئ الطب الشرعي والقيود والأوصاف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2017.
- العايدى، جنان ذاري عطية، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة)، الطبعة 1، مكتبة القانون والقضاء (الناشر صباح صادق جعفر الأنباري)، بغداد-العراق، 2018.
- فودة، عبد الحكم، القرائن القانونية والقضائية، دار الفكر والقانون للنشر، المنصورة-مصر، 2006.
- القيسي، طه خضير، حرية القاضي في الاقتناع، ط 1، دار الشروق الثقافية للنشر، بغداد-العراق، 2001.
- الكيلاني، فاروق، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفارابي للنشر، عمان-الأردن، 1985.
- محمد، فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، 2006.
- النبراوي، نبيل عبد الصبور، أحكام النسب في الفقه الإسلامي وضوابط اعتماد البصمة الوراثية في إثباته ونفيه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة-مصر، 2020.
- نوفل، حسين. الطب الشرعي والسموميات، منشورات جامعة دمشق-كلية الطب البشري، 2017.
- الوندواوي، ثائر جمال. وسوادي، مازن بدر، البصمة الوراثية DNA في الإثبات الجنائي، دار السنهوري للنشر، بغداد-العراق، 2019.

### ثانياً-الرسائل الجامعية:

- حسن، آمال عبد الرحمن يوسف، الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة الشرق الأوسط لنيل شهادة الماجستير في القانون العام-كلية الحقوق، عمان-الأردن، 2012.



- الحضيبي، الحسن الطيب عبد السلام، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، رسالة ماجستير منشورة في جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية، ليبيا، 2016.
- الجريوي، منار محمد سعد، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الخليجية-البحرين، 2009.
- الدراوشة، حنان فرحان، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجزائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة العلوم الإسلامية العالمية لنيل شهادة الدكتوراه، عمان-الأردن، 2015.
- العماري، نافع تكليف مجيد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير منشورة في جامعة بابل-كلية القانون، العراق-بابل، 2009.
- الهاللي، ظافر حبيب جبارة، النظام القانوني للهندسة الوراثية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد-كلية القانون، العراق، 2006.

### ثالثاً-الأبحاث القانونية:

- أبو عليم، نصر محمد سليمان، والعطيات، باسم سعيد أحمد. حجية البصمة الوراثية وسلطة المحكمة في الأخذ بها بالإثبات الجزائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد-كلية القانون، بغداد-العراق، المجلد 32، العدد 2، 2017.
- بوقصة، إيمان، الطب الشرعي وحجيته في الإثبات الجنائي، بحث في مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 71، 2018.
- الزهراني، حسن عبد ربه، أثر الطب الشرعي في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة الطائف للعلوم الإنسانية، السعودية، المجلد 6، العدد 22، 2020.
- الرماننة، إبراهيم محمد علي، مبدأ حرية الإثبات الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، عمان-الأردن، المجلد 3، العدد 1، 2016.

## الحماية الإجرائية الجزائية للخصوصية الرقمية

### -التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد نموذجاً- دراسة مقارنة

عبد اللطيف بن محمد بن مصطفى لمزرع\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.02](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.02)

\* مختبر الفلسفة والقانون والمجتمع، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،  
جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب.

تاريخ استلام البحث 2022/02/21.  
تاريخ قبول البحث 2022/06/29.

\* للمراسلة: [Abdolahmzzarah5@gmail.com](mailto:Abdolahmzzarah5@gmail.com)

### الملخص

أمام التطور التكنولوجي وظهور وسائل الاتصال الحديثة واستخدامها في مجال الجريمة، دفع المشرع إلى مواكبتها من خلال إدخال تقنية التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد، واعتمادها وسيلة إثبات حديثة يتم اللجوء إليها في حالة الضرورة من طرف قضاء التحقيق، وبشكل استثنائي من طرف الوكيل العام للملك بعد الحصول على إذن مسبق من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، لأن هذا الإجراء قد يؤثر سلباً على قرينة البراءة باعتبارها من المبادئ التي نصت عليها مختلف التشريعات والمواثيق الدولية، لتحقيق محاكمة عادلة تراعى فيها جميع ضمانات حقوق الدفاع من أجل الكشف عن الحقيقة.

الكلمات الدالة: حماية الحياة الخاصة، التنصت، قاضي التحقيق، المكالمات.

## Procedural Criminal Protection of Digital Privacy

### “Telephone Capture and Teleconference as a Model” - Comparative Study

Abdellatif Ben Mohamed Ben Moustapha Lamzarah\*

\* Law, Philosophy and Society Lab, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, University Sidi Mohamed Ben Abdallah, Fez, Morocco.

\* Crossponding author: [Abdolahmzzarah5@gmail.com](mailto:Abdolahmzzarah5@gmail.com)

Received: 21/02/2022.

Accepted: 29/06/2022.

### Abstract

Technological developments and the emergence of modern means of communication together with their use in the field of crime have pushed the legislator to catch up with them by introducing the technique of teleconferencing and telecommunication, and adopting it as a modern means of evidence, to be opted for, where necessary, by the examining magistrate and, exceptionally, by the King's Public Prosecutor, with the prior authorization of the First President of the Court of Appeal, as this measure may undermine the presumption of innocence, being one of the principles stipulated by various international legislation and charters, to achieve a fair trial in which all guarantees of the rights of the defense are considered in order to reveal the truth.

**Keywords:** Sanctity of Private Life, Eavesdropping, The Investigative Judge, Calls.

## المقدمة

تعد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد أحد محاور الصراع الرئيسية بين شعوب العالم المعاصر والسلطات الحاكمة، ومع أن مبادئ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية قد ترسخت في المواثيق الدولية والإقليمية وتشريعات الدول الديمقراطية، إلا أن هذا التطور السريع والمتلاحق في تقنيات المراقبة السمعية والبصرية والبدنية والنفسية للأفراد، وما تبعه من انتهاكات غير مشروعة لحرمة الحياة الخاصة، أدى إلى أن يتجدد الصراع، وارتفعت أصوات الفقه والقضاء في بعض الدول، مطالبة بحماية التنصت على المحادثات التليفونية والشفوية الخاصة، نظراً إلى أن هذا التنصت بات يشكل أخطر ما تواجهه حرمة الحياة الخاصة من تهديدات<sup>(1)</sup>.

ولذلك تعد الخصوصية من الحقوق الدستورية الأساسية اللازمة للشخص الطبيعي إذ تحرص المجتمعات خاصة الديمقراطية على كفالة هذا الحق، فالحق في الحياة الخاصة يعتبر عصب الحرية الشخصية وركيزة أساسية لحقوق الإنسان والحريات العامة وتبعاً لذلك يقتضي هذا الحق الاحترام من قبل السلطات والأفراد ولذلك يجب أن **تُكفل له** حماية ضد الاستعمال غير المشروع له<sup>(2)</sup>.

ومن المعلوم أن أكبر مشكل يعترض التشريع في ميدان الإجراءات الجنائية لضمان حسن سير العدالة وتحقيق المحاكمة العادلة، هو مشكل التوفيق بين فعالية الإجراءات التي تحمي أمن المجتمع وسلامته والمحافظة على النفس والأموال التي تضمن في ذات الوقت حقوق ضحايا الجرائم، وبين ضمان الحرية للمتهم التي لا تتحقق إلا بمنحه حقوقاً أساسية للدفاع عن نفسه في مراحل البحث والتحقيق والمحاكمة.

ونجد الحق في حرمة الحياة الخاصة ليس وليد الصدفة، فالدين الإسلامي نهى عن التجسس على خصوصية الغير حيث قال سبحانه وتعالى: "ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً"<sup>(3)</sup>؛ كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاغتياب والتجسس على الآخرين "إياكم والظن فإن الظن كذب الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تتاجسوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً"<sup>(4)</sup>.

أما التشريعات المقارنة فقد أقرت جوانب من حماية الخصوصية منذ مئات السنين، أما في العصر الحديث فنجد جل المواثيق ذات الشرعية الدولية أولت الاهتمام بالحياة الخاصة.

ولذلك سارع المشرع المغربي أسوة بغالبية التشريعات المقارنة التي سبقته في هذا المجال إلى التنصيص على النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال الأخرى من خلال المواد من 108 إلى 116 من قانون المسطرة الجنائية؛ واعتبره إجراءً استثنائياً أحاطه بضوابط مسطرية اعتبرها من النظام العام ورتب على عدم احترامها قيام المسؤولية الجنائية فضلاً عن ترتيب بطلان هذه الإجراءات .

(1) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة دراسة مقارنة في تشريعات التنصت و حرمة الحياة الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998، الطبعة الأولى، ص 9

(2) برشا ليديا، الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي أولحاج، السنة الجامعية 2020/2019، ص 1

(3) سورة الحجرات، الآية 12

(4) أبو هريرة، البخاري، صحيح البخاري، رقم 6066، صحيح.

ويحظى الموضوع بأهمية كبيرة لما له من ارتباط وثيق بحياة الفرد بشكل يومي ومستمر، كما تكمن أهميته بالأساس في كيفية حماية حق الأفراد في سرية محادثاتهم الهاتفية من أي اعتداء يقع عليه.

وتكمن إشكالية الموضوع في: مدى استطاعة المشرع المغربي توفير حماية إجرائية خاصة لحرمة الحياة الخاصة من خلال النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد؟

ولإجابة عن هذه الإشكالية، سنتبع التصميم التالي:

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء من مشروعية النقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية لالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد في الإجراءات الجزائية.

## المبحث الأول

### موقف الفقه والقضاء من مشروعية النقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد

من بين الإشكاليات التي احتدم النقاش بشأنها واستأثرت باهتمام المفكرين والحقوقيين؛ نجد إشكالية عملية التقاط المكالمات التي تتجاذبها مجموعة من التيارات الفكرية المتباينة بين مؤيد لمشروعية توظيف التقنيات الحديثة في ميدان الإثبات الجنائي ومناهض لهذه المشروعية.

سنتطرق في هذا المبحث إلى موقف الفقه من خلال (المطلب الأول)، على أن نخصص (المطلب الثاني) لإبراز موقف القضاء.

### المطلب الأول: موقف الفقه

انقسم الفقه حول موضوع مشروعية التقاط المكالمات والاتصالات إلى اتجاهين:

#### • اتجاه مؤيد:

الواقع أن أنصار هذا الاتجاه يعتبرون أن التقاط المكالمات والاتصالات مشروع، ويبررون موقفهم بأن الاستعانة بالتقدم العلمي والاكتشافات الحديثة غير محظور على أجهزة العدالة الجنائية، كما أنه ليس في التسجيل الصوتي أو التقاط المكالمات والاتصالات ما يشكل خرقاً للحياة الخاصة طالما أنها قد صدرت طوعاً واختياراً دون تأثير، شريطة ألا يكون ذلك مخالفاً للقانون<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الصدد ذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار أنه لا مانع من الاستعانة بمثل هذا الأسلوب العلمي لكشف الحقيقة ويبرر ذلك بمعدلات الجريمة المرتفعة، لاسيما جرائم القتل والخطف والدعارة وتجارة السلاح وغيرها، فمعظم

(1) محمد العروصي، نظام المكالمات والاتصالات المنجزة في قانون المسطرة الجنائية، مجلة الإشعاع، العدد 29، سنة 2004، ص 184.

هذه الجرائم تدخل في مفهوم الجريمة المنظمة، ويجب أن تعطى للشرطة صلاحية مراقبة المكالمات الهاتفية حتى يتسنى لها كشف الجناة، لأن الحرية الفردية لا يمكن حمايتها إلا من خلال المراقبة (1).

وفي نفس الاتجاه ذهب الفقه الأمريكي إلى اعتبار أن الجريمة في تزايد مستمر ومضطرد، وبالتالي يجب أن تعطى للشرطة وسيلة ناجعة وفعالة لمقاومة هذا النوع من الجرائم، فالمراقبة تفيد في اكتشاف مشاريع جرائم في طور الإنجاز أو جرائم عند وقوعها، لهذا يتوجب الاستعانة بأسلحة أكثر فعالية في مقاومة الجريمة عبر إباحة مراقبة المكالمات الهاتفية شريطة توافر ضوابط قانونية دقيقة (2).

واستناداً إلى ما ذكر أعلاه ومع كون التنصت يُعد تدبيراً استثنائياً ومحاطاً بضمانات وقيود، فإن بعض المنظمات والفعاليات الحقوقية، لا تخفى قلقها اتجاه هذا الإجراء بل رفضه مطلقاً (3)، لاسيما تخويل النيابة العامة صلاحية الأمر به، وذلك للاعتبارات التالية:

• تشير هذه الإجراءات التساؤل عن مدى انسجامها مع الفصل الرابع والعشرين من الدستور الذي نص على أن لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة، ولا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها، ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلها أو بعضها أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، وفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون.

• تتعارض هذه التدابير وحقوق الإنسان وحياته، وخاصة منها حقه في أن تحترم أسراره الحميمة، وحياته الشخصية، كما تتعارض ومبدأ قرينة البراءة الوارد في الفصل الأول من قانون المسطرة الجنائية.

• تشكل هذه التدابير وسائل إثبات غير سليمة وغير أخلاقية، على اعتبار أنها تقتض اللجوء إلى التحايل واستدراج الشخص المستهدف لإيقاعه في وضع يقيم الحجة على تورطه في الجريمة، أو جره إلى اتهام نفسه، الشيء الذي لا يقل خطورة عن العنف الذي ينبذه الجميع في مختلف مظاهره.

إن الإباحة القانونية لهذا التدبير قد تؤدي إلى المبالغة في استعماله وعدم حصره في وقائع محددة (4).

#### • اتجاه معارض:

هذا الاتجاه يغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ويعتبر النقاط المكالمات الهاتفية وتسجيلها إجراءً باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويرتكز في ذلك على أساس أن الإجراء المذكور يمس بحق الخلوة حين لا يفترض المتحدث أن هناك من يسترق السمع ويسجل مكالماته (1).

في هذا الاتجاه ذهب الفقه المصري إلى اعتبار أن مراقبة المكالمات الهاتفية إجراء ينتهك حقوق الإنسان وخاصة حق الخلوة، وهذا يدخل للمتحدث الشك في كونه يسترق سمعه من خلال التنصت عليه (5).

(1) محمد الخرشه، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2015، الطبعة الثانية، ص 75

(2) خالد الطويل، إثبات الجرائم والتفتيات الحديثة نظام النقاط المكالمات نموذجاً، مجلة الملف، العدد 10، سن 2007، ص 178

(3) المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، التقرير السنوي عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب لسنة 2003، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، مطبعة كادرا، الرباط، سنة 2004، ص 129

(4) أنوار المكي، التكنولوجيا الحديثة والعدالة الجنائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2020-2021، ص

229

(5) موسى رحومة، إشكالية قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1995-

1996، ص 292

## المطلب الثاني: موقف القضاء

بخصوص القضاء المغربي بالرغم من عدم إصداره لأي حكم صريح يقضي بشرعية التقاط المكالمات الهاتفية، إلا أنه يمكننا أن نستشف إضفاءه لطابع الشرعية على التقاط المكالمات الهاتفية من خلال تفعيل القضاء للنصوص القانونية المتعلقة بالتقاط على المستوى العملي وذلك باعتماد هذه التقنية والأخذ بها في التثبت من الجرائم وجمع الأدلة للوصول إلى الحقيقة.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بتازة<sup>(1)</sup> بما يلي: "وحيث أنه إلى غاية وقت قريب كانت عملية التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد ممنوعة بصفة مطلقة، إلا أنه نظرا لتطور وسائل الاتصال وتطور الدور الذي أصبحت تلعبه في ارتكاب الجريمة فإن قانون المسطرة الجنائية سمح لقاضي التحقيق في إطار ما تقتضيه ضرورة حق اللجوء إلى عملية التقاط المكالمات الهاتفية نظرا لما يتسم به التحقيق الإعدادي من طابع سري، الذي يضمن عدم إفشاء الأسرار الشخصية الخارجة عن حرية متابعة الذي يسمح له بصفة استثنائية سلوك هذه المسطرة وذلك من أجل جرائم محددة في الفقرة الثانية من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية".

وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بتازة<sup>(2)</sup> إلى ما يلي: "وحيث أنه يجب الإشارة بأن المشاهدة وضبط الجريمة لا يشترط فيها الرؤية فقط بل قد تكون كذلك عن طريق السمع متى تحقق ذلك بواسطة وسائل مشروعة مثل التقاط المكالمات الهاتفية المأمور بها بمقتضى أمر قضائي صادر وفق الشكل القانوني كما هو في القضية المعروضة على هذه المحكمة...".

وهذا ما أكدته محكمة النقض<sup>(3)</sup>: "لئن كان التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها طبقا للمادة 108 من قانون المسطرة الجنائية يشمل إجراء استثنائياً، فإن القانون منح لقاضي التحقيق إمكانية عامة في إطار سلطته التقديرية للجوء إليها كلما اقتضت ضرورة البحث ذلك دون التقييد بنوع الجريمة وخطورتها، لكون التقييد المنصوص عليه في المادة المذكورة يتعلق بالوكيل العام للملك ولا يمتد إلى قاضي التحقيق".

وفي القضاء الفرنسي أثير نقاش حول إمكانية التقاط المكالمات الهاتفية، حيث كانت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية تجيز إمكانية التنصت على المكالمات مبررة في إحدى قراراتها أن المكالمات الهاتفية لا تعتبر استنطاقاً ولا ترتبط بممارسة حقوق الدفاع وهي بذلك لا تخرق أي نص ولا مبدأ من مبادئ القانون.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 نوفمبر 2017<sup>(4)</sup>: "... أن السيد Boussier محامي القصر الملكي المغربي قد قدم عريضة إلى وكيل الجمهورية تتعلق بوقائع الابتزاز وأرفقها بتسجيل صوتي حصل بتاريخ 11 غشت من نفس السنة ما بين ممثل المملكة وصحفيان فرنسيان ألفا كتابا يسيء إلى المغرب،

(1) المحكمة الابتدائية بتازة، رقم 06/1846، صادر بتاريخ 2006/11/30، ملف عدد 06/1812، أورده رشيد بونعيم، التقاط المكالمات الهاتفية و الاتصالات المنجزة عن بعد بين الحق في الخصوصية و الضرورة التشريعية،

م س ، ص 58

(2) المحكمة الابتدائية بتازة، عدد 641، صادر بتاريخ 2006/11/30، ملف جنحي عدد 1816-06، غير منشور

(3) قرار لمحكمة النقض ، عدد 1817/3، الصادر بتاريخ 07/11/2007، في الملف الجنحي عدد 7294 /6/3/7، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67، ص 365

(4) cours de cassation ,Assemblée plénière, 18 novembre 2017 , N° de pourvoi- 82 .028 , publié au bulletin ; publié sur le site : Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 novembre 2017, 17-82.028, Publié au bulletin - Légifrance (legifrance.gouv.fr)

يتضمن محادثة هاتفية من خلالها طلب أحدهما سلفاً مقابل وعد بعدم نشر هذا الكتاب المتعلق بالعاهل المغربي، وأنه خلال البحث التمهيدي أدلى ممثل المملكة بتاريخ 21 غشت بتسجيل جديد يجمعه بأحدهما في مكان خاضع لمراقبة محققين آخرين قاموا بتنزيل فحوى المكالمات في محضر رسمي وعلى إثر بداية التحقيق بتاريخ 26 غشت قام محامي المملكة بإخبار المحققين بأن هناك موعداً حدد مسبقاً مع الصحفيين في اليوم الموالي أي 27 غشت 2015<sup>(1)</sup>.

هذا اللقاء بدوره تحت مراقبة الشرطة وخلال المحادثة الملتقطة بين الأطراف الثلاثة تم تسليم مبالغ مالية من طرف ممثل المملكة إلى الصحفيين الذين تم ضبطهما من طرف المحققين بعد تضمين هذا التسجيل في محضر رسمي ومتابعتها من أجل الابتزاز وذلك بتاريخ 27 غشت، إلا أن المعنيين رفعا عريضة أمام غرفة التحقيق من أجل إبطال المحاضر التي تضمنت صياغة التسجيلات.

وقد أعاب المعنيان على القرار ما يلي :

حول الوسيلة الأولى: أولاً أن العارضين طلبوا سلفاً الاعتراض على المشاركة غير المباشرة للسلطات العمومية في جمع أدلة من طرف الخواص، كما أعاب المعنيان على هيئة التحقيق أن تثبيت أجهزة تقنية في مكان عام أو خاص بدون موافقة المعني بالأمر لا يمكن الشروع فيه إلا إذا نص التحقيق على جناية أو جنحة تدخل في نطاق المادة 73-706<sup>(2)</sup>. قانون المسطرة الجنائية الفرنسي كما أن ممثل المشتكي هو من أرشد الباحثين للحصول على هذه الأدلة<sup>3</sup>.

ثانياً: أن الحق في المحاكمة العادلة ومشروعية وسائل الإثبات يقتضي عدم مشاركة السلطات العمومية، بشكل مباشر أو غير مباشر في الإعداد غير المشروع لوسائل الإثبات، كما أن الوجود المستمر للمحققين في مكان التقاء الأطراف تم بإيعاز من المشتكي وهو نفس التنسيق الذي أدى إلى إيقاف المشتبه بهما وبحوزتهما 80000

(1) attendu du qu'il résulte de l'arrêt que, le 20 aout 2015 A dénonce au procureur de la République des faits de chantage et d'extorsion de fonds en joignant à sa plainte l'enregistrement d'une conversation qui s'était déroulée le 11 aout précédent entre le représentant de cet Eta royaume de Maroc ; et deux journalistes auteurs d'un livre paru en 2012 ; conversation au cours de laquelle ceux-ci aurait sollicité le paiement d'une somme d'argent contre la promesse de ne pas publier cet ouvrage consacré au souverain marocain , qu'au cours de l'enquête préliminaire ouverte sur ces faits a produits le 21 aout l'enregistrement d'une nouvelle conversation qu'il venait d'avoir avec l'un des deux , en un lieu placé sous la surveillance des enquêteurs , qui en ont pas ailleurs retranscrit la teneur sur procès-verbal ; qu'après ouverture le 26 aout d'une information judiciaire, le représentant du palais royal a informé les enquêteurs qu'un nouveau rendez-vous avait été pris avec les deux intéressés le 27 aout , lequel s'est déroulé en lieu également placé sous surveillance policière , que l'issue de la conversation entre les trois protagonistes , enregistrée, des sommes d'argent ont été remises par le plaignant aux deux journalistes retranscrivant l'enregistrement sur procès-verbal, que mis en examen des chefs de chantages et extorsion de fonds , les 28 et 29 aout 2015 les deux mises en cause ont saisi la chambre de l'instruction de deux requêtes en nullité notamment des procès-verbaux de retranscription des enregistrements .

(2) art 706 - 73 tel qu'il a été modifié par la loi n° 2017 - 1550 du 30 octobre 2017 stipule que la procédure applicable à l'enquête , l'instruction , et le jugement des crimes et délit suivants est celle prévues par le présent code ,sous réserve des disposition du présent titre : crimes aggravé d'extorsion prévus par les articles 321 \_6 et 312 \_7 du code pénal .

(3) Attendu que les deux requérants font grief à l'arrêt de rejeter le moyen de nullité pris de la participation indirecte des autorités publiques au recueil des preuves produits par un particulier et dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure alors, selon le moyen que la mise en place d'un dispositif ayant pour objet , sans le consentement des intéressés, la captation , la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel , dans lieux publics ou privés n'est autorisée que lorsque l'information porte sur un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706 \_73 du code de procédure pénale ... et les enquêteurs ont procédé indirectement , par l'intermédiaire du représentant du plaignant, à l'obtention de telles preuves .

أورو ونسخ منها وكذا التزام بعدم نشر المؤلف مما يؤثر على حيادية أجهزة البحث والتحري، إلا أن هذا الأمر لا ينطبق على التسجيل في عريضة المطالبة بإلغاء التسجيلات<sup>(1)</sup>.

وحيث إن القرار تشيبت بشرعية مساعدة الضحية الذي وضع شكاية في شأن الابتزاز للمحققين في مباشرة الإجراءات وتنوير أبحاثهم بمختلف المعلومات المفيدة التي لها علاقة بالجريمة موضوع هذه الشكاية سواء أمام الضابطة القضائية أو أمام القضاء، حيث إن الجهتين الأخيرتين هما اللتان يوكل لهما القانون حق البحث والتحري للتأكد من صحة أو عدم صحة ما جاء بالشكاية، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الحديث عن اتفاق مسبق ما بين جهة التحقيق والمشتكي، كما أن التسجيلات تم إرسالها في حينه إلى المحققين من طرف المشتكي الذي يستغل أي ابتعاد للمشتكي بهما، من أجل إخبار المحققين الذين يوجدون خارج مكان اللقاء فضلا عن كون دور المحققين إلى غاية هذه اللحظة، ما زال سلبياً ينحصر في تتبع وقائع الابتزاز دون القيام بأي عمل إيجابي يمكن وصفه بالمشاركة في هذا العمل مما جعل غرفة التحقيق تستبعد هذه الوسيلة وتصرح بشرعية المكالمات المنجزة.

الوسيلة الثانية: وحيث إن المشتكى بهما يعييان أيضا على القرار بعدم أخذه بطلب إلغاء هذه التسجيلات لكونها تخالف الفصل 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة 5-100 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي والفصل الثاني من قانون 29 يوليو 1981، المتعلقة جميعها بحماية مصادر الصحافة من تدخل للسلطات العمومية كيفما كانت نتيجة التحقيقات، لكن غرفة التحقيق أكدت أن استناد المعنيين على الفصل 5-100 قانون المسطرة الجنائية الفرنسي لم يبينوا موضوع النزاع حول التسجيلات الملتقطة في كونها تمت من قبل شخص خاص بدون تدخل السلطة العامة ولم تحدد هوية أي مصدر من مصادرهم<sup>(2)</sup>.

وأن العارضين يتشبثان بأنهما لم يقدموا على أي تهديد مادي أو معنوي أو أي تصريحات تمس بسمعة ملك المغرب، و بناء عليه فإن الأمر لا يشكل اقترافا لهذه الجرح.

لكن بالرجوع إلى منطوق الفصلين 174 و 1-609 من قانون المسطرة الجنائية أنه أمام غرفة التحقيق وهي تبت في الإحالة بعد النقص لا يمكن إعادة البت في وسائل البطلان التي سبق لها النظر فيه وبالتالي لا يمكن للعارضين تقديم طلبات جديدة. من أجل هذه الأسباب فإن محكمة النقض ترفض الطلب وتعتمد الدليل المستمد من التسجيلات الصوتية في إدانة الصحفيين<sup>(3)</sup>.

(1) Que le droit au procès équitables et le principe de loyauté des preuves imposent aux autorités publiques de ne pas participer directement ou indirectement ; dans la confection irrégulière de preuves.

Contact téléphonique intervenus entre l'avocat et les enquêteurs ou cours de la rencontre de 27 aout 2015 ayant permis l'interpellation d'Éric X ... et de Catherine Y ... en possession des 80000 euros et d'exemplaires pour estimer cependant que cette participations des enquêteurs dans l'administrations de ces preuves était valide , la chambre de l'instruction a méconnu les textes et le principe précités.

(2) Attendu que M . X ... et Mme y ... font aussi grief à l'arrêt d'écarter le moyen de nullité prix de l'atteinte au secret des sources et dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure alors , selon le moyen , que les articles 10 de la convention européenne des droits de l'homme et l'art 100\_5 du code de procédure pénale et a la loi du 29 juillet 19981 prévoient le secret des sources des journalistes et organisent leur protection contre les ingérences de l'autorité publique , même si les mesures d'investigation sont demeurés sans résultat ; qu'en énonçant l'absence d'atteinte au secret des mesures en l'absence l'identification des sources des journalisations susvisées .

(3) Mais attendu qu'ils résulte des articles 174 et 609 du code de procédure pénal que devant la chambre de l'instruction , statuant sur renvoi après cassation ,seuls peuvent être invoques les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre de l'instruction dont l'arrêt a été annulé ; que, des lors , les demandeurs ne sauraient reprocher à l'arrêt de rejeter leurs demande de nullité fondées sur des moyens qui n'avaient pas été soulevés devant la chambre de l'instruction initialement saisie ; que le moyen est inopérant .



أما القضاء المصري فقد عرف تطوراً وتحولاً كبيرين بعد استبعاد الدليل المستمد من التنصت غير القانوني وتمثل ذلك في الاجتهاد المصري لمحكمة الجنايات بالجيزة التي استبعدت في إحدى قراراتها الدليل المستمد من مراقبة المحادثات التليفونية من قبيل مأموري الضبط القضائي، لأنه باسرها قبل وقوع الجريمة ودون الحصول على ترخيص مسبق في ذلك.

وتتلخص وقائع القضية في حصول أحد ضباط الإدارة العامة لمكافحة المخدرات على معلومات عن شخص يُتاجر في المخدرات، ولعدم تأكد ضابط مكافحة المخدرات من صحة تلك المعلومات بوسائل التحري العادية، لجأ إلى مراقبة التليفون الخاص بالمتهم دون الحصول على إذن قضائي، وصل إلى الحد الذي أخل فيه بكفاية التحريات، ثم حرر محضراً أكد فيه حيازة المتهم الأول على كمية من المخدرات في منزله ومكتبه، وأنه يقوم على ترويجها باستعمال هاتفه الخاص، فعرض وكيل النيابة المحضر على القاضي الجزائي الذي أذن بالمراقبة والتسجيل لمدة شهر، وندب المحرر المحضر لتنفيذ المراقبة والتسجيل، استمر ضابط مكافحة المخدرات بالتنصت على المحادثات التليفونية للمتهم الأول، التي كانت تسجل إلكترونياً إلى أن حرر محضراً ضمن فيه أن هذا الأخير يتحوز على كمية من المخدرات في منزله ومكتبه، وبعدها طلب الإذن بتفتيش المتهم وآخرين ذكرهم بالمحضر بأنهم عملاؤه المترددون عليه، فأصدر وكيل النيابة إذناً بتفتيش المتهم الأول وأسفر التفتيش عن ضبط مواد مخدرة، ودفع محامي المتهم ببطلان مراقبة المحادثات التليفونية، وبطلان كافة الإجراءات التي استندت إليها وترتبت عليها، استناداً إلى أن ضابط الشرطة القضائية قام بعملية المراقبة قبل الحصول على أمر مسبب من القاضي.

فقضت محكمة الجنايات ببراءة جميع المتهمين في هذه الجناية وبررت حكمها بقولها: "إن مراقبة تليفون المتهم الأول قد تمت قبل صدور إذن القاضي الجزائي بالمراقبة. كما أن محضر التحريات الذي قدمه الضابط لوكيل النيابة، عرض على القاضي الجزائي لاستصدار الإذن بالمراقبة التليفونية غير المشروعة التي اقترحها الضابط، وأنه متى بنيت التحريات كلها أو بعضها على استراق السمع غير المشروع، فإنها تكون التحريات باطلة لا تسمح باتخاذ إجراء خطير من إجراءات التحقيق كالمراقبة التليفونية. ويكون إذن القاضي الجزائي قد صدر باطلاً لبطلان التحريات التي بني عليها، ولأن إجراء المراقبة التليفونية إجراء من إجراءات التحقيق بقصد التتبع عن دليل من خلال المراقبة لإسناد التهمة إلى المتهم في جريمة وقعت بالفعل قبل صدور الإذن بالمراقبة، ولم تشرع المراقبة التليفونية إلى مراقبة الحقوق التي لا يجوز المساس بحرماتها وسريتها إلا بأمر قضائي مسبب" (1).

## المبحث الثاني

### الضمانات القانونية لالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد في الإجراءات الجزائية

يعتبر النقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد من بين المستجدات التشريعية التي جاء بها قانون المسطرة الجنائية المغربي، وبهذا يكون المشرع المغربي قد نظم لأول مرة هذا الإجراء تحقيقاً لرغبة حقوقية تتجسد في ملاءمة هذا القانون مع المواثيق الدولية ذات الصلة بالموضوع من جهة وكذا التقارب التشريعي مع بعض التشريعات المقارنة من جهة أخرى .

(1) محكمة جنايات الجيزة، عدد 3100، صادر بتاريخ 19/11/1989، أشار إليه محمد خرشة، مشروعوية الصوت و الصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، م س، ص 102

ولقد رخص المشرع المغربي ترخيصا استثنائيا للسلطات القضائية المختصة في المواد من 108 إلى 116 من قانون المسطرة الجنائية؛ إلا أن هذا الترخيص القضائي بإصدار الأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد مخول لجهات قضائية محصورة (المطلب الأول)، كما أن هذا الإجراء مرتبط باحترام مجموعة من الضوابط القانونية (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول: الجهات القضائية المصدرة لأمر التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بمنع التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد، فإن المشرع المغربي قد أجاز استثناء لجهات حددها حصراً سلطة الأمر باعتراض هذه المكالمات. ولقد أجاز المشرع المغربي التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد بمقتضى قانون مكافحة الإرهاب رقم 03/03؛ واعتبر هذا الإجراء بمنزلة عنصر لإثبات الجرائم ومنها الجرائم الإرهابية. وكذلك خول المشرع المغربي من خلال المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية لجهتين اثنتين صلاحية الأمر بالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد: هما قاضي التحقيق (الفقرة الأولى) والوكيل العام للملك (الفقرة الثانية) .

وفي هذا المطلب سنتناول اختصاص كل جهة بإصدار الأمر بالتقاط ونطاق هذا الاختصاص.

#### الفقرة الأولى: قاضي التحقيق

خولت مقتضيات المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية صراحة لقاضي التحقيق صلاحية الأمر كتابة بالتقاط المكالمات والاتصالات متى اقتضت ضرورة البحث اتخاذ هذا الإجراء سواء على مستوى المحكمة الابتدائية أو على مستوى محكمة الاستئناف؛ إذ ليس هناك ما يمنع قاضي التحقيق لدة المحكمة الابتدائية من هذا الحق ما دامت المادة المذكورة أعلاه قد وردت على إطلاقها دون تقييد، وخولت لقاضي التحقيق إمكانية الأمر بالتقاط في أي نوع من الجرائم دون تحديد وفقاً للمقتضيات التنظيمية التي تحددها المواد 109 وما يليها؛ ولا يجد من سلطة قاضي التحقيق في اتخاذ هذا الأمر سوى تقديره هو نفسه لما عبرت عنه المادة 108 بضرورة البحث، وهذا عكس الفقرتين الثالثة والرابعة اللتين حددتا على سبيل الحصر الجرائم التي يجوز أن يتم فيها الالتقاط بمسعى من النيابة العامة في شخص الوكيل العام للملك<sup>(1)</sup> .

أما في التشريع الأردني قررت المادة 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 على أنه للمدعي العام أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات، ولدى مكاتب البرق كافة الرسائل البرقية، كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة والسلطة التي تملك الأمر بالضبط هي النيابة العامة ممثلة بالمدعي العام أو رجل الضابطة العدلية في حالة الإنابة طبقاً للمادة 92 من نفس القانون.

(1) محمد الخضراوي، سلطة قاضي التحقيق في التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد التخوفات والضمانات، مجلة الملف، العدد 6، سنة 2005، ص 151

وأيضاً حول التشريع اللبناني لقاضي التحقيق أن يصدر ترخيصاً بالتنصت على المحادثات التليفونية وتسجيل الأحاديث الخاصة متى اقتضت ذلك ضرورة إظهار الحقيقة وبالقدر اللازم لمقتضيات التحقيق، ويحظر على رجال الضبطية العدلية التنصت خفية على هذه الأحاديث الخاصة (1).

أما التشريع السويسري فحول أيضاً للقاضي المشرف على التحريات أن يصدر قراراً بالتنصت على المحادثات التليفونية عملاً بنص المادة 66 من قانون الإجراءات السويسري. ويجب على القاضي أن يعد مذكرة توضيحية لقراره يرفقها مع نسخة من القرار بملف القضية، ويرفع كل هذه المستندات إلى رئيس الاتهام للتصديق على القرار وفقاً لنص المادة 66 من قانون الإجراءات الجنائية الفيدرالي السويسري.

وأهم ما يمكن ملاحظته مما تقدم هو أن المشرع المغربي لما أناط بقاضي التحقيق سلطة الأمر بالتنصت على المكالمات لم يقيد بأي قيد سواء من حيث ضرورة اللجوء إلى جهة معينة لإصدار الأمر بالتنصت، ولا من حيث نوعية الجريمة وخطورتها ولا من حيث سقف العقوبة المقررة لها، خلافاً لبعض التشريعات التي حددت أنواع الجرائم ومدّة العقوبة كميّار للسماح بالتنصت، ومنها القانون الفرنسي الذي نص على أنه في المادة الجنائية والجنحية إذا كانت عقوبتها تساوي أو تتجاوز سنتين حبساً، يمكن لقاضي التحقيق عندما تقتضي ضرورة البحث ذلك، الأمر بالتنصت وتسجيل ونسخ المراسلات الصادرة عن وسائل الاتصال (2).

وفي نفس الصدد سمح المشرع المصري من خلال المادة 95 من قانون الإجراءات الجنائية لقاضي التحقيق بأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناءً على أمر مسبب.

#### الفقرة الثانية: الوكيل العام للملك

لقد ذهب المشرع المغربي على غرار بعض التشريعات المقارنة إلى تمكين النيابة العامة من الأمر بالتنصت على المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد، حيث لم يجعل هذا التدبير من اختصاص قاضي التحقيق وحده، بل جعله أيضاً من اختصاص الوكيل العام للملك بشروط صارمة يمكن على أساسها سلوك هذا الإجراء الخطير على خصوصية الأفراد، لذا تبقى سلطات وكيل العام للملك في الأمر بالتنصت الهاتفية مقيدة بشكل كبير في جرائم محددة على سبيل الحصر الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية، عكس قاضي التحقيق ذو صلاحيات واسعة.

وعليه في حالة الاستعجال القصوى يجوز للوكيل العام للملك بصفة استثنائية أن يأمر بكتابة للتنصت على المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها وحجزها. متى كانت ضرورة البحث تقتضي التعجيل خوفاً من اندثار وسائل الإثبات، إذا كانت الجريمة تمس بأمن الدولة أو جريمة إرهابية أو تتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية أو بالأسلحة والذخيرة والمتفجرات أو بالاختطاف أو بأخذ الرهائن.

(1) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة دراسة مقارنة في تشريعات التنصت و حرمة الحياة الخاصة، م س ، ص 363

(2) Article 100 du code de procédure pénal « En matière criminelle et en matière correctionnelle ; si la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement , le juge d'instruction peut , lorsque les nécessités de l'information l'exigent ,prescrire l'interception ; l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques ; ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle »

وكذلك سمح المشرع الفرنسي لقاضي الاعتقال والحريات القيام بالتقاط المكالمات عندما تتطلب ذلك ضرورة البحث التلبيسي أو البحث التمهيدي<sup>(1)</sup>.

وهنا يجب التنويه بالمشرع الفرنسي عندما جعل إجراء التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد بيد كل من قاضي التحقيق وقاضي الاعتقال فقد انحازا إلى جانب فعالية الإجراءات على حساب ضمانات الحريات الشخصية، وتتمثل أهم ضمانات في صدور الإذن بالمساس بحرية الحياة الخاصة من طرف قضاء جالس وليس واقفا.

### المطلب الثاني: الضوابط القانونية للتعنت على المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد

مع أن المشرع المغربي أباح التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد؛ فإنه اقتضى احترام ضوابط موضوعية (الفقرة الأولى) وأخرى شكلية (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: الضوابط الموضوعية لالتقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات

من خلال مقتضيات المادة 109 من قانون المسطرة الجنائية؛ يتضح أن المشرع المغربي أحاط إجراء التقاط المكالمات والاتصالات المنجزة بوسائل الاتصال عن بعد، بشروط وضمانات موضوعية غابتها منع الاعتداءات التي تمس بالحياة الخاصة للأشخاص من جهة، وحماية المصلحة العامة للمجتمع من خلال مكافحة الجريمة نتيجة ما تخلفه من آثار سلبية على أمنه واستقراره من جهة أخرى، وتتمثل هذه الشروط في:

● أن تكون الجريمة المراد التقاط مكالماتها واتصالاتها المنجزة عن بعد إما جنائية أو جنحة، فرغم أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على ذلك في المادة 109 من قانون المسطرة الجنائية إلا أنه يمكن استنتاجها في حق قاضي التحقيق الذي له صلاحية مطلقة للقيام بهذا الإجراء سواء في الجنايات أو الجنح، وهو الأمر الذي كرسه العمل القضائي المغربي في عدة أحكام وقرارات قضائية منها ما يتعلق بالجنايات والجنح و لعل ما أكد ذلك هو استخدام هذه التقنية في البحث والتحقيق في الجرائم التي ترتكب خلال الحملات الانتخابية سواء الجماعية أو البرلمانية أو غيرها، وهو ما أكدته محكمة النقض بأن قاضي التحقيق يتمتع بسلطات واسعة يمكنه الأمر بهذا الإجراء في جنحة أو جنحة، فقد جاء في أحد قراراتها "لئن كان التقاط المكالمات ... طبقا للمادة 108 من قانون المسطرة الجنائية منح لقاضي التحقيق إمكانية عامة في إطار سلطته التقديرية اللجوء إلى أمر بالتعنت كلما اقتضت ضرورة البحث ذلك، دون التقييد بنوع الجريمة وخطورتها لكون التقييد المنصوص عليه في الفصل المذكور يتعلق بالوكيل العام للملك ولا يمتد إلى قاضي التحقيق<sup>(2)</sup>.

(1) Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée l'accès, à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique. Les données auxquelles il a été permis d'accéder peuvent être saisies et enregistrées ou copiées sur tout support.

(2) مصطفى الرزالي، الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة، م س، ص 77

• يجب أن تكون لمراقبة المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد ضرورة تقتضي ذلك يرجى من ورائها كشف الحقيقة، وقد نص على ذلك المشرع المغربي صراحة في المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية ، بالنسبة لكل من قاضي التحقيق أو الوكيل العام للملك، حيث يبقى للسلطة القضائية تقدير توفر تلك الضرورة من عدمها، وهو ما أشار إليه كل من المشرعين: الفرنسي من خلال المادة 100 من قانون الإجراءات<sup>(1)</sup> والمصري في المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات والجزائري في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات.

### الفقرة الثانية: الضوابط الشكلية لالتقاط المكالمات والاتصالات

إلى جانب الشروط الموضوعية لالتقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد؛ قد تطلب المشرع المغربي بموجب المادة 198 من قانون المسطرة الجنائية توافر شروط شكلية تتمثل في:

• ضرورة كتابة أمر التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات وتعليقه: بحيث تعتبر الكتابة من أهم الشروط الشكلية في الإذن بالتنصت على الاتصالات الشخصية، فقد نص عليها المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية بالنسبة لقاضي التحقيق وفي الفقرة 3 من المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية بالنسبة لوكيل العام للملك، ويعتبر هذا الشرط ضروريا لسلوك هذا الإجراء، إذ في حالة غيابه يشكل هذا الإجراء خطورة كبيرة على خصوصية الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى تكون كل الإجراءات المترتبة عليه غير قانونية تشكل تعدياً وتعسفاً على حقوق المواطنين، ولعل وجود هذا الشرط من شأنه أن يشكل إحدى الضمانات القانونية التي تمنع كل من تدخل في الحياة الخاصة بدون مسوغ قانوني<sup>2</sup>.

كما يعتبر تحديد تاريخ بداية عملية الالتقاط ونهايتها من الضمانات القانونية التي حولها المشرع لمراقبة هذا الإجراء، لكن المشرع المغربي لم يحدد جزء في حالة مخالفة قاضي التحقيق والوكيل العام للملك هذه النقطة في مقتضيات قانون المسطرة الجنائية.

أما بالنسبة لتعليق أمر التقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد، فرغم عدم التنصيص عليه صراحة في المادتين 108 و109 من قانون المسطرة الجنائية، إلا أن تبرير اللجوء إلى هذا الإجراء من طرف قاضي التحقيق والوكيل العام للملك يقتضي تعليقه. وفي نفس المنوال ذهب المشرع المصري إلى ضرورة تعليق إذن اعتراض المحادثات السلكية واللاسلكية أو تسببه واعتبره من بين الشروط الشكلية المهمة لهذا الإجراء طبقاً لنص المادتين 95 و206 من قانون الإجراءات المصري.

• يجب أن تكون مدة التنصت على المكالمات الهاتفية محددة: حيث تتجلى أهميته في عدم ترك خصوصية الناس عرضة للانتهاك لمدة غير محددة من الزمن، نظراً لما لهذه الخصوصية من حرمة تستمد قوتها من التشريع والمواثيق الدولية، لذلك أقر المشرع المغربي هذه الضمانة بموجب الفقرة الثانية من المادة 109 من قانون المسطرة الجنائية، إذ حددت مدة التنصت على المكالمات في أربعة أشهر كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي حددها بدورها في أربعة أشهر.

(1) En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

(2) مصطفى الرزالي، الحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة، م س، ص 78

- ضرورة مراعاة حق الدفاع خلال إصدار الأمر بإجراء التنصت.

### الخاتمة:

من خلال دراستي لموضوع الحماية الإجرائية للحياة الخاصة" النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد نموذجاً"، حاولت دراسة أهم جوانبه المختلفة والإشكالات التي ثارت من حوله حول مدى مشروعته، وأيضاً الضمانات التي أقرها المشرع المغربي لهذا الإجراء.

وتوصلت من خلال ما ذكر إلى مجموعة من النتائج والتوصيات سوف أقتصر على بعضها كالتالي:

### أولاً: النتائج

- أصبحت مسألة النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد في الوقت الحاضر، تشغل بال الحقوقيين وحماة حقوق الإنسان، وذلك لما يشكله إجراء التنصت من اعتداءٍ خطيرٍ على حرمة الحياة الخاصة، ولا شك أن أهم سبب أسهم في إصدار قوانين تبيح عملية اعتراض المكالمات الهاتفية والمراسلات، هو حوادث الإرهاب التي عرفتها بقاع العالم، كل هذا جعل الفقه والقضاء يختلف في مدى مشروعية النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد.
- أقر المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة حماية إجرائية للمكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد من المساس بحرمتها دون مسوغ قانوني، وذلك من خلال وضعه لضوابط شكلية وموضوعية متعلقة بإجراء النقاط المكالمات والاتصالات المنجزة عن بعد من طرف السلطات الساهرة على تنفيذه، لأن الالتزام بتلك الضوابط ضماناً من شأنها أن تجعل الإجراء صحيحاً ومقبولاً أمام المحكمة كدليل لإثبات البراءة أو الإدانة.
- وفي اعتقادي الشخصي يجب استحضار معيار المصلحة العامة للترجيح بين هذه التوجهات، وذلك باعتبار القانون كفلسفة عامة يهدف الى حماية المجتمع والحقوق والحريات فكلما كان الأمر يتعلق بالمصلحة العامة فحماية الحياة الخاصة يجب أن تقسر تفسيراً ضيقاً وترجيح كفة المصلحة العامة، وكلما كان إجراء النقاط المكالمات لا يستهدف حماية المصلحة العامة، يجب تفسير حماية الحياة الخاصة تفسيراً واسعاً وترجيح كفتها.

### ثانياً: التوصيات

- أن تعزيز حماية الحق في الخصوصية الرقمية يتطلب تنزيل ترسانة تشريعية رقمية حديثة قادرة على مواكبة التطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم.
- تحديث الجهاز القضائي وإقرار تكوينات خاصة ودورية للسادة رجال القضاء في مجال حماية الخصوصية الرقمية.
- تعزيز الرقابة القضائية على أفراد الضابطة القضائية المكلفين بالنقاط وتسجيل المكالمات.
- ضرورة العمل على تحقيق التوازن بين احترام الحق في الخصوصية وحماية الامن والسلم المجتمعي.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً- الكتب:

- محمد خرشة ، مشروعية الصوت و الصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، سنة 2015، الطبعة الثانية.
- يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998، الطبعة الأولى.

### ثانياً- الرسائل و الأطروحات:

- أنوار المكوي، التكنولوجيا الحديثة و العدالة الجنائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، بفاس، السنة الجامعية 2020- 2021.
- رشا ليديا، الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية- دراية مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي أولحاج، السنة الجامعية 2019/2020.
- موسى رحومة، إشكالية قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال ، الرباط، السنة الجامعية 1995-1996، ص292

### ثالثاً- المجلات:

- خالد الطويل، إثبات الجرائم والتقنيات الحديثة نظام النقاط المكالمات نموذجاً، مجلة الملف، العدد 10، سن 2007.
- محمد الخضراوي، سلطة قاضي التحقيق في النقاط المكالمات الهاتفية والاتصالات المنجزة عن بعد التخوفات و الضمانات، مجلة الملف، العدد 6، سنة 2005.
- محمد العروصي، نظام المكالمات والاتصالات المنجزة في قانون المسطرة الجنائية، مجلة الإشعاع، العدد 29، سنة 2004 .
- يوسف وهابي، إشكالية التنصت الهاتفي و التحرش الهاتفي في التشريع الجنائي المغربي ، مجلة الملف ، العدد 6، سنة 2005.

## العقوبات التأديبية الصادرة بحق الموظف العام

عبدالإله محمد علي سميران \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.03](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.03)

\* قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة ال البيت، الاردن.  
\* للمراسلة: [Dr.smairan700@gmail.com](mailto:Dr.smairan700@gmail.com)

تاريخ استلام البحث 2022/03/10  
تاريخ قبول البحث 2022/05/15

## الملخص

إن الأنظمة العقابية بصفة عامة في تطور مستمر، ويأتي تطورها متناسباً تنسباً طردياً مع الإنسان، فكلما تطور الإنسان تطورت هذه الأنظمة، وبذلك تكون مسايرةً لتقدم معرفة وثقافة وحضارة الإنسان، وجاء تطور العقوبات التأديبية بشكل متزايد مع التطور السريع لفلسفة القانون الجنائي، والذي لم يعد ينظر إلى المجرم كعضو فاسد يجب بتره، وإنما أصبح ينظر إليه كمريضٍ يجب علاجه وإعادته إلى المجتمع مواظناً صالحاً. وفي ظل هذا التصور والتطور، فإن أغلب الاتجاهات والآراء جاءت بتعريفاتٍ للعقوبة التأديبية تساير هذا التطور وتوافقه، فمنهم من رأى أنها مقياس فردي يتخذه رئيس السلطة التأديبية من أجل ضمان زجر المخالفة حيث تختلف العقوبة هنا باختلاف الأسباب المؤدية لها.

**الكلمات الدالة:** العقوبة التأديبية، الموظف العام، السلطة التأديبية.

## Disciplinary Sanctions Against the Public Employee

Abdalelah Mohammed Ali Smairan\*

\* Department of Public Law, Faculty of Law, Al Al-bayt University, Jordan.

\* Crossponding author: [Dr.smairan700@gmail.com](mailto:Dr.smairan700@gmail.com)

Received: 21/02/2022.

Accepted: 29/06/2022.

## Abstract

Punitive systems in general are constantly evolving, and their development is directly proportional to the human being, the more human beings develop, the more these systems develop in such a way that they keep abreast of the progress of knowledge, culture and civilization of Man. Development of disciplinary sanctions came increasingly with the rapid development of the philosophy of criminal law, which no longer views the criminal as a corrupt member to be amputated, but is now seen as a patient who must be treated and returned to society as a good citizen. In light of this perception and development, most trends and opinions came with definitions of disciplinary punishment that are consistent with this development, some of whom saw it as an individual measure taken by the head of the disciplinary authority in order to ensure the adultery of the violation where the punishment here varies according to the reasons leading to it.

**Keywords:** Disciplinary sanction, Public employee, Disciplinary authority.



## المقدمة

تحتل العقوبات التأديبية حيزاً كبيراً من أعمال الإدارة، ويحكم الجزاء التأديبي المبدأ المستقر في قانون العقوبات (لا عقوبة إلا بنص)، لذا فإن القاعدة العامة في أي تشريع أن المشرع يحدد قائمة حصرية بأنواع الجزاءات التي يحق لسلطة التأديب توقيعها بحق الموظف الذي تثبت مسؤوليته عن المخالفة التأديبية، حيث ذكرت التشريعات النازمة للوظيفة العامة، العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، لكي لا تتعسف الإدارة في فرض العقوبات بحق الموظف العام.

وعلى الموظف العام أن يبذل قصارى جهده في القيام بالواجبات الموكلة له من طرف الإدارة، حتى يتسنى له الحصول على المزايا التي أقرها المشرع للموظف القائم بمهامه على أكمل وجه، فالقيام بالواجبات سبب في الحصول على الامتيازات التي أقرها المشرع للموظف العام، والإخلال بالواجبات سبب في إيقاع العقوبات في حق الموظف المخالف والمخل بالتزاماته وواجباته الوظيفية.

## مشكلة البحث

تكمن إشكالية البحث في عدم المعرفة الكافية لأصحاب العلاقة بمفهوم العقوبات التأديبية المطبقة على الموظف العام، وهم الموظفون العموميون، حيث إنهم يمثلون عدداً لا يُستهان به في مجتمعنا، ويعتبر الموظف العام مكوناً أساسياً من مكونات المجتمعات، حيث لا تكاد تخلو أي عائلة في المجتمع من موظفٍ بين جناباتها، فما هي العقوبة التأديبية؟ وما خصائصها؟ وهل نكرتها التشريعات جزافاً أو لغاياتٍ معينة؟ وإن كانت لغاياتٍ معينة، فما هي هذه الغايات؟

وبذا كان لا بد من التطرق إلى هذه العقوبات التأديبية والتعريف بها وأنواعها وأهدافها، حتى يقوم الموظف العام بواجباته الوظيفية على أكمل وجه.

## أهداف البحث

- التعريف بمفهوم وطبيعة العقوبات التأديبية المطبقة على الموظف العام.
- بيان خصائص العقوبات التأديبية وأهدافها.
- التعريف بأنواع العقوبات التأديبية وبيانها والفرق بينها.

## منهجية البحث

اعتمدت في دراستي على استخدام المنهج الوصفي، من خلال جمع المعلومات وتصنيفها، بغية الوصول إلى الأمور المتعلقة بالعقوبة التأديبية والجوانب المحيطة بها، وما يتضمنه من تحديد للإطار العام لهذه المسألة، بالإضافة إلى استخدام الباحث للمنهج التحليلي والاستقرائي، من خلال الاطلاع على التشريعات المنظمة للعقوبات التأديبية، واستقراء هذه النصوص وتحليلها وتفسيرها لغايات الوصول إلى الإجابة عن التساؤلات المطروحة في مشكلة البحث.

## المبحث الأول مفهوم العقوبة التأديبية

على الموظف الملحق بالوظيفة العامة أن يبذل قصارى جهده للقيام بالأعباء الوظيفية الملقاة على عاتقه كافة، التي حددتها التشريعات الناظمة للوظيفة العامة، فكلما كان مجتهداً في عمله حاز على الامتيازات كافة، التي تمنحها له الإدارة، وكلما كان مهملاً مقصراً بأداء الواجبات الملقاة عليه عوقب بالجزاءات التأديبية المنصوص عليها. واستقر عبر الأزمنة السابقة، أن لكل مجتهد نصيباً ولكل مقصر عقاباً، فالعقوبات بشكل عام ليست فعلاً انتقامياً، وإنما هي لتحقيق العدالة داخل المجتمع، وحماية للمجتمع من تعدي ضعاف النفوس والمجرمين ومنعهم من ارتكاب جرائمهم.

### المطلب الأول : تعريف العقوبة التأديبية

عُرِفَتْ بأنها " الجزء العقابي الذي يهدف إلى زجر ومحاسبة الموظف (عند ارتكابه مخالفة مالية أو إدارية أو مسلكية) ، عن العودة للفعل المعاقب عليه، وردع غيره من ارتكاب الفعل نفسه، وهذا الجزء الذي يلحق بالموظف العام قد يؤدي إلى حرمانه من بعض أو كل المزايا الوظيفية التي يتمتع بها. " (1)

وعرفها آخرون بأنها " جزء من نوع خاص يصيب الموظف في مركزه الوظيفي، دون المساس بحريته أو ملكيته الخاصة، بسبب مخالفات ذات طبيعة خاصة (مخالفات إدارية) ، بحيث يترتب عليها الحرمان أو الإلتقاص من امتيازات الوظيفة. " (2)

وعرفها الفقه الفرنسي بأنها: "العقوبة التي توقع من قبل السلطة الإدارية تجاه موظف عام، وذلك لارتكابه خطأ أثناء الخدمة أو بسببها. " (3)

وعرفها بعضهم بأنها "إجراء عقابي محدد بالنص، توقعه السلطة التأديبية المختصة على الموظف الذي يُخل بواجبات الوظيفة ويناله في مزاياها. " (4)

ونرى بعد استقراء آراء الفقهاء في تعريف العقوبة التأديبية، بأنها ما تتخذه السلطة المختصة في التأديب من إجراء بحق الموظف المخالف للقوانين والأنظمة والتعليمات الناظمة للوظيفة العامة، تهدف إلى عدم تكرارها من قبل الموظف وردع غيره لكي لا يقدم عليها.

ولم يتطرق المشرع الأردني والكثير من التشريعات كالمشرع المصري والفرنسي إلى تعريف واضح وصريح للعقوبة التأديبية، بل اكتفوا بإيراد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر.

وذهب فقهاء القانون الإداري بأن القاعدة العامة في العقوبات التأديبية، أن يقوم المشرع بتحديد قائمة العقوبات التأديبية التي يجوز إيقاعها على الموظف المخالف، ويُترك للسلطة المختصة بالعقاب حرية اختيار العقوبة الملائمة

(1) بن ربيع، عبدالله متعب، العقوبات التأديبية للقيادات الإدارية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 32، العدد(69)170-143، الرياض، 2017، ص 161

(2) إبراهيم، إسماعيل اخفيضة، أحكام العقوبة التأديبية في الوظيفة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، ص 254

الفقيه الفرنسي والين، مشار إليه لدى نوفان العجامة، سلطة تأديب الموظف العام (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، 2007، ص 63 (3)

(4) العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا) رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، سورية، ط1، مطبعة الشرق، عمان، الأردن، 1984، ص 120

من بين العقوبات المقررة، وهذا ما قامت به التشريعات مناط الدراسة، غير أن بعض التشريعات ذهبت إلى تخصيص عقوبة لكل جريمة تأديبية ومنها المشرع الإيطالي.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني : خصائص العقوبة التأديبية

تمتاز العقوبة التأديبية بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة، التي يدل وجودها على أنها عقوبة تأديبية، وقسم الفقه هذه الخصائص إلى :

1- المرونة: تعتبر هذه الخاصية من يعطي الحق للسلطة التأديبية في التصدي للأفعال التي تخل بواجبات الوظيفة ومقتضياتها، وتوقيع العقاب العادل والمناسب الذي يتلاءم وأوضاع المرفق العام وظروفه.<sup>(2)</sup>

واعتبر الفقه بأن هذه المرونة ليست بالمرونة المطلقة، وإنما تخضع لقيود، سواء أكانت مقيدة بقواعد أم بإجراءات معينة، بالإضافة إلى أنها تخضع للرقابة القضائية.<sup>(3)</sup>

2- الفئوية: أي أن العقوبة التأديبية تتعلق بفئة الموظف العام فقط، وأنها تؤثر على المركز القانوني للموظف العام سواء أكانت تؤثر على حقوقه وامتيازاته الوظيفية كلها أم بعضها، بصورة دائمة أم مؤقتة، ولا تتعدى العقوبة التأديبية صلاحيتها خارج نطاق الوظيفة، فلا تؤثر على حياة الموظف الخاصة كعلاقاته الشخصية وممتلكاته وغيرها .<sup>(4)</sup>

3- الإيلام : ويعني المساس بحق من حقوق من تنزل به العقوبة التأديبية، ويتمثل هذا المساس بالحرمان الكلي أو الجزئي، ويعني المساس بالحق: فرض قيود على استعماله، ويتحقق الإيلام بصورة مادية في خسارته جزءا من راتبه مثلاً، ويكون معنوياً كشعور الموظف بالإهانة، كما في عقوبتي التنبيه والإنذار .<sup>(5)</sup>

4- ملاءمة العقوبة للمخالفة المرتكبة: أي اختيار الإدارة للعقوبة التأديبية التي تتناسب وجسامة المخالفة المرتكبة، أي وفقاً لمبدأ التناسب، وهو " تمتع الإدارة بهامش من الحرية في المجالين الزماني والمكاني لاتخاذ القرار، بمناسبة ممارستها لاختصاصها التأديبي في نطاق القانون ولا تخرج عنه، فالإدارة هي التي تقرر إذا ما كانت العقوبة المزمع توقيعها ملائمة أو غير ملائمة، وبعبارة أدق هي التي تزن ملاءمة قراراتها التأديبية للظروف الواقعية، والأحوال القانونية الدافعة لارتكاب المخالفة الإدارية، في ضوء الصالح العام حتى لا تتحول إلى سلطة تحكيمية."<sup>(6)</sup>

### المطلب الثالث : أهداف العقوبات التأديبية

لم يأت المشرع وينص على العقوبات التأديبية عبثاً، لأن المشرع لا يلغو، كما أكدت ذلك أحكام القضاء الإداري، ومن الأمثلة على أحكامها: "... هو القرار المطعون فيه وحيث يحتاج إصدار القرار المطعون فيه إلى توصية من مجلس القسم ثم توصية من مجلس الكلية ، أو توصية من اللجنة التي تشكل بموجب المادة 32/و من

(1) الحياصات ، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة)، دار جامعة نايف للنشر، الرياض ، 1336هـ - 2015م ، ص 55

(2) الجمعات ،أكرم محمود، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2010،ص80

(3) العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا) ، مرجع سابق، ص 121

(4) الشيلخي ، عبدالقادر، النظام القانوني للجزاء التأديبي ، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط 1 ، عمان ، الأردن ، 1983 ، ص 220

(5) الحياصات ، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 57

(6) حتاملة، سليم سلامة، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية-دراسة مقارنة بين القضاء الفرنسي والمصري والأردني، مجلة جامعة جرش للبحوث والدراسات، جامعة جرش الأهلية،

الأردن، 2006، المجلد 10، العدد الثاني، حزيران، ص 235

التعليمات المذكورة ، ثم تنسب من لجنة التعيين والترقية ، والقول بغير ذلك يفقد النص من مضمونه ويهدر غايته ويصبح النص من قبيل اللغو والمشرع لا يغلو ...<sup>(1)</sup>

وإنما جاء النص على العقوبات التأديبية لمجموعة من الأهداف التي يرمي إليها المشرع، وعلى الإدارة الالتزام بهذه الأهداف تحت طائلة البطلان، حيث يقوم المشرع بتحديد الهدف الواجب على الإدارة تحقيقه لإصدار قرار إداري ما، فإذا تجاوزت الإدارة الهدف المحدد لها بنص القانون من إصدار قرارها، وحققت هدفاً غير الذي حدده المشرع، فنكون أمام حالة انحراف في استعمال السلطة.<sup>(2)</sup>

وقد تناول الفقه هذه الأهداف كما تناولها التشريع، حيث حدد مجموعة من الأهداف ترمي إليها العقوبات التأديبية، منها ضمان سير العمل في المرافق العامة والإصلاح والردع.<sup>(3)</sup>

## 1- ضمان سير العمل في المرافق العامة

حيث إن العقوبات التأديبية من أهم أهدافها استمرار النشاط الذي يقوم به المرفق العام وانتظامه دون توقف أو انقطاع، لأن المرفق العام لم ينشأ إلا لإشباع حاجات عامة بلغت من الأهمية درجة جعلت من السلطة العامة تعتبرها مرفقاً عاماً بصورة مستمرة ومنظمة، وتناولت أحكام القضاء الإداري الأهمية البالغة لهذه الغاية، حيث جاء في أحد أحكامها: " ... فإن ذلك ينافي الغاية التي تهدف إليها الإجراءات والعقوبات التأديبية وهي ضمان حسن سير العمل الوظيفي في المرفق العام وتعزيز الاتجاهات الإيجابية في العمل ورفع كفاءة الأداء وضمن التزام الموظف بقواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة وردع الموظف للحيلولة دون ارتكابه أي مخالفة مستقبلاً، وإن توفير الضمانات للموظف قبل إيقاع العقوبة هو في غاية الأهمية..."<sup>(4)</sup>

## 2- الردع بشقيه العام والخاص

يقصد بالردع العام إنذار للناس كافة عن طريق التهديد بالعقاب بسوء عاقبة الإجراء، لكي ينفهم بذلك منه، وهو بهذا المعنى إشعار لكافة الأفراد بالألم الذي يلحق بهم إذا أقدموا على ارتكاب الجريمة.<sup>(5)</sup>

أما الردع الخاص فهو الأثر المترتب على الجاني نتيجة إيقاع العقوبة عليه وهو يختلف تبعاً لاختلاف الجاني.<sup>(6)</sup>

ويرى فقهاء القانون الإداري بأن الردع في مجال التأديب الإداري يتمثل في حالتين :

" عنصر يتعلق بمرتكب الخطأ، حيث تهدف العقوبة إلى رده وضمن عدم عودته إلى الخطأ مرة أخرى وهذا يمكن اعتباره ردعاً خاصاً.

(1) الحكم رقم ( 337 لسنة 2015 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2016/2/7

(2) البلة، طارق نقولا، حياض عضو مجلس التأديب كأحد ضمانات التأديب في الوظيفة العامة (دراسة تطبيقية في أحكام القضاء الإداري الأردني والفرنسي والمصري)، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، 2019، ص 301

(3) العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا )، مرجع سابق، ص 122

(4) الحكم رقم ( 412 لسنة 2015 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2016/2/14

(5) الحسيني ، عمار، وظائف العقوبة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة دكتوراه، جامعة الفهرين ببغداد، 2005، ص 207

(6) الجبور، جواهر، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حدتها الأدنى والأعلى، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013، ص 124

وعنصر يتعلق بجميع الموظفين، حيث إن العقوبة تهدف إلى منع الموظفين من الاقتداء بمرتكب المخالفة، والردع لا يعني الشدة بقدر ما يعني العقوبة المناسبة لتحقيق الأهداف المتوخاة منها، وهذا هو الردع العام. " (1)

### 3- الإصلاح

تهدف العقوبة التأديبية إلى إصلاح الموظف المرتكب للمخالفة التأديبية، ويرى الفقه بأن العقوبات التأديبية تهدف إلى كشف العيوب الإدارية في المرفق العام، وذلك حتى يتم إصلاح المرفق العام بما يمنع ارتكاب المخالفة مستقبلاً. (2)

ونرى بأن هدف الإصلاح يتمثل في إصلاح الموظف وإصلاح المرفق العام، فلا يعود الموظف إلى ما كان عليه قبل توقيع العقوبة عليه، ويترتب عليه إصلاح المرفق العام أيضاً، الذي يصلح بصلاح الموظف. وقد نص التشريع الأردني في نظام الخدمة المدنية على أهداف العقوبة التأديبية، التي تمثلت بـ " ضمان حسن سير العمل بالدائرة وتعزيز الاتجاهات الإيجابية في العمل ورفع كفاءة الأداء وضمن التزام الموظفين بقواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة وردع الموظف للحيلولة دون ارتكابه أي مخالفة مستقبلاً. " (3)

## المبحث الثاني

### أنواع العقوبات التأديبية

تختلف العقوبات باختلاف التشريعات، وذلك وفق السياسة التأديبية لكل تشريع على حدة، ونتيجة لذلك تختلف مسميات العقوبات من تشريع لآخر، فالعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الأردني تختلف عن تلك الواردة في التشريع السوري من حيث المسميات وعن التشريعات الأخرى وهكذا. تباينت كذلك آراء الفقهاء في هذا المجال، واختلفوا في التصنيف الذي يمكن تطبيقه على العقوبات التأديبية، ورأى الباحث ومن خلال تباين هذه الآراء أن التصنيف الأسلم جاء وفقاً لما يلي:

- عقوبات تأديبية صريحة أصلية.
- عقوبات تأديبية صريحة تبعية.
- عقوبات تأديبية مقننة.

(1) العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا)، مرجع سابق، ص 122

(2) الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 59

(3) المادة (141) من نظام الخدمة المدنية الأردني وتعديلاته رقم 9 لسنة 2020، الجريدة الرسمية عدد 5619، الصفحة 697 بتاريخ 2020/2/20

## المطلب الأول : العقوبات التأديبية الصريحة الأصلية

هي تلك العقوبات التي يلزم لتطبيقها ووجودها أن يتم ذكرها وتحديدها في القرار الصادر بخصوصها، وإلا شاب هذا القرار البطلان.<sup>(1)</sup> وتتمثل العقوبات التأديبية الصريحة الأصلية بما يلي:

### 1- العقوبات المعنوية

حيث يتسم هذا النوع من العقوبات بالطابع التحذيري، وهي أخف أنواع العقوبات، وتُفرض على الموظف بمناسبة ارتكابه خطأً يسيراً.<sup>(2)</sup> وتنقسم العقوبات المعنوية إلى مجموعة من العقوبات التحذيرية التي يتم إيقاعها على الموظف المرتكب لمخالفة بسيطة، حيث تنبئ الإدارة إلى خطئه، وأنه يجب عليه الابتعاد عن هكذا سلوك، فهي تعزير للموظف وتنبئ به إلى أن ينتهج نهجاً قوياً في عمله أو سلوكه في المستقبل، ولا يترتب على هذا النوع من العقوبات أي أثر مادي في الحال.<sup>(3)</sup>

2- العقوبات المالية: هي تلك العقوبات التي تؤدي إلى الحرمان من المزايا المقررة في القوانين للموظفين، وتعتبر في درجة متوسطة من الشدة، فهي أشد من الجزاءات المعنوية وأخف شدة من عقوبة إنهاء الخدمات.<sup>(4)</sup> وتنقسم العقوبات المالية إلى عقوبات مالية مباشرة وعقوبات مالية غير مباشرة:

### أ- العقوبات المالية المباشرة

تلك العقوبات التي تنصب على راتب الموظف ومركزه الوظيفي مباشرة، كالحسم من الراتب والقطع منه أو تنزيل الدرجة،<sup>(5)</sup> ويتم اللجوء إلى هذا النوع من العقوبة عند ارتكاب الموظف لخطأً تأديبي ينم عن استهتاره بوظيفته ولا مبالاته، إذ من غير المعقول المساواة في الدخل المتحصل من الوظيفة بين الموظف المجتهد في عمله والموظف المتقاعس عن أداء واجباته.<sup>(6)</sup>

ومن أهم صور العقوبات المالية المباشرة الحسم من الراتب، التي لاقت انتقادات واسعة من فقهاء القانون الإداري وحجتهم في ذلك أن حسم راتب الموظف يمتد أثره إلى ملكية الموظف الشخصية، الذي يمتد إلى أسرته وأبنائه، وبعض الفقه ينفى هذه الأسانيد ويؤكد بأن الحجج التي استند إليها الفقهاء بإلغاء عقوبة الحسم من الراتب تستند إلى المشاعر والعواطف، ولا تستند إلى وجهة نظر قانونية، فأموال الموظف التي تقع عليها العقوبة، ماهي إلا أموال متأتية من الإدارة لقاء عمله فيها، فإن تقاعس وتراخي، فمن حق الإدارة حسم جزء من راتبه.<sup>(7)</sup> ونرى بأن راتب الموظف، إن لم يصبح على صورة عقار أو منقول، أو ودیعة أو حساب جاري في البنك، فلا يعتبر ملكية شخصية له، ويحق للإدارة في حال تقصيره أن تقتطع جزءاً منه، ولا يمتد إلى ملكيته الشخصية.

(1) الينداری، عبدالوهاب، العقوبات التأديبية للمدنيين العاملين بالدولة والقطاع الخاص، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص 112

(2) العنوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا)، مرجع سابق، ص 171

(3) الملط، محمد جردت، المسؤولية التأديبية للموظف العام، جامعة القاهرة، القاهرة، 1967، ص 328

(4) الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 62

(5) العنوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا)، مرجع سابق، ص 173

(6) الجمعات، أكرم محمود، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة مرجع سابق، ص 99

(7) الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 63

## ب- العقوبات المالية غير المباشرة

وهي التي يقصد بها تجريد الوضع المالي للموظف المذنب، أي أنه يمس ما يتقاضاه الموظف من علاوات أو مكافآت أو رواتب مستقبلاً وليس حالياً. (1)

ونرى من خلال التعريف السابق، بأن الخصومات لا يتأثر بها الراتب الحالي للموظف، وإنما تقع على العلاوات والمكافآت أو تأخير الترفيع أو الترقية للدرجة اللاحقة.

## 3- عقوبات إنهاء الخدمات

تعتبر هذه العقوبات من أشد العقوبات التي تمس الموظف المخالف، لأنه يترتب عليها فك ارتباط الموظف من الوظيفة التي يعمل بها بشكل نهائي. (2)

وتلجأ أحياناً السلطات الرئاسية إلى إنهاء خدمة الموظف بغير الطريق التأديبي، وهذا يؤدي إلى إثارة الشبهات حول ذلك، ولقد اختلفت التشريعات المقارنة في سياسة ومدلول العقوبات المتعلقة بإنهاء الخدمات للموظف العام، فنص التشريع الفرنسي على عقوبتي العزل والإحالة إلى التقاعد (3)، كما نص التشريع الأردني على عقوبتي الاستغناء عن الخدمة والعزل. (4)

## المطلب الثاني: العقوبات التأديبية الصريحة التبعية

هي تلك العقوبات التي ترد تابعة لبعض العقوبات التأديبية الأصلية، وهي تقع بشكل تلقائي وبقوة القانون، دونما حاجة إلى أن يتم النص عليها صراحة أو ذكرها في القرار أو الحكم التأديبي الذي يوقع على الموظف العام. (5)

ومن الأمثلة على هذه العقوبات تأخير الترفيع للدرجة الوظيفية مدة معينة اعتباراً من صدور العقوبة التأديبية، حيث إنه في هذه الحالة يكون الترفيع للدرجة التالية مربوطاً بشكل مباشر بالعقوبات التأديبية الصادرة بحق الموظف العام. (6)

وتشابه العقوبة التأديبية التبعية العقوبة الجنائية التبعية التي تتبع الحكم الجنائي الأصلي، وقد يتبع الحكم الجنائي الصادر بحق الموظف عن جرم جنائي ارتكبه عقوبة تأديبية، مثل اعتبار خدمة الموظف منتهية من المرفق الذي يعمل به لصدور عقوبة جنائية بحقه عن جرم جنائي ارتكبه. (7)

(1) العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا)، مرجع سابق، ص 176

(2) الجمعات، أكرم محمود، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية، مرجع سابق، ص 101

(3) الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 64-65

(4) المادة (142/أ / 7-8)، من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 9 لسنة 2020.

(5) الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري (قضاء التأديب)، الطبعة الثالثة، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1987، ص 372

(6) الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 66

(7) الجمعات، أكرم محمود، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية، مرجع سابق، ص 103

### المطلب الثالث: العقوبات التأديبية المقنّعة

يعتبر هذا النوع من العقوبات أحد صور ابتكار وتلاعب الإدارة، بل هي من أبرز صور الانحراف بالإجراءات التأديبية، نظراً لتجاوز جهة الإدارة للقانون، فهي إجراءات تتخذها السلطة الإدارية ضد الموظف دون أن توجه اتهاماً معيناً، ويكون الهدف من العقوبة النيل من الموظف، والحاق الأذى به، أو حتى محاولة التخلص منه بأيسر التكاليف، وهذا ما يتأتى لها من خلال تجاهل الضمانات المقررة له قانوناً.<sup>(1)</sup>

وأطلق عليها أيضاً سلطة العقاب التي لا تنتمي إلى التأديب، أو الجزاءات غير التأديبية، وهي تصرفات تتخذها الإدارة ضد الموظف وتحاول أن تضيي عليها صفة المشروعية مستترة في ذلك وراء بعض الإجراءات التي يجيز لها القانون اتخاذها كالتدابير الداخلية، ولكنها في حقيقة الأمر تهدف من اتخاذها إلى توقيع عقوبة تأديبية بحق الموظف لا يجيزها القانون.<sup>(2)</sup>

وتلجأ الإدارة عادةً إلى النقل أو النذب، متذرةً بأن المصلحة العامة تتطلب ذلك، بينما يحمل في طياته عقوبة تأديبية مقنّعة، وليس أمام الموظف إلا القبول بذلك، والا تعرض للمسائلة التأديبية أو إنهاء خدمته بالفصل إذا انقطع عن عمله المدة المقررة قانوناً.<sup>(3)</sup>

واستقرت أحكام القضاء الإداري الأردني على إلغاء كافة القرارات الإدارية المنطوية على عقوبات تأديبية مقنّعة، ومن أمثلة الأحكام القضائية :

" أما بخصوص نقل المستدعي من مكان عمله إلى مكان آخر فإن محكمتنا تجد أن نقله قد تزامن مع العقوبات التي تم إيقاعها بحق المستدعي مما يدل على أن المقصود من النقل إجراء تأديبي يخفي عقوبة تأديبية مقنّعة، مما يستوجب معه إلغاء قرار النقل الصادر بحق المستدعي ".<sup>(4)</sup>

ونلاحظ من خلال الحكم السابق، بأن المحكمة استنتجت بأن قرار النقل المتخذ بحق الموظف يخفي خلفه عقوبة تأديبية مقنّعة، وذلك من خلال إصدار قرار النقل بالموازاة مع العقوبات التأديبية التي اتخذتها الإدارة بحقه، مما يدل على أن قرار النقل لا يستخلص منه المصلحة العامة، بل فيه إضرار للموظف ويخفي خلفه عقوبة تأديبية مقنّعة.

ويمكن للمحكمة أن تستنتج بأن قرار النقل يخفي خلفه عقوبة تأديبية مقنّعة، وذلك من خلال الإجراءات التأديبية المتبعة، حيث إن قرار النقل المشروع يجب أن يكون للمصلحة العامة، ولا يجب أن يرافقه إجراءات تأديبية كالتحقيق وغيرها من الإجراءات، وهذا ما تمثل بحكم المحكمة التالي :

" ... وبتطبيق ما بيناه آنفاً على الوقائع الثابتة في الدعوى والظروف التي رافقت صدور القرار المشكو منه، نجد أن القرار الإداري محل الطعن لا يخرج عن كونه عقوبة مقنّعة بغير اتباع الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في نظام الخدمة المدنية، إذ إن مثل هذا القرار لا يجب أن يستند إلى إجراءات تحقيق أو إجراءات تأديبية، بل

(1) مصطفى، بوادي، تطبيقات العقوبة المقنّعة في المجال التأديبي الفرنسي والجزائري والكويتي، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنست، الجزائر، العدد(06)

بجوان 2014، ص 33، 34.

(2) النعمي، محمد قدوري، مبدأ المشروعية وأثره في النظام التأديبي للوظيفة العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، 2013، ص 327، 326.

(3) محمود، محمد فاروق، الجزء التأديبي المقنّع، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 30، العدد 60، الرياض، 2014، ص 54.

(4) الحكم رقم ( 327 لسنة 2017 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2017/12/27



يكون لمصلحة العمل والاستخدام الأمثل للموارد البشرية وتميئتها، وأن تكون هذه المصلحة هي الدافع الذي حمل الإدارة إلى إصدار القرار المشكو منه.

وحيث إن ملف المستدعي الوظيفي طافح بالإنجازات التي حققها في مجال عمله وهذا الملف هو الوعاء الطبيعي والصادق لتصوير حالته فإن التباين بين الوظيفة التي نُقل إليها المستدعي من وظيفته التي كان يعمل بها من حيث صلاحياتها ومسؤولياتها رغم إنجازها المتميز في الوظيفة التي يعمل بها قبل النقل والظروف التي أحاطت بقرار النقل قرينة على انحراف الإدارة في استخدام صلاحيتها في نقل الموظفين وينطوي قرارها في الواقع على جزء تأديبي مقنّع ويكون قرار نقله في حقيقته إجراء تأديبي ضمن اتخاذ الإجراءات التأديبية التي لم يقصد بها الصالح العام، وبالتالي فإن قرار نقل المستدعي محل الطعن مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة ومستوجب الإلغاء<sup>(1)</sup>.

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة تسليط الضوء على العقوبات التأديبية في نطاق الوظيفة العامة، وذلك عبر بيان التعريف بالعقوبات التأديبية وماهيتها وأنواعها وأهدافها وخصائصها، كونها تمس شريحة كبيرة في المجتمع، يُلقى على عاتقها مسؤولياتٍ جسام، تحدد شكل الدولة أمام المواطن وتبين الصورة المشرقة لمرافق الدولة.

## أولاً: النتائج

- تعتبر العقوبات التأديبية قرارات تأديبية إدارية تتخذها الجهات المختصة بالتأديب لتقويم سلوك الموظف العام، وردعه وإصلاحه والحد من المخالفات المرتكبة من قبل الموظفين.
- تتميز العقوبات التأديبية بمجموعة من الخصائص، أهمها المرونة والفئوية والإيلام.
- من الخصائص التي تتميز بها العقوبة التأديبية، تلاؤمها مع المخالفة المرتكبة .
- تهدف العقوبات التأديبية إلى حسن سير المرافق العامة، وردع الموظف العام وإصلاحه، لكي لا يرتكب المخالفة في المستقبل .
- تُقسم العقوبات التأديبية إلى عقوبات تأديبية أصلية ( صريحة وتبعية ) ، وعقوبات تأديبية مقنّعة .

## ثانياً: التوصيات

- إعادة صياغة التشريعات المتعلقة بالعقوبات التأديبية، لتكون عقوبات تأديبية هدفها التقويم والإصلاح، كبداية للإصلاح المجتمعية الواردة في قانون العقوبات، كون الموظف العام جزءاً من هذا المجتمع.
- سن تشريعات تستوجب مخالفة الإدارات التي توقع العقوبات التأديبية المقنّعة بحق منتسبيها، بعد صدور أحكام القضاء الإداري بإلغاء قراراتها التأديبية، وذلك للحد من توقيع العقوبات التأديبية المبنية على العلاقات الشخصية والانتقام من الموظفين، ولتكون عبرةً لغيرها من الإدارات لعدم توقيع هكذا عقوبات.

(1)الحكم رقم ( 202 لسنة 2018 ) صادر عن المحكمة الإدارية العليا الأردنية بتاريخ 2018/6/5

## قائمة المصادر والمراجع

## أولاً - الكتب:

- البنداري، عبد الوهاب، العقوبات التأديبية للمدنيين العاملين بالدولة والقطاع الخاص، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970 .
- الحياصات، أحمد محمود، العقوبات التأديبية الواقعة على الموظف العام وأثر الغلو فيها على القرار التأديبي ( دراسة مقارنة )، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، 1336هـ - 2015م .
- الشخلي، عبدالقادر، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 1983 .
- الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري (قضاء التأديب) ، الطبعة الثالثة، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1987 .
- العجارمة، نوفان، سلطة تأديب الموظف العام (دراسة مقارنة )، دار الثقافة، عمان، 2007.
- الملط، محمد جودت، المسؤولية التأديبية للموظف العام، جامعة القاهرة، القاهرة، 1967 .
- النعيمي، محمد قدوري، مبدأ المشروعية وأثره في النظام التأديبي للوظيفة العامة (دراسة مقارنة )، منشورات الحلبي القانونية، 2013.

## ثانياً - الرسائل الجامعية:

- الجبور، جواهر، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013.
- الجمعات، أكرم محمود، العلاقة بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2010 .
- الحسيني، عمار، وظائف العقوبة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة دكتوراه، جامعة النهرين، بغداد، 2005 .
- العتوم، منصور إبراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام (دراسة مقارنة لأنظمة التأديب في الأردن وسوريا ومصر وفرنسا ) رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، سورية، ط1، مطبعة الشرق، عمان، الأردن، 1984.

## ثالثاً - الأبحاث المنشورة:

- إبراهيم، إسماعيل احفيظة، أحكام العقوبة التأديبية في الوظيفة العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السادس، يونيو 2015، جامعة الزاوية، ليبيا .
- البله، طارق نقولا، حياض عضو مجلس التأديب كأحد ضمانات التأديب في الوظيفة العامة (دراسة تطبيقية في أحكام القضاء الإداري الأردني والفرنسي والمصري)، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، 2019.
- بن ربيق، عبدالله متعب، العقوبات التأديبية للقيادات الإدارية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 32، العدد (69) 170-143، الرياض، 2017 .

- حاملة، سليم سلامة، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية- دراسة مقارنة بين القضاء الفرنسي والمصري والأردني، مجلة جامعة جرش للبحوث والدراسات، جامعة جرش الأهلية، الأردن، 2006، المجلد 10، العدد الثاني، حزيران.
- محمود، محمد فاروق، الجزاء التأديبي المقنن، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 30، العدد 60، الرياض، 2014 .
- مصطفى، بوادي، تطبيقات العقوبة المقننة في المجال التأديبي الفرنسي والجزائري والكويتي، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد(06) ،جوان 2014.

#### رابعاً- التشريعات:

- نظام الخدمة المدنية الأردني وتعديلاته رقم 9 لسنة 2020، الجريدة الرسمية عدد 5619، الصفحة 697، بتاريخ 2/2/2020 .

#### خامساً- الأحكام القضائية:

- الحكم رقم ( 327 لسنة 2017 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2017/12/27.
- الحكم رقم ( 202 لسنة 2018 ) صادر عن المحكمة الإدارية العليا الأردنية بتاريخ 2018/6/5 .
- الحكم رقم ( 337 لسنة 2015 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2016/2/7 .
- الحكم رقم ( 412 لسنة 2015 ) صادر عن المحكمة الإدارية الأردنية بتاريخ 2016/2/14 .

## مدى كفاية الدعوى الأصلية في الرقابة على دستورية القوانين وفقاً للتشريع الأردني

نسرین یاسر محمد قاسم\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.04](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.04)

تاريخ استلام البحث 2022/05/12.

تاريخ قبول البحث 2022/06/26.

\* محامية، نقابة المحامين الاردنيين، الاردن.

\* للمراسلة: [Nesreenqasim@yahoo.com](mailto:Nesreenqasim@yahoo.com)

### الملخص

قامت هذه الدراسة، لتبين أن الدعوى الأصلية باعتبارها إحدى وسائل الرقابة القضائية المحدودة جاءت لحماية الوثيقة الدستورية بحد التشريعات المخالفة لنصوص الدستور وفقاً لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية، إلا أنه من خلال الدراسة تبين وجود قصور تشريعي في النصوص الناظمة لها وأهمها استبعاد شريحة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين والنقابات ومؤسسات المجتمع وكذلك الأمر رئيس المجلس القضائي من مكنة تحريك الدعوى الأصلية، باعتبارها حامية لحقوق وحريات الأفراد العامة، وحيث إن المشرع في تعديلاته الحديثة لم يتطرق لهذا الأمر مما حدا إلى تقليص مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ومن هنا تجلت أهمية الدراسة في بيان مدى كفاية هذه الدعوى في تحقيق مضمون الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

**الكلمات الدالة:** الرقابة القضائية على دستورية القوانين، الدعوى الأصلية، الدستور، المحكمة الدستورية.

## The Extent to Which the Original Claim is Sufficient to Monitor the Constitutionality of Laws According to Jordanian Legislation

Nesreen Yasir Mohammed Qasim\*

\* A lawyer, Jordan Bar Association, Jordan.

\* Crossponding author: [Nesreenqasim@yahoo.com](mailto:Nesreenqasim@yahoo.com)

Received: 12/05/2022.

Accepted: 26/06/2022.

### Abstract

This study was conducted, to show that the original lawsuit as one of the limited judicial oversights means came to protect the constitutional document by rejecting the legislation that contradicts the provisions of the constitution in accordance with the provisions of the constitution and the law of the Constitutional Court. However, through the study, it was found that there is a legislative deficiency in the texts regulating it, the most important of which is the exclusion of the natural and legal persons segment, unions and community institutions, as well as the head of the Judicial Council from the ability to initiate the original case, being the protector of the rights and freedoms of public individuals, and since the legislator in its recent amendments did not address this matter, which led to the reduction of the concept of judicial oversight on the constitutionality of laws. Hence, the importance of the study was manifested in clarifying the adequacy of this case in achieving the content of judicial oversight on the constitutionality of law.

**Keywords:** Judicial Oversight on the Constitutionality of Laws, The Original Case, The Constitution, The Constitutional Court.

## المقدمة

تسعى الرقابة القضائية في دولة القانون دائماً إلى صون أحكام ومبادئ الدستور من أي مخالفات دستورية قد تتال منه، من خلال التشريعات القانونية التي تصدر بين الحين والآخر، ولذلك فقد أسند المشرع مهمة الرقابة إلى جهاز قضائي مستقل ممثل بالمحكمة الدستورية، وهذه الأخيرة تمارس الرقابة من خلال وسيلتين هما: الدعوى الأصلية (المباشرة) والدفع الفرعي بعدم الدستورية فقط، ولم تتناول وسيلة الإحالة من محكمة الموضوع ووسيلة التصدي من المحكمة الدستورية في تعديلاته المتعاقبة، كما هو الحال لدى التشريعات العربية الأخرى، منها التشريع المصري والكويتي.

والدعوى الأصلية في الأصل، تقوم على مواجهة نصوص التشريع التي تنتهك أحكام الدستور بشكل مباشر دون حاجة إلى وجود دعوى قضائية سابقة، كما هو الحال لدى الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وبذلك فهي تمتاز بأنها دعوى موضوعية وهجومية وتحرك فقط من السلطات العامة كما جاء في المادة (1/60) من الدستور بتعديلاتها الحديثة والمادة (1/9) من قانون المحكمة الدستورية.

وفي هذا البحث، سنتناول الباحثة الدعوى الأصلية أمام المحاكم الدستورية ومدى كفاية هذه الوسيلة في تحقيق مضمون الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وسنجد خلال الدراسة، أن الدعوى الأصلية رغم أهميتها في تحقيق الرقابة القضائية لم تكن ناجعة على المستوى العملي لدى المحكمة الدستورية، لعدة وجود قصور تشريعي في النصوص الناظمة بشكل واضح، رغم التعديلات الدستورية لعام 2022 المتعلقة بها. وأهمها الجهات التي يحق لها تحريكها، وأيضاً من خلال الأحكام الصادرة عنها في هذا الشأن، وبذات الوقت استظهار ما يلزم من تعديلات دستورية لتحقيق الرقابة القضائية المنشودة بمعناها الدستوري والفعال.

وعليه سنتناول الباحثة، الدعوى الدستورية المباشرة وهي الدعوى الأصلية التي تبناها المشرع الأردني على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية وشروط الدعوى الأصلية.
- المبحث الثاني: الجهات المختصة بتحريك الدعوى الأصلية وإجراءاتها

## إشكالية الدراسة

تهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى إعلاء حكم الدستور وحماية الحقوق والحريات الفردية والعامة، برد التشريع المخالف للدستور إلى احترام أحكام الوثيقة الدستورية. وإذا كان المشرع الأردني في قانون المحكمة الدستورية لم يمنح الأفراد مكنة الطعن منحا مباشرا باستخدام أسلوب الدعوى الأصلية وقصر حقهم في الطعن على أسلوب الدعوى الفرعية أثناء نظر دعوى موضوعية منظورة أمام القضاء النظامي أو الإداري، فهل يكفي أن يكون الطعن المباشر من قبل الجهات ذات الصلاحية التي حددها المشرع (مجلس الأعيان أو مجلس النواب أو مجلس الوزراء) وفي منأى عن طعون الأفراد المباشرة كافيًا للقول بأن المشرع الأردني قد فعل أسلوب الدعوى الأصلية؟ وهل هناك من ضمانات تلزم تلك الجهات بالطعن؟ وهل يقوم منح تلك الجهات مكنة الطعن المباشر مقام منح الأفراد تلك المكنة؟

## أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة، في أن المشرع الأردني عند اعتماده للدعوى الأصلية إنما كان لغايات تحقيق الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي منحها للمحكمة الدستورية حصرياً، إلا أنها في الواقع التطبيقي لم تكن فعالة ولم تسهم في تحقيق الاستقرار القانوني، بسبب وجود أوجه قصور تشريعية، وبذات الوقت تكمن أهمية هذه الدراسة في استظهار ما يمكن من الإصلاحات والتعديلات الدستورية المقترحة والممكنة، بما يتماشى والدور الرقابي الفعال في صون مبدأ سمو الدستور وحماية حقوق وحرّيات الأفراد.

## أهداف الدراسة

يسعى البحث إلى تحقيق هدف رئيسي هو بيان فيما إذا حققت وسيلة الدعوى الأصلية رقابة قضائية بشكل دستوري وأيضاً استظهار مقترحات دستورية تتوافق والدور الرقابي الفعال.

## أسئلة الدراسة:

- 1- هل الدعوى الأصلية أسهمت في تحقيق الرقابة القضائية على دستورية القوانين؟
- 2- هل النصوص الناظمة للدعوى الأصلية جاءت متفقة مع أهداف الرقابة القضائية في الحفاظ على مبدأ سمو الدستور وحماية حقوق وحرّيات الأفراد؟

## منهجية الدراسة:

تتبع هذه الدراسة المنهج الاستقرائي والتحليلي من خلال قراءة نصوص الدستور الأردني وقانون المحكمة الدستورية الأردنية التي تتناول موضوع البحث وتحليلها من كافة جوانبها مع أحكام المحكمة الدستورية.

## محددات الدراسة:

تتعلق هذه الدراسة، بمدى كفاية الدعوى الأصلية في الرقابة القضائية على دستورية القوانين وفقاً للتشريع الأردني من خلال تحليل نصوص الدستور الأردني وقانون المحكمة الدستورية الأردنية مراعية بذات الوقت التعديل الدستوري لعام 2022 للنصوص المختصة بموضوع الدراسة.

## المبحث الأول

### ماهية وشروط الدعوى الأصلية

إن رقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية تختلف عن رقابة دستورية القوانين بواسطة (الدفء الفرعي بعدم الدستورية)، رغم اشتراكهما في وظيفة دستورية هي صون الدستور من أي انتهاكات تمس نصوصه بما يضمن الشرعية الدستورية والتأكيد على ديمقراطية الدولة.

فالدعوى الأصلية تُسند الرقابة فيها إلى جهاز قضائي مركزي، يختص في نظر عدم دستورية القوانين والأنظمة. ولعل أساس ظهور هذه الوسيلة يعود لرجل القانون النمساوي ويدعى (هانس كلسن) من خلال نظريته المشهورة (النظرية الخاصة للقانون) "حيث يرى أن الصلة بين القاعدة القانونية وتلك القاعدة التي أنشأتها هي صلة تدرج وتبعية". وهذا مفاده أن القاعدة القانونية تصدر بموجب التشريع أو النظام، وبالتالي هذه التشريعات والأنظمة بالنتيجة تكون تابعة إلى نصوص الدستور<sup>(1)</sup>.

ومن هنا، يتحتم علينا بعد الاطلاع على أساس وسيلة الدعوى الأصلية أن ننهض لبيان مضمون هذه الوسيلة الدستورية وخصائصها التي تتمتع والمحكمة المختصة بنظرها على النحو الآتي:  
المطلب الأول: مفهوم الدعوى الأصلية.  
المطلب الثاني: شروط الدعوى الأصلية.

### المطلب الأول: مفهوم الدعوى الأصلية

يطلق على هذه الوسيلة جانب من الفقه "رقابة الإلغاء" ويعتبروها (وسيلة هجومية)، كونها تتم بطلب مباشر من الجهاز القضائي المختص بإلغاء قانون ما بسبب مخالفته للوثيقة الدستورية<sup>(2)</sup>.  
ويُقصد بهذه الدعوى "قيام كل صاحب شأن قد يتضرر من تشريع ما سواء كان قانوناً أو نظاماً، بتقديم طعن مباشر أمام المحكمة المختصة دون انتظاره تطبيق ذلك التشريع (قانون أو نظام)، وطالباً فيه من المحكمة إلغاء هذا التشريع لعله مخالفته نصوص وأحكام الدستور"<sup>(3)</sup>. فإذا ثبت للمحكمة أن ما يدعيه الطاعن صحيح، فستقرر إلغاء هذا التشريع وإعدامه من الوجود إذا كانت صلاحياتها تمتد إلى هذا الحد، لأن هنالك بعض الأنظمة الدستورية التي تسمح للأفراد برفع دعوى مباشرة للطعن بعدم دستورية تشريع، لا تمنح المحكمة المختصة سلطة إلغاء التشريع المطعون بعدم دستوريته باعتباره غير دستوري، وإنما يقتصر حكمها فقط على إلزام السلطات المعنية بتعديل أو إلغاء التشريع (قانون أو نظام) المطعون بعدم دستوريته<sup>(4)</sup>. وفي الحالة التالية إذا ثبت للمحكمة المختصة أن ادعاء الطاعن غير صحيح، فتقرر بذلك رفض الدعوى ويبقى التشريع سواء (قانون أو نظام) ساري المفعول كما كان<sup>(5)</sup>.

(1) حماد، محمد رضا. المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية تونس، طبعة ثانية، (2010). ص 288 - 291.

(2) متولي، عبد الحميد. القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة دار المعارف الإسكندرية ط5، (1993). ص 195.

(3) الزين، يزن عوض عضوب. دستورية القوانين بين رقابة الامتثال والدعوى المباشرة في ضوء إنشاء المحكمة الدستورية في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، (2014). ص 48.

(4) أبو حجلة، علي رشيد، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، حضارة للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2004، ص 31.

(5) الخطيب، نعمان أحمد. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، (2006) ص 556.

وهنا من خلال التعريف، تجد الباحثة أن خصوصية الدعوى الأصلية ينحصر موضوعها على الطعن في عدم دستورية تشريع سواء كان قانوناً أو نظاماً، وقوامها استظهار المخالفة لأحكام الدستور وتصويبها في مسارها السليم من خلال الجهات المعنية، بما يتفق وأحكام الدستور.

وتتطلب هذه الدعوى، إقامتها بصورة مباشرة أمام المحكمة الدستورية من قبل صاحب الشأن، الذي قد يتضرر من وجود ذلك النص المطعون فيه بعدم دستوريته، وهي لا تتطلب وجود دعوى موضوعية سابقة منظورة أمام القضاء العادي ويكون فيها طرفاً، كما أن الحكم الصادر في هذه الدعوى يكون حجة على الكافة، وأحياناً قد يسري بأثر رجعي وذلك بحسب نص الدستور<sup>(1)</sup>.

فهذه الدعوى تعتبر دعوى موضوعية وتختلف عن الدعاوى العادية أو الشخصية، حيث إنها تهاجم نصاً تشريعياً سواء كان قانوناً أو نظاماً، وليست مطالبة شخصية من مدعٍ في مواجهة مدعى عليه كما في القضاء العادي.

وباستقراء نص المادة (60/1) من الدستور الأردني بقولها: " للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: 1- مجلس الأعيان 2- مجلس النواب 3- مجلس الوزراء"<sup>(2)</sup>.

هنا نلاحظ أن المشرع الدستوري أخذ بوسيلة الدعوى الأصلية، إلا أنه حصر الجهات الممنوحة حق الطعن بعدم دستورية قانون أو نظام نافذ داخل المنظومة القانونية، وهم (مجلس الأعيان، مجلس الوزراء، مجلس النواب) وبذات الوقت، مراعاة التعديل الدستوري لعام 2022 على تلك المادة بأن حددت النسبة القانونية في تقديم الطعن من مجلس الأعيان والنواب دون مجلس الوزراء وهي (25%) التي لم تجلب شيئاً جديداً. ومن الملاحظ بأن هذه الدعوى كونها دعوى هجومية وموضوعية تتطلب شروطاً تمتاز بها عن الدعاوى الأخرى كون أن الخصم فيها هو نص قانون أو نظام ما.

وبعد التعرف على ماهية الدعوى الأصلية، لا سيما أن هذه الدعوى تخضع لشروط قانونية في تحريكها، وهذا ما سنتطرق له الباحثة في المطلب التالي:

### المطلب الثاني:ضوابط الدعوى الأصلية

إن الدعوى الدستورية تحديداً تسعى في مضمونها إلى حماية سمو الوثيقة الدستورية، والشرعية الدستورية، حيث يتم تحريكها ونظرها أمام القضاء الدستوري المختص وهي المحكمة الدستورية، التي نص عليها الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته من خلال المادة (58) بقولها (تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك). حيث أقرت بوجود محكمة دستورية خاصة ومستقلة وذلك لتؤكد على دستورية هذه المحكمة.

(1) العواملة منصور. الوسيط في النظم السياسية، مجلد ح، ط2، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، (1998)، ص 201.

(2) ويقابلها المادة (9/أ) من قانون المحكمة الدستورية للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: أ مجلس الأعيان. ب- مجلس النواب ج- مجلس الوزراء.



وأيضاً نجد أن المادة (59) أشارت إلى صلاحيات المحكمة الدستورية وطبيعة الحكم الصادر عنها وحجيتها التي جاء فيها<sup>1</sup>. تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتصدر أحكامها باسم الملك وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات وللکافة كما تكون أحكامها نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه وتنتشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها.

2- للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأغلبية ويكون قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية".

وعليه، فإن ميدان الدعوى الدستورية يكون أمام المحكمة الدستورية حصراً وبهذه الحالة تكون مقيدة بشروط وضوابط تحكم آلية تحريكها أمام المحكمة الدستورية شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوي، مع بعض الخصوصية في تلك الشروط والضوابط كونها تتعامل مع تشريعات تعترضها شبهة عدم دستورية، وأيضاً الآثار الجوهرية المترتبة عليها<sup>(1)</sup>. ومن هنا سنعالج هذه الشروط على النحو الآتي:

أ- شروط المصلحة.

ب- شرط الصفة.

ت- شرط المدة.

#### أولاً: شرط المصلحة:

بالرجوع الى قانون المحكمة الدستورية فإنه لم يتناول مدلول المصلحة في الدعوى الدستورية كذلك لم يبين ماهيتها وأوصافها وشروطها، مما استوجب معه الرجوع إلى قانون المرافعات المدنية في تنظيم هذا الشرط. وقد عرّف الفقه الدستوري المصلحة بأنها " تلك الفائدة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته سواء أكانت الفائدة تتمثل بحماية حقه أم بالاستيثاق له أم الحصول على تعويض<sup>(2)</sup>." وبالتالي، استقر المبدأ القانوني "حيث لا مصلحة لا دعوى" وهذا مفاده أن على المحكمة لزاماً أن تقضي برد الدعوى إذا لم يكن لرافعها مصلحة برفعها، وحيث نص قانون أصول المحاكمات المدنية<sup>(3)</sup> في المادة (1/3) "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون" وقد قضت بذلك المحكمة الدستورية<sup>(4)</sup> بحكم لها، وإذا كان من الضروري، في هذا السياق، شرح سبب امتناع المحكمة الدستورية في معالجة فحص عدم دستورية النص محل الدفع بعدم دستوريته، عندما لا ينطبق هذا النص على موضوع القضية، فإنه لسبب بسيط وهو أن الطاعن في هذه الحالة ليس لديه مصلحة شخصية مباشرة في هذا الطعن، بالنظر إلى أن هذه المصلحة هي شرط أساسي ضروري لقبول الدعوى الدستورية، مما يتطلب وجود صلة بينها وبين المصلحة القائمة في القضية الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية ضروري للفصل كلياً.

(1) النور، فهد أبو العثم، القضاء الدستوري بين النظرية وتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (2016) ص401.

(2) العلام، عبدالرحمن. قواعد المرافعات، شرح مقارن لنصوص قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم 88 لسنة 1956 وتعديلاته مع أحكام محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون، ج1، مطبعة شفيق بغداد (1956). ص22.

(3) قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته يتم 24 لسنة 1988.

(4) لطفاً انظر الطعن رقم 4 لسنة 2018 فصل 2013/03/07 الأردن من أحكام المحكمة الدستورية الأردنية

ولكن في إطار الدعوى الدستورية، فالاعتداء هنا يدور حول الأعمال التي تصدر عن السلطات العامة، فقد يكون من خلال القانون الصادر عن البرلمان أو النظام الصادر عن السلطة التنفيذية، وبحدوث الانتهاكات في التشريع فإن ذلك مؤداه، اعتداء على الحقوق والحريات المكفولة بنص الدستور، وأيضاً على الشرعية الدستورية. وعليه تنشأ المصلحة التي تخول صاحب الشأن من اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للطعن بعدم دستورية التشريع أمام القضاء المختص (المحكمة الدستورية) ثم تقرر المحكمة مدى توافر هذه المصلحة من عدمها حتى يتسنى لها السير في إجراءات الدعوى الدستورية بصورة قانونية<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة (1/60) من الدستور والمادة (1/9) من قانون المحكمة الدستورية التي حددت الجهات التي يحق لها الطعن بصورة مباشرة وهي: مجلس الأعيان، مجلس النواب، مجلس الوزراء حصراً، وليس للأفراد حق اللجوء بصورة مباشرة لطعن بعدم دستورية تشريع سواء قانون أو نظام. ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن.

بما أن المدعي في الدعوى الأصلية المباشرة هم السلطات العامة حسب النص السابق، فما هي المصلحة التي تكون لدى السلطات العامة من تحريك الدعوى الأصلية؟

كان للفقهاء الدستوري قول في هذا الصدد مفاده<sup>(2)</sup> "بما أن الدستور حدد صلاحيات واختصاصات السلطات العامة والهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة، من خلال إصدارها للقوانين والأنظمة اللازمة في المنظومة القانونية وذلك بما يحقق الصالح العام، ويحافظ على الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، وبالتالي فإن المصلحة التي تتأتى من تحريك الدعوى الأصلية من قبلهم هي المصلحة العامة، ولا يتصور بأنها تسعى إلى تحقيق مصالح خاصة أو قد تكون شخصية".

وهنا ترى الباحثة بصورة مبدئية، أن منطق الأمور لا يقبل، أن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي في التشريع تسعى إلى تحريك دعوى أصلية لغايات الطعن في دستورية نصوص تشريعية، كانت قد شرعتها بنفسها وبذات الوقت، نجد أن المشرع الدستوري جعل صلاحية تحريك الدعوى الأصلية حكراً بيد السلطات التشريعية، وبالتالي هذه الوسيلة وُجِدَت في دائرة مغلقة ولا تسفر عن أي نتائج دستورية يتم من خلالها تحقيق الرقابة على دستورية التشريعات.

#### ثانياً: شرط الصفة.

إن تحريك دعوى الدستورية لا يكفي فقط بوجود شرط المصلحة، وإنما يمتد إلى وجود شرط الصفة أي أن يكون الطاعن هو صاحب الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته بالدعوى.

وأيضاً، هنالك تعريف للصفة في الدعوى العادية بأنها: العلاقة التي تربط أطراف الدعوى سواء المدعي والمدعى عليه بموضوعها، وبالتالي لا تقبل الدعوى إلا إذا كان هذا المدعي يدعي حقاً أو مركزاً قانونياً خاصاً به<sup>(3)</sup>. بينما في الدعوى الدستورية " ذو الصفة، ذلك الشخص الذي تربطه بموضوع الادعاء علاقة شخصية

(1) الشريف، عادل، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998، ص364.

(2) عبدالله أركان حسن. المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق، (2016). ص 39.

(3) الزين، بيزن عوض عضوب. دستورية القوانين بين رقابة الامتثال والدعوى المباشرة في ضوء إنشاء المحكمة الدستورية في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، (2014) ص35.

مباشرة، وبمعنى آخر، ذلك الشخص الذي من شأنه مباشرة الدعوى على أن تعود إليه بمصلحة شخصية ومباشرة (1).

ويستفاد من ذلك، أن الصفة في الدعوى تنصرف إلى أصحاب الحماية القانونية المطلوبة، للذود عما قد يمس حقوقهم أو مراكزهم القانونية سواء لجأوا إلى رفع الدعوى بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم قانوناً أو قضاءً أو اتفاقاً أمام القضاء (2).

ولكي تتوافر الصفة في المدعي، لا بد أن يكون رافع الدعوى هو الشخص نفسه (الأصيل)، أو وكيله القانوني (الولي، الوصي، القيم) أو وكيله قضائياً أو اتفاقياً (كقيام الأصيل بالاتفاق مع شخص ما بأن يرفع الدعوى نيابة عنه). فإذا لم تتوافر إحدى هذه الحالات في المدعي، عُدَّت الدعوى مرفوعة من شخص لا صفة له، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها. (3)

وشرط الصفة في الدعوى القضائية يعتبر من النظام العام، لأن طلب اللجوء إلى القضاء يقتصر على أصحاب الحماية للمراكز القانونية المعتدى عليها، وهو اعتبار يرتبط بالصالح العام مما يتطلب من القضاء التحقق من توافره، والحكم بعدم قبول الدعوى حال انتفاء شرط الصفة من تلقاء نفسها، حتى لو لم يدفع به الخصوم (4).

وبالإطلاع على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الأردنية، وخصوصاً آخر حكم صادر في وسيلة الدعوى الأصلية تحت الرقم 2018/5 فصل 2018/9/9 (5)، تجد الباحثة بأن صاحب الطعن هو مجلس النواب باعتباره الجهة التي يحق لها دستورياً وقانوناً تقديم الطعن مباشرة إلى المحكمة الدستورية وبالتدقيق، نرى أنه قدّم ممن له صفة قانونية وهو رئيس مجلس النواب باعتباره الممثل القانوني للشخصية الاعتبارية.

### ثالثاً: شرط الميعاد

بالرجوع إلى نصوص الدستور الأردني وقانون المحكمة الدستورية، نجد أنه لم يرد نص يبين المدة التي يتوجب فيها تقديم الدعوى الأصلية وحتى في المجال العملي لم تجد الباحثة سابقة تذكر في هذا الأمر، إلا أن المادة (19 / ب) من قانون المحكمة الدستورية بقولها "تفصل المحكمة في الطعن خلال مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من تاريخ ورودها إليها".

فهذا النص مفاده، أن على المحكمة الدستورية أن تصدر قرارها بدستورية أو عدم دستورية التشريع المطعون فيه أمامها خلال مدة مائة وعشرين يوماً (6). إلا أن التشريعات المقارنة كالتشريع المصري قد حدد مدة الفصل في الدعوى في تسعين يوماً.

(1) عبدالله، أركان حسن. المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق، (2016). ص 24.

(2) الجهي، خليفة سالم، رقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، مصر، ص 297-298.

(3) كامل، محمد نصر الدين. اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، ص 114.

(4) النمر، أمينة مصطفى، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، مصر، (1989). ص 93 وما بعدها.

(5) بالرجوع إلى الطلب المقدم للمحكمة، تبين أن رئيس مجلس النواب وفي كتابه رقم (1472/43/3) تاريخ 2018/05/15 الولد إلى المحكمة الدستورية بتاريخ 2018/05/16، يطلب فيه إحالة الطعن بعدم دستورية المادة (28/أ)

من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (64) لسنة 2002 حول الترخيص لشركات توزيع الكهرباء خلافاً لأحكام المادة (117) من الدستور التي توجب عند منح أي امتياز يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة أن يصادق عليه بقانون (حسبما ورد في كتاب رئيس مجلس النواب) وقد تم إرفاق بالكتاب المذكور طلب طعن مقدم حسب الأصول التي تطلبها المادة (9/ب) من قانون المحكمة الدستورية .

(6) الزين، بيزن عوض عضوب. دستورية القوانين بين رقابة الامتثال والدعوى المباشرة في ضوء انتشار المحكمة الدستورية في الأردن، مرجع سابق، ص 58.

وأخيراً، بعد هذا الطرح لا بد من بيان الجهات التي يحق لها تحريك الدعوى الأصلية والإجراءات المتبعة في تحريكها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية وأخيراً الحكم الصادر فيها، وهذا ما سنأتي عليه في المبحث التالي.

## المبحث الثاني

### الجهات المختصة بتحريك الدعوى الأصلية وإجراءاتها

إن الدعوى الأصلية المباشرة هي خصومة دستورية مبتدأة، تتمثل بالمطالبة القضائية أمام المحكمة الدستورية من خلال إجراءات وشكليات يحددها قانون المحكمة الدستورية، والموجهة من قبل المدعي تجاه المحكمة الدستورية للمطالبة بحماية حق دستوري تم الاعتداء عليه في نص تشريعي من قبل المشرع باعتباره مخالفاً للدستور ولسيادة القانون<sup>(1)</sup>.

وبالتالي، هذه الدعوى تمر بعدة مراحل وقد أحال الدستور من خلال نصوصه<sup>(2)</sup> إلى القانون، وهو قانون المحكمة الدستورية الذي يبين كافة الإجراءات والآليات الواجب اتباعها لتقديم الدعوى الأصلية وقد جاء ذلك من خلال وضع التعليمات المتعلقة به<sup>(3)</sup>.

وجاءت هذه التعليمات لتلقي الضوء على الإجراءات الواجب اتباعها سواء في الدعوى الأصلية المباشرة أو الدفع الفرعي. وبالنظر إلى أن المادتين (59) و (60) من الدستور المشار إليه، هي المرجع الأساسي في تحديد إجراءات الدعوى الدستورية بشكل عام فإن التفاصيل متروكة لقانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012 والتعليمات الصادرة عنه، باستثناء أنه في حالة عدم وجود نص يتناول إجراء ما، يجوز في هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية كقانون عام ينظم القواعد الإجرائية، ولكن بما لا يتعارض وطبيعة وخصوصية المحكمة الدستورية والأوضاع المقررة أمامها.

وهذا ما أكد عليه، في تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير الصادرة عن الهيئة العامة للمحكمة الدستورية استناداً للفقرة (ج) من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية<sup>(4)</sup>.

ومن خلال النصوص سنبين الجهات التي يحق لها تقديم الدعوى الأصلية، والإجراءات المتبعة في تحريكها والحكم الصادر فيها، على النحو التالي:

المطلب الأول: الجهات المختصة بتحريك الدعوى الأصلية.

المطلب الثاني: إجراءات تحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية.

(2) النور، فهد أبو العثم. القضاء الدستوري في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 235.

(2) المادة (3/61) من الدستور الأردني بقولها تحدد القانون طريقة عمل المحكمة وإدارتها وكيفية الطعن أمامها وجميع الشؤون المتعلقة بها وإجراءاتها وبياناتها وقراراتها وتباشر أعمالها بعد وضع القانون المتعلق بها موضع التنفيذ ويبين القانون حقوق أخصائيي وحصانتهم.

(3) تعليمات إجراءات الفصل في البطلان وطلبات التفسير الصادرة عن الهيئة العامة للمحكمة الدستورية استناداً للفقرة (ج) من المادة 25 من قانون المحكمة والمنشور في الجريدة الرسمية صفحة 4781.

(4) المادة (12) بقولها تطبيق القواعد والأحكام الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية في ما لم يرد عليه نص في قانون المحكمة الدستورية أو في هذه التعليمات وذلك بالقدر الذي لا يتعارض وطبيعة الدعوى الدستورية أو مع قانون المحكمة.

## المطلب الأول: الجهات المختصة بتحريك الدعوى الأصلية

من المسلم به، أن من شروط تحريك الدعوى الدستورية وجود صفة ومصلحة للطاعن، وبالتالي يحدد الدستور الأردني في المادة (60/أ) والمادة (9/أ) من قانون المحكمة الدستورية المشار إليها، الجهات التي لها الحق الحصري في الطعن المباشر في عدم دستورية تشريع سواء كان قانوناً أو نظاماً أمام المحكمة الدستورية، لغرض إلغاء التشريع الذي يخالف الدستور ووفقاً للنص، يُحرّم الأفراد من اللجوء المباشر إلى المحكمة الدستورية حتى لو وجدوا أن هناك اشتباكاً في عدم دستورية تشريع ما، إلا من خلال الوسيلة غير المباشرة وهي الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع.

فتلك الجهات التي تتمتع بطابع سياسي لها الحق في الطعن المباشر أمام المحكمة حصرياً، وبالتالي يمكن اعتبارهم قيداً خطيراً على سلطة الرقابة، مما قد يؤثر على حقوق وحرّيات الأفراد المحمية دستورياً. وعليه، يتوجب أولاً بيان الآلية التي يصدر فيها القرار عن تلك الجهات المختصة بتحريك الدعوى الأصلية على النحو الآتي:

**أولاً: القرار الصادر عن مجلس الأعيان:** ووفقاً للتعديلات الأخيرة لعام 2022 التي تم المصادقة عليها من مجلس الأعيان والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 2022/01/31، فقد حددت المادة (60/أ) بعد التعديل بأن القرار الذي يصدر من مجلس الأعيان يكون بنسبة 25% من أعضائه، ليصار إلى إعداده من قبل اللجنة القانونية المخولة بذلك وفقاً للنظام الداخلي لمجلس الأعيان لسنة 2014 فقد خول اللجنة القانونية مهمة إصدار القرار . وأيضاً قد حدد النظام الشروط اللازمة في إصدار القرارات عن تلك اللجنة كما جاء في نص المادة (56) من ذات النظام (1). وهذا مفاده، أن القرار يكون بالحد الأدنى بنسبة 25% من أعضاء المجلس. ومن هنا ترى الباحثة، أن الآلية تتمثل بأن الطعن الذي يتقدم به مجلس الأعيان (وفقاً لآخر تعديل يكون بنسبة 25% من أعضائه) يتم من خلال اللجنة القانونية المعنية بهذا الشأن وفقاً لنظامه الداخلي. وترى الباحثة بعد الرجوع إلى قرارات المحكمة الدستورية، وباستقراء كافة القرارات الصادرة عن المحكمة بعيداً عن قرارات التفسير، أن مجلس الأعيان من تاريخ ولادة المحكمة الدستورية لم يصدر عنه أي دعوى مباشرة للطعن بعدم دستورية تشريع ما أمام المحكمة الدستورية أي بما يعادل عشر سنوات.

**ثانياً: القرار الصادر عن مجلس النواب.** وأيضاً التعديلات الدستورية لعام 2022 حددت كذلك الأمر النسبة المقررة في إصدار قرار من مجلس النواب وفقاً للمادة (60/أ) فإن النسبة هي 25% من أعضاء مجلس النواب كما هو الحال في مجلس الأعيان.

(1) المادة(36/أ) بقولها 'باستثناء الحالات التي نص الدستور عليها تصدر قرارات المجلس بأكثرية أصوات الحاضرين ما عدا الرئيس وعند تساوي الأصوات على الرئيس إعطاء صوت الترجيح'.

أيضاً كذلك الحال إذ خول النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2013 للجنة القانونية لديها مهمة إصدار وإعداد القرار بموجب المادة (36/أ)<sup>(1)</sup>. وأيضاً حددت آلية إصدار القرار من اللجنة القانونية المعنية بحدود المادة (76) من ذات النظام<sup>(2)</sup>.

وهنا ترى الباحثة أن الإجراءات هي ذات الإجراءات المتبعة في مجلس الأعيان لغايات إصدار قرار في حال الطعن بعدم دستورية تشريع. وبذات الوقت تتقدم الباحثة بإدراج الطعون المقدمة من مجلس النواب إلى المحكمة الدستورية على النحو الآتي<sup>(3)</sup>.

- طعن رقم 2018/5 فصل 2018/9/9 وموضوعه الطعن بعدم دستورية المادة (28/أ) والمادة (35) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم 64 لسنة 2002. وخالصة الحكم: رد الطعن شكلاً بالمادة (35) ورد الطعن موضوعاً بالمادة (28/أ).
- طعن رقم 2018/2 فصل 2018/5/7 وموضوعه: الطعن بعدم دستورية المادة (15) من قانون استقلال القضاء رقم (29) لسنة 2014 لأحكام المواد (97 + 98/1 + 128/1) من الدستور الأردني. وخالصة الحكم: الحكم بعدم دستورية عبارة (أو إنهاء خدمته إذا لم يكن مستكماً مدة الخدمة اللازمة لإحالاته على الاستيداع أو التقاعد) الواردة في القسم الأخير من الفقرة (ج) من المادة (15) من قانون استقلال القضاء رقم (29) لسنة 2014 ورد الطعن بالنسبة لباقي الفقرات في المادة (15) المشار إليها.
- الطعن رقم 2017/1 في الطعن رقم 2016/2 فصل 2017/2/20 وموضوعه الطعن بعدم دستورية نظام التكافل الاجتماعي للقضاة وموظفي وزارة العدل رقم (44) لسنة 2015 خالصة الحكم: رد الطعن.
- وأخيراً الطعن رقم 2013/6 وموضوعه: الطعن بقانون البلديات رقم (13) لسنة 2011 في المواد (2/3/5/8/26/33/46) فصل 2013/7/30.

وترى الباحثة بالرجوع إلى قرارات المحكمة الدستورية، أن كافة القرارات المتعلقة بالدعوى الأصلية مقدمة فقط من رئيس مجلس النواب وعددها أربع دعاوى، وكانت خلاصة الطعن لتلك الدعاوى تتمثل برد الطعن فيهم، من أصل (40) قرار صادر عن المحكمة يشمل الدعوى الأصلية والدفع الفرعي بعدم الدستورية.

### ثالثاً: القرار الصادر عن مجلس الوزراء.

حدد الدستور الأردني صلاحيات مجلس الوزراء بالنص صراحة في المادة (45) منه<sup>(4)</sup>. ويقابلها المادة (4/أ) من قانون المحكمة الدستورية الكويتية التي أعطت مجلس الوزراء صلاحية رفع دعوى أصلية.

(1) بقولها "أنط النظام الداخلي لمجلس النواب باللجنة القانونية مجموعة من المهام القانونية والقضائية والتي أشارت إليها المادة (11) من النظام الداخلي لمجلس النواب والتي جاء فيها - دراسة مشروعات القوانين والقرارات بالقوانين التي تتعلق بالدستور والانتخابات العامة والتشريعات المدنية والجزائية والحقوقية والمحاكم والتنظيم القضائي والاتفاقيات القضائية وقوانين التنفيذ والأحوال الشخصية والجنسية والاستملاك والدفاع والعفو العام والمخدرات والمؤثرات العقلية والتفانيات والأوقاف وما في حكم تلك التشريعات وأي قوانين لا تدخل في اختصاص لجنة أخرى"

(2) بقولها "باستثناء الحالات التي نص الدستور على غير ذلك تصدر قرارات المجلس بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين ما عدا الرئيس وعند تساوي الأصوات على الرئيس إعطاء صوت الترجيح" لطفاً لقرآن نص المواد (77) و (78) من ذات النظام.

(3) موقع المحكمة الدستورية الأردنية وقت الزيارة السبت 2021/5/28 الساعة 10.00 صباحاً [www.ccogov.jo](http://www.ccogov.jo)

(4) بقولها "1. 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 2- تعين صلاحيات رئيس الوزراء والوزراء ومجلس الوزراء بأنظمة يضعها مجلس الوزراء ويصدق عليها الملك."

ومن خلال النص، نجد أن صلاحيات المجلس تحدد بنظام يدعى نظام التنظيم الإداري لمجلس الوزراء رقم (7) لسنة 2022 وبحدود المادة (5) من ذات النظام<sup>(1)</sup>، صلاحيات لجنة التخطيط والمتابعة والتنسيق لدى مجلس الوزراء وما يتم من قرارات، إلا أنها لم تبين الآلية التي من خلالها تعقد جلسات صحيحة، ولكن محكمة العدل العليا "سابقاً" في قرار لها قررت أن هذه المسائل يتم تنظيمها من خلال الأعراف، التي درج عليها مجلس الوزراء منذ بدء ممارسة صلاحياته. وبالتالي اعتبرت المحكمة في حال تغيب أحد الوزراء عن حضور الجلسة التي تعقد لإصدار قرار غير مخالفة للدستور<sup>(2)</sup>.

وهنا ترى الباحثة، بأنه كان من الأجدر بمشرعنا السماح للأشخاص الطبيعيين والمعنويين بتقديم الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية تأكيداً وضمانة مباشرة لمبدأ حماية حقوق وحريات الأفراد، أسوةً بالتشريعات الأخرى، منها التشريع الكويتي وتعديلاته الأخيرة التي من خلالها فتح المجال أمام الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بتحريك دعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية بعد صدور قانون المحكمة الدستورية رقم 2014/109، ولكن ضمن قيود وشروط خاصة، منها أن تقديم الدعوى بواسطة محامي ذي خبرة لا تتجاوز خمس سنوات، أيضاً إلزام الأشخاص بتقديم كفالة مالية ترفق مع لائحة الدعوى الأصلية منعاً لإغراق المحكمة الدستورية بالقضايا الهائلة وكذلك الأمر بالنسبة للنقابات المهنية.

وبعد استطلاعنا للجهات التي من خلالها يمكن الطعن بشكل مباشر أمام المحكمة الدستورية في عدم دستورية تشريع (قانون أو نظام) أو أحد نصوصه لمخالفة أحكام الدستور، يجب معرفة الإجراءات المتبعة داخل المحكمة الدستورية وذلك في المطلب الآتي.

### المطلب الثاني: إجراءات تحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية

كما أشرنا، فإن الجهات المعنية عند تقديمها الطعن فإنها تتبع الإجراءات اللازمة داخل كل مجلس وفق نظام داخلي، يحدد الآلية والشروط الواجب اتباعها في إصدار القرار لغايات الطعن المباشر بعدم دستورية تشريع، وبفرض أن القرار صدر من إحدى الجهات وفق النظام الداخلي فإن الإجراء الذي يتبع هذه المرحلة قد تم تناوله بنص المادة (9/ب)<sup>(3)</sup>.

من هنا ننتقل إلى الولوج داخل المحكمة الدستورية لتتبع الإجراءات وفقاً للنص السابق على النحو الآتي:  
أولاً: يصدر القرار من إحدى الجهات الممثلة بالسلطات العامة المعنية سواء مجلس الأعيان أو مجلس النواب أو مجلس الوزراء مع مراعاة التعديلات التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 2022/01/31، خاصة في تحديد النسبة المقررة في إصدار القرار لكل من مجلسي الأعيان والنواب على التوالي. فقط بتقديم الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية، مستوفياً كامل الشروط الشكلية والموضوعية حسب النظام الداخلي لكل مجلس.

(1) انظر إلى نص المادة (3) من نظام التنظيم الإداري لمجلس الوزراء رقم 55 عام 2010.

(2) أبو هويل، بدر محمد هلال. المحكمة الدستورية وآلية اتصالها بالدعوى دراسة مقارنة رسالة ماجستير، جامعة آل البيت (2014). ص 115.

(3) بقولها إذا قررت إحدى الجهات المحددة في الفقرة (أ) من هذه المادة الطعن في دستورية قانون أو نظام يقدم الطعن لدى المحكمة بطلب موقع من رئيس الجهة الطاعنة على أن يبين فيه ما يلي: اسم القانون أو النظام المطعون فيه ورقمه ونطاق الطعن بصورة واضحة ومحددة فيما إذا كان منصباً على القانون أو النظام بأكمله أو على مادة واحدة أو أكثر. وجه مخالفة القانون أو النظام للدستور.

**ثانياً:** يتم تقديم الطلب (الطعن) موقعا من قبل رئيس المجلس (الطاعن) وذلك وفقاً لنص المادة (9/ب) سابقة الذكر.

**ثالثاً:** لا بد أن يحتوي الطلب على اسم القانون أو النظام المطعون فيه سواء كان التشريع كاملاً أو مجتزأ في أحد نصوصه ويتم تحديد رقم التشريع وسنته.

**رابعاً:** يجب أن يحدد الطاعن في صحيفة الطعن (الطلب) وجه المخالفة الدستورية التي اعترض التشريع المطعون فيه كاملاً أو جزءاً منه.

**خامساً:** جدية الطعن، أي لا يكون هنالك فكرة احتمال وجود شبهة عدم دستورية وإنما لا بد من التيقن وتحديد تلك الشبهة.

**سادساً:** دور المكتب الفني (تأسس هذا المكتب داخل المحكمة الدستورية ومرتبطة مباشرة بالرئيس وتم إنشاؤه بموجب تعليمات المكتب الفني للمحكمة الدستورية الصادرة عن الهيئة العامة بموجب المادتين (31، 35) من قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012، وبناءً عليه حددت التعليمات صلاحيات ومهام المكتب الفني، وتقوم مهمته عند تلقي هذه الطعون بقيدها في سجل خاص، برقم متسلسل وتاريخ ورود الطعن واسم الجهة الطاعنة وخلاصة عن موضوع الطعن وخلاصة عن الأحكام والقرارات وتاريخ كل منها<sup>(1)</sup>.

وهنا ترى الباحثة أن هذه التعليمات جاءت شافية ووافية في مضمونها منعاً لأي اجتهاد أو الافتتات على تلك التعليمات.

**سابعاً:** بعد صدور قرار من رئيس المحكمة يرسل المكتب الفني نسخة من كل طعن إلى رئيس الجهتين الأخريين المنصوص عليهما في المادة (9/أ) من قانون المحكمة الدستورية، ولأي منهما أن يقدم رده على الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه لنسخة الطعن، وذلك وفقاً لأحكام المادة (10/أ) من قانون المحكمة<sup>(2)</sup> وفي الوقت نفسه يحق للرئيس أن يستدعي رئيس المكتب الفني لغايات الاستيضاح حول التقرير المقدم من قبلهم.

**ثامناً:** وبعد مضي مدة عشرة أيام من تاريخ تسلم الجهات الأخرى للطعن، يقوم المكتب الفني بتزويد أعضاء المحكمة بصورة كاملة عن ملف الطعن من لوائح ورود الخصوم وفقاً لأحكام المادة (4) (3).

**تاسعاً:** بعد إعادة الملف، يعمل المكتب على التحضير للموضوع بالاتصال بالجهات ذات العلاقة للحصول على ما يلزم من بيانات وأوراق، ثم يعيد الملف إلى المحكمة مشفوعاً بتقرير من المكتب الفني. يحدد فيه ما تم من إجراءات وأيضاً المسائل الدستورية والقانونية المتعلقة بالطعن ورأي المكتب فيه<sup>(4)</sup>.

(1) وذلك بحسب ما ورد في المادة (2، 3) من تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير الصادرة عن الهيئة العامة للمحكمة الدستورية استناداً للفقرة (ج) من المادة (25) من قانون المحكمة وحيث جاء بنص المادة (2) منها "يجري إعداد سجل للطعون وآخر لطلبات التفسير يدون في كل منها بأرقام متسلسلة تاريخ ورود الطعن أو طلب التفسير واسم الجهة الطاعنة أو طالبة التفسير وخلاصة عن الأحكام والقرارات وتاريخ في كل منها. والمادة (3) منها "يتولى المكتب الفني بالمحكمة الإشراف على السجلين المشار إليهما في البند الثاني ويجري تسجيل الطعون وطلبات حال ورودها ومن ثم يسلم الملف إلى رئيس المحكمة حيث يتولى المكتب بطلب منه إجراء التبليغات المشار إليها بالمادتين (10 و 12/ب) من قانون المحكمة".

(2) المادة (10/أ) بقولها "يرسل الرئيس نسخة من الطعن المقدم إليه بمقتضى أحكام المادة (9) من هذا القانون إلى رئيس كل من الجهتين الأخريين المتكورتين في الفقرة (أ) من المادة (9) من هذا القانون ولأي منهما أن يقدم رده خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه".

(3) من تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير الصادرة عن الهيئة العامة للمحكمة الدستورية استناداً للفقرة ج من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية.

(4) لطفاً انظر إلى المادة (5) من التعليمات ذاتها.



**عاشرًا:** وأخيراً، بعد وصول الملف إلى رئيس المحكمة، يحدد الجلسة وفقاً لما يراه للنظر في مضمون الطعن وتعتبر الجلسة مفتوحة إلى حين الفصل في الطعن وينظم لكل جلسة محضر رسمي من تاريخ الانعقاد، وأسماء الأعضاء الحاضرين والإجراءات التي تمت ويوقع كل من الرئيس والأعضاء ويحفظ المحضر في ملف الدعوى كما هو الحال في القضاء العادي (1).

**أحد عشر:** للحكم في الدعوى تشترط المحكمة الدستورية بكامل هيئتها في ممارسة الرقابة على التشريع المطعون فيه سواء كان قانوناً أو نظاماً أو جزءاً منه ومقارنته مع أحكام الدستور.

وبدءاً بحضور الهيئة الحاكمة، اشترط المشرع الأردني لصحة الفصل في الطعون المقدمة إلى المحكمة حضور تسعة من أعضائها على الأقل، وفي حالات التنحي أو الغياب بعذر فقد عالجها قانون أصول المحاكمات المدنية (2)، فإنها تتعقد في تلك الحالة بحضور سبعة أعضاء شريطة أن يكون الرئيس من بينهم أو من ينوب عنه، وذلك وفقاً لأحكام المادة (19) من قانون المحكمة الدستورية (3).

ويشترط هنا قانون المحكمة الدستورية على الهيئة الحاكمة أن تصدر حكمها في الدعوى الأصلية خلال مدة لا تزيد عن مائة وعشرين يوماً من تاريخ تقديم طلب الطعن (4).

وهنا ترى الباحثة، بأن المشرع الأردني يُحمد في موقفه من خلال تحديد مدة للفصل وإصدار حكم في الطعن المرفوع إليها، لأنها ستحسم مسألة ذات خطورة تمس حقوق وحريات الأفراد على عكس المشرع الكويتي الذي لم يحدد في نصوصه قيوداً زمنياً في إصدار حكمه، وبالتالي قد يتم إغفالها والتهاون فيها.

والسؤال الذي يطرح بما أن النص حدد مدة إصدار الحكم من المحكمة والمقدر بمائة وعشرين يوماً فلو حدث أن تجاوزت المحكمة المدة المقررة فما هو مصير الدعوى والتشريع المطعون فيه؟؟ هنا، لم أجد في نصوص قانون المحكمة أو التعليمات ما ينظم مثل هذه الحالة، ولكن جانب من الفقه الدستوري يرى أن تجاوز المدة يجعل من القانون أو النظام المطعون فيه مقبولاً وصحيحاً (5).

وهنا ترى الباحثة، أن تلك المدة المقررة بموجب قانون المحكمة الدستورية ليس إلا إجراء تنظيمياً ولا تؤيد الباحثة الرأي الفقهي المذكور سابقاً، كون أن مهمة المحكمة الدستورية الأولية هي الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة وحماية سيادة سمو الدستور ومبدأ تدرج القواعد القانونية وحماية حقوق وحريات الأفراد من أي انتهاكات غير دستورية.

وفيما يتعلق بمسألة المداولة: أشارت المادة (18) من قانون المحكمة الدستورية "تكون مداولات المحكمة سرية" بمعنى أنه يتم تداول الطعن بين أعضاء المحكمة الحاضرين في بحث عدم دستورية التشريع المطعون فيه بصورة

(1) لطفاً انظر إلى المواد 6، 7، 8 من التعليمات ذاتها.

(2) لطفاً انظر المواد (134، 135، 136)، من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته.

(3) بقولها "تتعقد المحكمة عند النظر في الطعن أو طلب التفسير المقدم لديها بهيئة من تسعة أعضاء على الأقل وفي حال تغيب عضو أو أكثر بمعذرة مشروعة أو تحققت إحدى حالات التنحي تتعقد بحضور سبعة من أعضائها على أن يكون من بينهم الرئيس أو من ينوب عنه وتصدر أحكامها وقراراتها بأغلبية خمسة أعضاء وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس أو من ينوب عنه".

(5) تنص المادة (10/ب).

من قانون المحكمة الدستورية تفصل المحكمة في الطعن خلال مدة لا تتجاوز مائة وعشرين يوماً من تاريخ ورودها إليها".

(5) جواد، إلياس. (2009). رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص133.

سرية، بعيدة عن العلن وأيضاً تقوم بإصدار أحكامها مسببة أي بيان الأسس القانونية التي استندوا وتوصلوا فيها إلى الفئاعة لإصدار ذلك الحكم، فقد يكون إصداره تدقيقاً أو جلسة علنية حسبما ترتئيه المحكمة الدستورية (1)، وذلك وفقاً لأحكام المادة (14) من قانون المحكمة الدستورية (2).

وفيما يتعلق بمنطوق الحكم فإن الحكم يصدر باسم جلالة الملك عبد الله بن الحسين ويكون الحكم الصادر عنها نهائياً وقطعياً وملزماً للسلطات والكافة أجمع، وهذا ما أكدته المادة (15/أ) من قانون المحكمة الدستورية (3). وبذلك تتوافق الإجراءات مع المشرع الكويتي في ذلك الشأن.

وبعد النطق بالحكم من قبل الهيئة، يتم إرسال نسخ من القرار أو الحكم إلى كل من 1. رئيس المجلس القضائي 2. رئيس مجلس الأعيان 3. رئيس مجلس النواب 4. رئيس مجلس الوزراء 5. وذلك وفقاً لأحكام المادة (16) من ذات القانون (4).

وهنا ترى الباحثة أن المشرع الدستوري قد أشار في المادة (16/أ) بأن ترسل نسخة إلى رئيس المجلس القضائي، وكان حري بالمشرع أن يدرج رئيس المجلس القضائي ضمن قائمة الجهات التي يحق لها الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية وذلك لاعتبارات عدة، أهمها أن رئيس المجلس القضائي على تواصل حثيث بواقع المحاكم، وما قد يثور من إشكاليات في عدم الدستورية لتشريع ما أو في أحد نصوصه، وهو الأكثر معرفة قانونية ودراية علمية حول تطبيق تلك التشريعات، لا أن يجعل تحريك الدعوى الأصلية المباشرة حكراً على الجهات السياسية صاحبة الاختصاص في العملية التشريعية سواء قوانين أو أنظمة وبهذا يكون لدينا منطقية وقانونية في إضافة رئيس المجلس القضائي.

وآخر مرحلة، هي نشر الحكم في الجريدة الرسمية كما نص عليها في المادة (16/ب) من ذات القانون. وفي النهاية، ننهي من دراسة الدعوى الأصلية (المباشرة) أمام المحكمة الدستورية سواء من حيث الشروط الواجب توافرها لمباشرة تلك الدعوى، والجهات التي يحق لها مباشرتها وإجراءات السير بها بشكل أصولي وقانوني، وأخيراً الحكم الصادر بنتيجة الدعوى الأصلية.

(1) مندوح محمد عارف الشيايب (2015)، الدعوى الدستورية بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية، جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، ص70.

(2) "تصدر المحكمة أحكامها مسببة بشأن الطعون المقدمة لديها وفق أحكام هذا القانون تدقيقاً أو في جلسة علنية وفقاً ما تراه مناسباً.

(3) "تصدر المحكمة حكمها في الطعن المقدم لديها باسم الملك ويكون الحكم الصادر عنها نهائياً وملزماً لجميع السلطات والكافة".

(4) "ترسل المحكمة نسخة من الأحكام الصادرة منها فور صدورها إلى كل من:

1. رؤساء الجهات المحددة في الفقرة أ من المادة (9) من هذا القانون.

2. رئيس المجلس القضائي".

نشر أحكام المحكمة في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها

## الخاتمة

وفي ختام هذا البحث، الذي كشف عن وجود قصور تشريعي في النصوص القانونية الناظمة للدعوى الأصلية التي تعد وسيلة رقابية على دستورية القوانين سنداً لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية رغم التعديلات الدستورية الحديثة لها، التي لم تأتي بجديد وإنما تكرر لما سبق.

وحيث إن المحكمة الدستورية تعد أساس الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال وسائل دستورية أقرها الدستور منها الدعوى الأصلية المباشرة التي تسعى من خلالها إلى صون مبدأ سمو الدستور وعدم انتهاك نصوص الدستور بأي حال، فهذه الدعوى تتسم بالخصوصية عن باقي الدعاوى القضائية كونها تواجه نصوصاً تعتبرها شبهة عدم الدستورية.

وفي الختام، يمكننا القول بأنه تم التوصل من خلال هذا البحث إلى بعض من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

- إن حرمان الأفراد من الطعن المباشر بعدم الدستورية وبأسلوب الدعوى الأصلية يخالف ما اتبعته الأنظمة القانونية التي تقدمت في هذا المضمار كما هو الحال في التشريع المصري والكويتي.
- إن وسيلة الدعوى الأصلية وفقاً للدراسة، لم تحقق مضمون الرقابة القضائية التي نادى بها المشرع وذلك لأن النصوص القانونية الناظمة لها، يعترضها نقص تشريعي لا يخدم أهداف الرقابة القضائية، منها استبعاد جهات عدة من مكنة الطعن منهم رئيس المجلس القضائي والنقابات ومؤسسات المجتمع.
- إن مجموع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية المتعلقة بهذه الوسيلة، منذ ولادتها حتى تاريخ هذه الدراسة، وصل إلى أربع قرارات، متضمنة رد الطعن، وهذا الأمر يقودنا لتأكيد فكرة عدم فاعلية هذه الوسيلة في تحقيق جوهر الرقابة القضائية على دستورية القوانين.
- توصلت الباحثة إلى أن التعديل الدستوري الحديث لعام 2022 الذي دخل حيز النفاذ 20122/01/31 والمتضمن بأن المشرع في وسيلة الدعوى الأصلية قد جاء مؤكداً بحصر جهات تحريكها لكل من (مجلس الأعيان، مجلس النواب، مجلس الوزراء) بنسبة (25%) من أعضاء مجلس الأعيان أو مجلس النواب. وهذا التعديل لا يؤدي ثماره سواء قبل أو بعد، لأننا بقينا داخل دائرة مغلقة، وبدون نتائج تتعكس إيجاباً على فاعلية هذه الوسيلة.
- إن حرمان محكمة الموضوع من اللجوء إلى أسلوب إحالة النص المشتبه بدستوريته وحرمان المحكمة الدستورية من التصدي لتلك النصوص التي تتطوي على شبهة دستورية يضعف من الرقابة الدستورية ويجعلها قاصرة في تحقيق غاياتها.
- حسناً فعل المشرع الأردني في التعديلات الدستورية الأخيرة عندما اختصر مرور الدفع الفرعي بمحكمة التمييز وجعل محكمة الموضوع ترفع الدفع بعد التحقق من شرط المصلحة إلى المحكمة الدستورية مباشرة.

## ثانياً: التوصيات

- توصي الباحثة بضرورة إجراء تعديل دستوري يتعلق بالمادة (1/60) من الدستور التي تتناول الدعوى الأصلية بحيث تمكن الأشخاص الطبيعيين والمعنويين والنقابات ومؤسسات المجتمع، وكذلك رئيس المجلس القضائي من صلاحية تحريك الدعوى الأصلية حتى تحدث نقلة دستورية نوعية أمام المحكمة الدستورية.
- توصي الباحثة بمنح الأفراد الحق في قيد الدعوى الأصلية للطعن بعدم دستورية التشريعات وللحفاظ على شرط الجدية، ويمكن فرض كفالة مالية على الطاعن لضمان جديته في الطعن.
- توصي الباحثة بضرورة رفع الوعي القانوني لدى أفراد المجتمع حول أهمية الدور الفعال الذي تمارسه المحكمة الدستورية في حماية حقوقهم وحررياتهم من خلال مساهمتهم في تحريك الدعوى الأصلية الهادفة إلى الرقابة القضائية على دستورية التشريعات.
- توصي الباحثة بضرورة السير على نهج الدساتير التي أخذت بالدعوى الأصلية بشكل فعال وجوهري في تحقيق مضمون الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، منها الدستور المصري والدستور الكويتي.
- توصي الباحثة واستكمالاً لتحقيق غايات الرقابة الدستورية منح محاكم الموضوع صلاحية استخدام أسلوب الإحالة ومنح المحكمة الدستورية صلاحية التصدي لرقابة النصوص التي تتطوي على شبهة دستورية.

## قائمة المصادر المراجع

## أولاً: الكتب

- أبو المجد، أحمد كمال. الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية القاهرة، (1999).
- أبو حجيلة، علي رشيد، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، حضارة للنشر والتوزيع، ط1، (2004).
- الجهمي، خليفة سالم، رقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، مصر، (2018).
- الخطيب، نعمان أحمد. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، (2006).
- الشريف، عادل، قضاء الدستورية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998.
- العلام، عبد الرحمن. قواعد المرافعات، شرح مقارن لنصوص قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم 88 لسنة 1956 وتعديلاته مع أحكام محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون، ج1، مطبعة شفيق بغداد (1956).
- النسور، فهد أبو العثم. القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (2016).
- النمر، أمينة مصطفى، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، مصر، (1989).
- العواملة، منصور. الوسيط في النظم السياسية، مجلدح، ط2، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، (1998).
- جوادي، إلياس. (2009). رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- حماد، محمد رضا. المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية تونس، طبعة ثانية، (2010).
- رمضان، شعبان أحمد. أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، ط1، مصر، (2009).
- زيد، عباس محمد. الرقابة على دستورية القوانين في اليمن دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، مصر، (2000).
- كامل، محمد نصر الدين. اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، (1989).

## ثانياً- الرسائل الجامعية:

- أبو هويل، بدر محمد هلال. المحكمة الدستورية وآلية اتصالها بالدعوى دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت (2014).
- الزين، يزن عوض عضوب. دستورية القوانين بين رقابة الامتناع والدعوى المباشرة في ضوء انشاء المحكمة الدستورية في الأردن، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، (2014).

• عبد الله، أركان حسن. المصلحة في الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية (2016).

• ممدوح محمد عارف الشياب، الدعوى الدستورية بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية، جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، (2015).

#### ثالثاً- الدساتير والقوانين:

- الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته.
- قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم 15 لسنة 2012.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لعام 1988 وتعديلاته.
- نظام التنظيم الإداري لمجلس الوزراء رقم 55 عام 2010.
- تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير لسنة 2014.

#### رابعاً- المواقع الإلكترونية:

- موقع المحكمة الدستورية الأردنية [www.cco.gov.jo](http://www.cco.gov.jo)

## الشفافية الإدارية في الجزائر: بعض التطبيقات

سارة بن محمد\*، سالمى وردة\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.05](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.05)

تاريخ استلام البحث 2022/03/02 .  
تاريخ قبول البحث 2022/05/24 .

\* جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، قسنطينة، الجزائر .

\* للمراسلة: [Ouarda.salmi@yahoo.com](mailto:Ouarda.salmi@yahoo.com)

### الملخص

لقرون، ظلت القرارات الإدارية العليا سرية. حكم شرع حتى ذلك الحين بسيادة السلطة التنفيذية وحقها الملكي. اليوم ومنذ التطور المجتمعي المتصل بالعولمة، تم فرض قواعد على الإدارة للتخفيف من سريتها ومحاربة الفساد والعجز الديمقراطي الذي عرفه النظام السابق لفترة طويلة. وفي الجزائر، والدول الديمقراطية الحديثة كذلك، فإن المسألة تتعلق بعمل تنظيمي بغية التقليل من الأسرار أو حتى إزالتها فعلياً لصالح الشفافية الإدارية. توضح هذه الدراسة الجانب القانوني للشفافية الإدارية لدى المشرع الجزائري. ومن خلالها، سيتم التعامل مع مسألة الإطار القانوني والصكوك القانونية، تليها الرقابة الإدارية.

الكلمات الدالة: الشفافية الإدارية، التنظيم، الرقابة الإدارية.

## Administrative Transparency in Algeria: Some Applications

BENMAHAMMED Sara\*, SALMI Ouarda\*

\* Université Frères Mentouri Constantine, Constantine, Algérie

\* Crossponding author: [Ouarda.salmi@yahoo.com](mailto:Ouarda.salmi@yahoo.com)

Received: 02/03/2022.

Accepted: 24/05/2022.

### Abstract

For centuries, the so-called supreme administrative decisions have been secret. A provision legitimised until then by the sovereignty of the executive power and its regalian right. Today and since the societal evolution linked to globalisation, rules are imposed on the administration to attenuate its secrecy and fight against corruption and the democratic deficit that the former regime has known for so long. In Algeria as well as in modern democratic states, it is a question of regulatory work to reduce or even virtually eliminate secrets in favour of administrative transparency. This study explains the legal aspect of administrative transparency in Algerian legislation. In this study, the question of the legal framework and the legal instruments will be dealt with, followed by that of administrative control.

**Keywords:** Administrative Transparency, Regulation, Administrative Control.

## I. Introduction

Secrecy is as old as society itself, and if in its universal conception it is better to keep it, in public administrations the risk linked to secrecy is so great that popular uprisings can take place. The attitude of the Administration has -often- consisted in hiding the information, this conduct attenuated the exchange. And as a consequence, it distorted the relationship: Administration / citizens.

Nowadays, whether in developed or developing countries there is talk of transparency, this is certainly due to the impact of the communication and information revolution at all levels.

Transparency has become one of the principles on which all state systems are based, and it is also a means of eliminating corruption, since non-transparent transactions often conceal illegal acts. Thus the spread of this principle makes secrecy an exception. Moreover, in the current climate of Covid risk19 , administrative transparency is a more than relevant issue.

Algeria is the heir - par excellence - of the French system in general and of its administrations in particular. Indeed, Algerian administrative law is strongly inspired by and similar to French law. Algeria also applies this concept of transparency and has made it a constitutional principle<sup>1 (constitution)</sup> Article 32 of the Algerian constitution states as follows: "*Fundamental freedoms and the rights of man and citizen are guaranteed. They are the common heritage of all Algerian men and women, which they have a duty to pass on from generation to generation to preserve its integrity and inviolability.*" Article 39: "*The privacy and honour of citizens are inviolable and protected by law. The secrecy of correspondence and private communication, in all their forms, is guaranteed*", which means that it applies to all areas:

Transparency is also considered one of the most important principles of good governance; sought by all governments and administrations because of its importance in the management of public affairs.

Administrative transparency is of such importance today, that in the current situation linked to the health crisis and all the measures undertaken by the State, the study and application of administrative transparency makes sense.

The importance of the subject is first of all pragmatic, because administrative transparency is of general scope for the citizens, it intervenes in their daily life, it is necessary for the good development of their exchanges with the State. On the other hand, administrative transparency is a guarantee of the durability of the executive power.

The aim of our research is to examine the ways in which administrative transparency can be applied through various examples. These examples are to be found in both private and public law.



The problem of our study revolves around the application of administrative transparency and its means of control. In order to answer this question, several questions will be raised: the legal framework for the application of administrative transparency? The means put in place to do so? And finally the control carried out against administrative transparency?

Verifying the application of all these notions presupposes that we first give some indications of the method used: the concepts, notions and legal categories used will be borrowed from both common law, administrative litigation law and tax procedure law, thus showing both the unity and the divergence that exist.

The approach will therefore be inductive, based on the examination of the texts, fed by the analysis and the synthesis of the solutions which it seems possible to combine, just as to avoid the dangers of simple description, the comparative study is used. The subject of administrative transparency has previously been the subject of much research in comparative law, particularly in France. Its study with regard to the particularism that may exist and the prospect of an evolution could contribute to a better understanding of Algerian administrative litigation. To better serve our study, the plan is as follows:

I-Introduction,

II-The legal framework of administrative transparency in Algeria,

III-Control of Public Administrative Transparency, and

IV-Conclusion.

## II. The legal framework of administrative transparency in Algeria

The Algerian legislator has organized the administrative transparency in several laws and regulations; texts that tend to enforce this principle more and more, following the example of the decree n°88-131 of July 4, 1988 organizing the relations between the administration and the citizens<sup>2</sup> (Decree n°88-131, 1988) (Decree No. 18-199 of 2 August 2018 on the delegation of public services, 2018 )

The administration must inform citizens of the regulations and measures it issues, and in this context it must use and develop all appropriate means of dissemination and information (art. 8).

The persons administered must also have the possibility of accessing administrative documents and information (article 10), so that consultation on the spot or the delivery of a copy is perfectly possible and any refusal to do so must be justified by the Administration. This decree is not an isolated one, in fact the law 06-01 of 20 February 2006 on the prevention and fight against corruption, regulates the principle of transparency from the very first article<sup>3</sup> (Law No. 06-01 , 2006 ) "*The efforts of the sector come in an important context, marked by the continued implementation of the instructions of the President of the Republic in order to build a transparent, modern and quality*

*administration, focused on a professional public service and free of any bureaucratic hindrance", (M.MEDEGHRI, 2017)*

In the same sense, we could mention the law 11-10 of 22 June 2011 on the municipality, in which the principle of transparency is mentioned in several articles<sup>4</sup> (Article 32); "*Subject to the legislative and regulatory provisions relating to respect for the privacy of citizens, the confidentiality of information and public order, any person with an interest is entitled to consult the minutes of the deliberations of the wilaya People's Assembly on the spot and to take a copy of them, in whole or in part, at his or her own expense. The municipal People's Assembly takes all measures to inform citizens about their affairs, and everyone is also allowed to see the result of the deliberations (Article 11). Moreover, the sessions of the municipal council are public and open to the citizens of the municipality (Article 26). The law 12-07 of February 21, 2012 relating to the wilaya, which, like the previously mentioned law 11-10, gives the right to each citizen concerned by the deliberation to be informed about it.*

The application of the principle of administrative transparency is illustrated in several examples:

### **1) The right of access to public information:**

*"The right of access to information could contribute to making Algerians full-fledged citizens"<sup>5</sup> (HADJAD), because access to public information certainly encourages citizens to participate in the management of the State; they become partners in the administrative process.*

Several legislations have already illustrated this principle, and as previously mentioned, the municipal laws favour this by the introduction of administrative exchange.

This right is all the more important as its consecration is of constitutional value and in all Algerian constitutions since independence the right to access to information has always been illustrated, the expression "*access to information*" is perhaps not mentioned, but replaced by "*obtaining information, documents, statistics and their circulation are guaranteed to the citizen*" (Article 51 of the Constitution).

### **2) Transparency of public finances:**

The action of the Public Administration is mainly concerned with finances, because taxes are a real source for the State and have a considerable value.

Therefore, linking administrative transparency to taxation is quite simple and this is due to the very nature of taxation; how can one tax without informing? In reality, the Algerian tax system is declarative and is based on exchange and communication.

Moreover, tax control in all its forms is based on this idea of administrative transparency.

The tax rescript is also a perfect illustration of the notion of transparency between taxpayers and the tax administration. Part of a reform instituted by the Finance Act 2012, Article 174 bis and 174 ter provides for a new procedure that guarantees the rights of taxpayers through legal certainty, it is thus defined by Article 2 of Executive Decree No. 12-334 of 8 September 2012<sup>6</sup> (Executive Order No 12-334, 2012), in these terms: "*the tax rescript is a formal position of the tax administration, seized by a bona fide taxpayer within the competence of the Directorate of large enterprises. This rescript constitutes a precise and definitive answer to the request of the taxpayer who wants to know the taxation applicable to a factual situation with regard to the tax legislation in force*".

The tax rescript is an individual step taken by a taxpayer in good faith allowing him to question the tax authorities on his situation with regard to a tax text. It is therefore a guarantee of legal security and tax transparency for the taxpayer. Legal certainty in tax matters is therefore a legitimate demand to secure relations that are sometimes conflictual between the administration and taxpayers (F.Douet, 1997,381p) (J.BUISSON, 2011,221.p.)<sup>7</sup>.

Whereas the request for information has a broader scope, in other words the scope of application of the request for information is not limited to factual situations, but extends to the Administration's interpretation of legislative texts<sup>8</sup>. Moreover, the responses to requests for information may vary in form and content from one Administration to another, whereas the rescript remains centred at the level of the DGE and, as a result, the request for information is not a tax rescript.

The realization of administrative transparency in taxation is also explained by the various existing appeals in this area. This concerns especially the administrative phase with its compulsory preliminary appeal and in which the taxpayer expects to have compulsory motivated answers.

The appeal before the appeal boards is particularly heterogeneous in its composition and is only intended to facilitate a transparent exchange of views, the response to which is also reasoned.

Administrative transparency also takes shape in the motivation of administrative acts, and a simple reading of the Code of Civil and Administrative Procedures confirms this.

The law n°11-10 relating to the commune<sup>9</sup> (commune, 2011), in article 60 evokes the motivation of the Wali's decree, the latter is in the obligation to justify his administrative decisions, of this fact the citizens are in right to know the reasons which brought the public Administration to take a decision unfavourable to their against.

### 3) Administrative transparency and public procurement:

The adoption of the principle of market economy is considered one of the most important features of economic globalization, which requires the parallelism of two indispensable elements, namely the principle of free trade and the need to control market movements in order to ensure the realization of the public good.

Competition is a word that originates in the economic dictionary, as its concept is determined in the field of economic activity more than in the legal field, so it has been defined as "*a mechanism that allows a specific market to set prices through supply and demand*", and based on this definition, competition is of wide application. It can therefore be included in the field of public procurement, especially since the latter evokes the characteristics of the embodiment of modern management.

Article 2 of the Competition Act 5-10, as amended and supplemented, refers to the principle of competition throughout the public procurement process, from the publication of the tender notice to the final award of the agreement. However, it should be noted that although competition law restricts the application or implementation of the principle of the tender procedure, which is the "*request for proposal procedure*", the Public Procurement Law has expanded the service that embodies this principle to conduct a consensual approach after consultation.

Mentioning competition is not insignificant, as this principle undoubtedly evokes transparency. The envelopes relating to the application file, the technical and financial offers are opened in public session. At the same meeting, on the date and at the time provided for in Article 66, all candidates or contractors shall be invited to attend the envelope-opening session. In this capacity, the envelope opening and tender evaluation committee carries out the tasks assigned to it under the legal provisions.

### 4) Administrative transparency and the law to prevent and combat corruption:

The field of public transactions is the most important channel through which public funds move. A vital area for corruption in all its forms. Thus, the principle of transparency in the organization of public transactions is one of the most important mechanisms in this struggle. In Article 09 of the Anti-Corruption Act, the legislator has emphasized the most important principles of public procurement: the principle of transparency in procedures, disclosure of information and the rules of fair competition.

### 5) Administrative transparency and business practices:

Because of the great importance of economic transactions, the relationship between the consumer and economic agents must be characterised by a high degree of transparency. Environmental regulations at the legal and institutional levels are at the forefront of international policy. The United Nations Environment Programme (UNEP) requires

countries to. In this sense, information is becoming essential, based on transparency, the Rio de Janeiro summit on the environment and development in 1992 granted the right to consult documents and data on the environment.

The law 04-02 of July 27, 2004, amended and supplemented by the law 06-10 of August 15, 2010<sup>10</sup> (06-10, 2004), sets out a series of obligations that allow a high transparency, so the economic agent must not only inform the customer of the price, but also to charge it.

In addition, the law 09-03 relating to the protection of the consumer and the repression of the fraud evokes the protection of the consumer by informing him<sup>11</sup> (repression, 2009). The intervention of the State in this process is obvious, insofar as law 88-01 subjects the public company to commercial law. As a result, the State becomes an economic actor of great importance.

Administrative transparency is also present in the relationship between economic agents and the administrative regulatory authorities, which by their reasoned administrative decisions promote this principle.

Indeed, Article 19 of Law 03-03 of 19 July 2003 on competition, requires the Competition Council to give reasons for its decisions taken against economic agents<sup>12</sup> (competition, 2003) See also in this sense article 44: "*The Competition Council shall examine whether the practices and actions referred to it fall within the scope of articles 6, 7, 10, 11 and 12 above or are justified by the application of article 9 above.*

## **6) Administrative transparency in environmental protection:**

The 1972 United Nations seminar in Stockholm also recalls the responsibility of everyone to protect the environment and the development of information in this field.

Algeria, in response to law 03-10 on environmental protection, has made information a basic principle<sup>13</sup> (development, 2003), and above all, it makes the citizen an indispensable partner.

The impact study referred to in Article 16 confirms the idea of transparency, since it embodies a post-project assessment, which makes it possible to calculate the extent of the damage to the environment<sup>14</sup> (03-10). This ensures that administrative transparency is fully guaranteed. Moreover, the consultation is a procedure mentioned in the law 20-04 relating to the prevention of major risks and the management of disasters within the framework of sustainable development<sup>15</sup> (development L. N.-2., 2004), it agrees to the collaboration between the public institutions, the territorial communities and the economic operators (article 9).

### III. Control of Public Administrative Transparency

The application of the principle of administrative transparency implies the principles and foundations of good governance, which allows the conduct of public affairs, The principle of good governance appeared at the end of the eighteenth century in 1878, and was used in the field of development only in the late nineteenth.

Its definition varies from one community to another, depending on the trends and interests of each. Good governance was defined by the World Bank in 1992 as the means by which power is exercised in the management of economic and social resources to achieve development.

This means that the decisions taken and their implementation are carried out in a transparent and well known way, while ensuring easy access to documents. (Access to information in a direct and free manner, easy to understand (accessible to all groups)).

In Algeria, it is the orientation law 06-06 that established good governance<sup>17</sup> (06-06, 2006) (article 2), : "*The general principles of urban policy are Good governance: according to which the administration listens to the citizen and acts in the general interest within a transparent framework.*

*Information: according to which citizens are permanently informed about the situation of their city, its evolution and its perspectives* by enacting a series of principles including transparency; decisions taken and their implementation are executed in a transparent and well known manner, while guaranteeing easy access. This good governance also and above all requires efficient control.

Administrative control is the first form of control, and it must be effective in order to prevent any failure of the administrative system. Thus, the Algerian legislator has subjected public procurement contracts to a variety of controls, depending on their importance, which can take several forms:

#### 1. Internal control:

This type of control is carried out by the Administration; its only objective is to reveal shortcomings without sanctioning them.

Internal control is also practised by regulation, and for this purpose two commissions are set up to open the envelopes and analyse the bids and the related prices (articles 121-125 of decree 10-236)<sup>18</sup> (the presidential decree 10-236, 2010) Article 121: "*As part of internal control, a standing committee for the opening of bids shall be set up in each contracting department.*

*The head of the contracting department shall decide on the composition of this committee in accordance with the legal and regulatory procedures in force.*

*Article 125: "A standing committee for the evaluation of tenders shall be set up in each contracting authority. This committee, whose members are appointed by decision of the head of the contracting authority, and which is composed of qualified members chosen for their competence, shall analyse the tenders and, where appropriate, alternative tenders with a view to identifying the proposal(s) to be submitted to the authorities concerned..."*

Presidential Decree No. 15-247<sup>19</sup> (Presidential, 2015 OJ No. 50) aims to develop public service through the impartiality of the administration and by reducing bureaucracy, as well as the development of e-government by creating a single commission for the opening and analysis of tenders.

## **2. External control:**

It follows the internal control, which under Article 163 of Decree 15-247 has the purpose of analyzing the degree of compliance and evaluation of the contracting party. In this regard, the following can be noted:

- 1- The new presidential decree abolished the use of national procurement and service commissions, as well as the use of ministerial commissions, in order to decentralize control over public procurement and thus reduce bureaucracy.
- 2- He divided the commissions into two parts: the contracting department's contracting commissions and the sectoral contracting commissions.

## **3. Control under guardianship:**

Control is exercised over the authorities that are not territorially centralized by the Central Administrations in order to achieve political, economic and social unity. It is exercised by the supervisory authority and its main objective is to ensure the conformity of public contracts with the main features of the country's economy. In order to do so, a report of the charges and the conditions of realization is sent to the minister or the wali but also to the specialized external control establishment.

For the communes, they are obliged to transmit the complete file of the contract to the wali and the publication of the tender in the national newspapers and the official journal of the public operator's contracts. In this way it can be checked whether the contract was awarded to the best bidder.

The wali has a period of 30 days to validate the legitimacy of the report, he also has the right to correct the mistakes and cancel the deliberation.

## IV. Conclusion

In the course of this study, we have tried to present the rules applicable to administrative transparency in Algeria in the light of the doctrine and legislative texts. It is now appropriate and useful to attempt to draw up a general assessment and to raise the issues that call for reform.

### 1. Results:

- Administrative transparency is illustrated in Algerian law, its application is multiple and varied; indeed the examples given demonstrate the extent of this principle.
- The examples cited cannot claim to be exhaustive, other practices can be cited, particularly in the case of tax law. The tax rescript is a perfect example.
- However, its concept in the strict sense is still utopian insofar as there are several obstacles:
- Application in Algeria of old systems inherited from the French public administration, thus bureaucracy becomes predominant.
- Internal, external and trusteeship controls are still the most common forms of control, in addition to the complaints of citizens who have been harmed by the lack of transparency in administrative decisions (for example, the prior appeal resulting from the act of taxation).
- Control under tutelage applied to public contracts has been dealt with in only one article, so the return to common law is quite frequent, a shortcoming in our opinion because this sector is characterised by a high degree of complexity.
- Finally, there is no coordination between the different controls exercised in Algeria.
- The administration needs clarity and objectivity, because where corruption is rife there is little room for transparency, and public contracts often bear witness to this.

### 2. Recommendations:

These shortcomings can be overcome by legal solutions:

- It would be necessary to proceed with an administrative reform and to develop all the tools of transparency linked to management.
- The creation of a code of the relationship between the administration and the public, which would make it possible to settle upstream the various disputes related to administrative transparency, as is the case in France.
- Strengthening the control of administrative contracts.
- Creating a legal framework for administrative liability.
- The contribution of the administrative judge is essential to the development of administrative law in general and administrative transparency in particular.



## Bibliography

- (s.d.).
- 03-10, l. (s.d.). Article 16.
- 06-06, ' L. (2006, février 20). JO n° 15.
- 06-10, L. 0.-0. (2004, july 27). OJ n° 46.
- Article 2. (s.d.).
- Article 3. (s.d.).
- Article 32. (s.d.).
- Article 44. (s.d.).
- Article1. (s.d.).
- Commune, l. N.-1. (2011, june 22). Oj no. 61.
- Competition, l. N.-0. (2003, july 19). Oj no. 43.
- Constitution, t. A. (s.d.). Article 32 et article 39.
- Decree n°88-131. (1988, july 4). Oj n°27.
- Decree no. 18-199 of 2 august 2018 on the delegation of public services, j. N. (2018, august 2 ). Decree no. 18-199 jo no. 48 . *The delegation of public services* .
- Development, l. N.-1. (2003, july 19). Oj n° 43.
- Development, l. N.-2. (2004, december 25). Oj no. 84.
- Executive order no 12-334, .. (2012, september 8). Oj no. 50.
- F.douet. (1997,381p). , *contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*. , lgdj, coll. Bibliothèque de droit privé, .
- Hadjad. (s.d.). , president of the algerian association for the fight against corruption.
- J.buisson. (2011,221.p.). *La sécurité fiscale*. L'harmattan, coll. Finances publiques, .
- Law no. 06-01 . (2006 , february 20 ). *The prevention of and fight against corruption*.
- M.medeghri. (2017). *Report on the study day of tuesday*. Organized by the national school of administration,.
- P. D.-2. (2015 oj no. 50, september 16). The organization of public procurement and public service delegation.
- Repression, l. N. (2009, february 25). No. 15.
- The presidential decree 10-236. (2010, october 7). Oj n°58. The organization of public markets.

## النزاع الدولي حول سد النهضة بين مصر وإثيوبيا والسودان

هنا محمد سليم الأزايدية\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.06](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.06)

تاريخ استلام البحث 2022/03/13  
تاريخ قبول البحث 2022/06/21

\* قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، الاردن .  
\* للمراسلة: [hanamohammad722@gmail.com](mailto:hanamohammad722@gmail.com)

### الملخص

تمحورت الدراسة حول أحد المواضيع المهمة على الصعيد الدولي، والمواكبة لوقتنا هذا، وهو: النزاع حول سد النهضة، وتبلورت المشكلة البحثية للدراسة على أنه مع وجود العديد من الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل التي تنظم العلاقات بين دول حوض النيل؛ إلا أن الواقع الحالي يؤكد على مخالفة بعض دول المنبع لتلك الاتفاقيات والمتمثلة بدولة إثيوبيا لقيامها ببناء سد النهضة بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى دول المصب والمتمثلة بدولتي مصر والسودان، كما هدفت هذه الدراسة للكشف عن أسباب الخلاف القائم بين الدول الثلاث، وتحليل المواقف القانونية لدول حوض النيل بما يتعلق بمدى مشروعية الاتفاقيات النيلية، وذلك باستخدام المنهج الوصفي التحليلي، وبناءً على ما توصلت اليه الباحثة من نتائج أهمها إن ما قامت به إثيوبيا يعد اختراقاً واضحاً لجميع المبادئ والقواعد القانونية الناضجة لاستخدام الأنهار الدولية. وتدعو الدراسة إلى أهمية التعاون بين الدول الثلاث للتوصل لحل ذلك النزاع بشكل سلمي.

**الكلمات الدالة:** المعاهدات الدولية، النزاع الدولي، النهر الدولي، سد النهضة.

## The International Dispute Over the Renaissance Dam Between Egypt, Ethiopia and Sudan Hana Mohammad Saleem Alazaideh\*

\* Department of Public Law, faculty of law, al-Zaytoonah University of Jordan,  
Jordan.

\* Crossponding author: [hanamohammad722@gmail.com](mailto:hanamohammad722@gmail.com)

Received: 13/03/2022.

Accepted: 21/06/2022.

### Abstract

The study centrally focused on one of the important topical topics at the international level: the dispute over the Renaissance Dam. The research problem of the study is manifested in the fact that despite the existence of many agreements related to the Nile River that regulate relations between the Nile Basin countries, the current reality confirms the violation by some upstream countries of these agreements, represented by the State of Ethiopia, for building the Renaissance Dam unilaterally without referring to the downstream countries represented by Egypt and Sudan. This study also aimed to reveal the causes of the ongoing dispute between the three countries, and analyze the legal positions of the Nile Basin countries with regard to the legitimacy of the Nile agreements, using the Descriptive Analytical Approach, and based on the findings of the researcher, the most important of which is that what Ethiopia has done is a clear breach of all principles and legal rules regulating the use of international rivers. The researcher urges the importance of cooperation between the three countries to reach a peaceful solution to this dispute.

**Keywords:** Treaties, Dispute, International River, Renaissance Dam.

## المقدمة

تعد قضية سد النهضة من القضايا التي تحتل الصدارة في قضايا المياه ولا سيما في الأعوام الأخيرة، وذلك لما لهذا السد من تأثير كبير على عصب الحياة في مصر<sup>(1)</sup>، فنهر النيل هو المصدر الوحيد التي تعتمد عليه مصر بشكل كلي وأساسي في الزراعة والري، وتتوقف حياة شعبها عليه، ولذلك شرعت مصر بجولات تفاوضية مع إثيوبيا، لكنها انتهت جميعها دون التوصل لنتائج جدية، ودون حسم للخلاف بين الدولتين بشأن سد النهضة ومياه النيل ليومنا هذا<sup>(2)</sup>.

وثمة- في هذا الخلاف- بين الدول الثلاث جوانب قانونية، وسياسية واقتصادية وثقافية، وأمنية وفنية، ولا سيما في ما يخص سد النهضة، لكن الباحثة تطرقت في هذه الدراسة لسد النهضة من زاوية الجانب القانوني، والدولي حصرياً، الذي ينظم العلاقات بين الدول المتشاطئة في المجاري المائية المشتركة، بالإضافة إلى المعاهدات الدولية المبرمة بين الدول المعنية بموضوعنا هذا.

ونشير هنا بأن ملف سد النهضة من الملفات الشائكة في الوقت الراهن، لما يحتوي على مشاكل مائية معقدة ومتعددة الأسباب مما أدى إلى الصراع المائي الدولي حول مدى مشروعية اتفاقيات مياه النيل السابقة وذلك بالأخص بين الدول العليا لنهر النيل وبين دولتي أسفل النهر، مما أدى إلى النزاع بين هذه الدول على صورة المناظرة، أي أن دولة أعالي نهر النيل المتمثلة بإثيوبيا التي طرحت مسألة عدم مشروعية الاتفاقيات السابقة وذلك بحجة أنها قد حصلت على استقلالها بعد إبرام تلك المعاهدات، وبالمقابل تتمسك دولتا المصب (مصر، والسودان) بالمعاهدات السابقة وذلك نظراً بقاعدتي التوارث الدولي للمعاهدات والحق التاريخي المكتسب<sup>(3)</sup>.

### إشكالية الدراسة:

تتعلق مشكلة الدراسة من النزاع القائم حول سد النهضة، إذ قامت بتشبيده دولة إثيوبيا بإرادتها المنفردة مخترقةً جميع القواعد القانونية الناظمة للأنهار الدولية، متغاضية الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأنهار الدولية، متجاهلةً مدى التأثير السلبي على الحقوق المائية لدولتي مصر والسودان، ومن هذه الإشكالية تكون لدينا العديد من التساؤلات.

### اسئلة الدراسة :

تتمحور تساؤلات الدراسة حول ما يلي :

#### 1. ما هو سبب الخلاف القائم بين إثيوبيا ودولتي مصر والسودان حول سد النهضة؟

(1) نهر النيل : هو نهر تاريخي وهو المصدر الأساسي والرئيس للمياه في مصر، حيث تعتمد على حوالي (97 في المائة) من مياه الري والشرب، كما يعد أطول نهر في القارة الأفريقية وفي العالم، يتدفق في شمال شرق إفريقيا، والمنبع الرئيسي للنهر هو النيل الأبيض والمنبع الثانوي هو النيل الأزرق، بحيث تلتقي المنابع قرب مدينة الخرطوم، ويصب نهر النيل في البحر الأبيض المتوسط، ويبلغ طول نهر النيل حوالي 6,650 كم، كما يغطي مستجمعه المائي (11) دولة تسمى بدول حوض النيل وهي كالتالي: مصر، إريتريا، رواندا، أوغندا، إثيوبيا، تانزانيا، بوروندي، جمهورية الكونغو الديمقراطية، كينيا، السودان، جنوب السودان. ويكيبيديا، نهر النيل. متوفر على شبكة الإنترنت <https://ar.wikipedia.org> تاريخ زيارة 13 تشرين الأول، 2021.

(2) النجار، أحمد السيد (2018). مصر والنيل. القاهرة، الإسكندرية : دار العين للنشر، ص17.

(3) الشافعي، هشام محمد (2020). الانتفاع المشترك بالأنهار الدولية في غير الشئون الملاحية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام. القاهرة : المركز القومي للإصدارات القانونية، ص351.

2. ما هي أهم المعاهدات الدولية المتعلقة بالأنهار الدولية؟ وما موقف كل من مصر وإثيوبيا والسودان منها؟ وما هي الحجج التي استندت عليها تلك الدول بقبول أو رفض تلك المعاهدات؟
3. ماهي النتائج التي توصلت إليها اللجنة الدولية المعنية بسد النهضة؟
4. ما هي الآثار السلبية المتولدة عن سد النهضة بالنسبة لدولتي مصر والسودان؟

### أهمية الدراسة:

أصبحت مشكلة المياه الدولية تتصدر هموم العالم، وتهدد الأمن القومي للدول المتشاطئة بسبب النزاعات والصراعات المائية التي تدور بينهم؛ مما أدى إلى مخاوف الدول من ظهور حروب مائية دولية في المستقبل، فعنت الدراسة إلى الاهتمام بهذه المسألة من الوجهة القانونية، وإمداد المشتغلين بالقانون مادة جاهزة، وحية مباشرة لمسألة الأنهار الدولية.

كما أن هذه الدراسة ذات أهمية للباحثين القانونيين من الناحية الأكاديمية لاعتبارها تمحورت حول النزاع على سد النهضة من الجانب القانوني، أضف إلى ذلك أن الدراسة تتناول موضوعاً مازال قائماً الى وقتنا الحاضر وهو النزاع القائم بين إثيوبيا ومصر والسودان حول سد النهضة.

### أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة إلى تحقيق العديد من الأهداف ومن أهمها ما يلي :

- 1) توضيح مدى مشروعية الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنهر النيل، التي أبرمت في زمن الاستعمار.
- 2) التحليل القانوني لأزمة سد النهضة.
- 3) تسليط الضوء على دور لجنة السدود الدولية في إقامة السدود والمشاريع المائية.
- 4) توضيح ما ينتج عن سد النهضة من آثار سلبية وأضرار تلحق بدولتي مصر والسودان.
- 5) بيان المواقف القانونية لدول حوض النيل من النزاع حول سد النهضة.

### منهجية الدراسة :

أتبعت هذه الدراسة لتحقيق أهدافها المنهج الوصفي في تناولها بعض المصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة، كما اتبع المنهج التحليلي لتحليل الأحكام التي تناولتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأنهار الدولية، والمبادئ الدولية النازمة لاستخدام الأنهار الدولية.

## المبحث الأول

### نبذة عن خلفية النزاع حول سد النهضة

يعود أساس النزاع المصري - الإثيوبي حول سد النهضة إلى خلاف يعود جذوره منذ قرون حول نهر النيل، وذلك بسبب المعاهدة الإنجليزية - المصرية التي أبرمت في عام 1929، التي لم يكن للإثيوبيين دوراً فيها، بل كانت المملكة المتحدة تتفاوض بالنيابة عنها وعن عدد من دول حوض النيل التي كانت وقتها خاضعة للسيطرة البريطانية، وبعد مرور ثلاث سنوات أي في عام 1995 من استقلال دولة السودان عن الحكم الإنكليزي - المصري، قامت كل من السودان ومصر بتوقيع اتفاقية خاصة بهما حول نهر النيل، وقد ترتب عن تلك الاتفاقية زيادة حصة مصر من المياه السنوية المضمونة بمقدار 55.5 مليار متر مكعب، كما حصلت أيضاً السودان على حصة بمقدار 18.5 مليار متر مكعب. وفي هذه الاتفاقية لم يؤخذ رأي دولة إثيوبيا والدول الأخرى لحوض النيل مما ترتب على ذلك عدم اعتراف دولة إثيوبيا بمعاهدة 1929 ولا باتفاقية 1995 ولم تلتزم بهما، بحجة أن هذه المعاهدة قد أبرمت وقت الاستعمار البريطاني عليها وبزوال الاستعمار تزول معه المعاهدات التي أبرمت حين ذاك<sup>(1)</sup>.

وأما ما يخص الاتفاقية المبرمة بين مصر والسودان من وجهة نظر إثيوبيا، فكان من المفترض أن تُشاور إثيوبيا بخصوصها قبل توقيعها وكانت حجة إثيوبيا بأن النيل الأزرق<sup>(2)</sup>، الذي ينبع من مرتفعاتها فضلاً عن نهر عطبرة بدرجة أقل فكلاهما من روافد نهر النيل، وهما يزودانه بنسبة 80 في المئة من مياهه التي تتدفق لتصب في مصر والسودان<sup>(3)</sup>.

وعلى إثر ذلك شيدت إثيوبيا مشروع سد النهضة في نيسان عام 2011 ولم تستشر لا مصر ولا السودان حينذاك، بحجة أن هذه المسألة تتعلق بالسيادة الإثيوبية فقط. مما أدى كل ذلك إلى نشوء خلافات ونزاع بين دول حوض النيل وبالأخص بين مصر والسودان وإثيوبيا.

ولتوضح لنا الأمور حول هذا النزاع سنتطرق في هذا المبحث إلى ماهية سد النهضة وذلك من خلال المطلب الأول، كما سنعرض المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمت بين دول حوض النيل وموقفها منها، وذلك من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث، على النحو التالي:

(1) النجار، أحمد السيد (2018). مصر والنيل. مرجع سابق، ص 21.

(2) النيل الأزرق : يعد حوض النيل الأزرق من أهم الأحواض النهرية في إثيوبيا، وهو يعرف بإثيوبيا بنهر الأنهار حيث يبلغ طوله حوالي 1430 كم، حيث يقسم إلى قسمين قسم منها داخل الحدود الإثيوبيا بما يقارب 800 كم، والقسم الآخر داخل الأراضي السودانية 630 كم. شراقي، عباس محمد (2013). سد النهضة الإثيوبي. القاهرة : مركز البحوث والدراسات الإفريقية، ص 10.

(3) محي الدين، شريف (2021). قصة السد الذي أشعل نار الخلاف بين إثيوبيا ومصر. مركز مالكوم كير - كارنيفي للشرق الأوسط. متوفر على شبكة الإنترنت : <https://carnegie-mec.org> تاريخ زيارة 13 تشرين

الأول، 2021.

## المطلب الأول: ماهية سد النهضة.

يعد الخلاف حول نهر النيل، من الموضوعات المهمة، كونها تتعلق بخلاف قانوني يتمحور حول توزيع مياه نهر النيل، والذي أثار هذا الخلاف قيام إثيوبيا ببناء سد النهضة الذي يحجز كميات كبيرة من مياه النيل خلفه، مما يلحق أضراراً كبيرة لدول المصب، ونقص في حصتها المائية من مياه نهر النيل، وهذا الأمر يخالف جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتوزيع مياه الأنهار، إذن لا بد لنا من التعرف على هذا السد ونشأته وموقعه والأسباب التي أدت إلى بنائه، كما لا بد لنا معرفة الآثار الناشئة عن هذا البناء، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال هذا المطلب على النحو الآتي:

## الفرع الأول: خلفية إنشاء سد النهضة

يعد سد النهضة من أهم المشروعات المائية التي أنشأتها دولة إثيوبيا، وهذا يعني أن إنشاء سد النهضة ليس العمل الأول لإثيوبيا بالنسبة للسدود، وإنما كانت هناك محاولات قديمة منذ نهاية القرن التاسع عشر، حيث بدأت هذه المحاولات تدخل مجال التطبيق الفعلي لبناء السدود على النيل الأزرق بعد بناء دولة مصر للسد العالي<sup>(1)</sup>، وفعلاً بدأت إثيوبيا حينذاك ببناء العديد من السدود على نهر النيل، ولاسيما بعد أخذ موافقة مصر على إنشاء تلك السدود حيث كانت موافقة مصر إحدى الشروط التي قررها البنك الدولي لتمويل إثيوبيا بإقامة تلك السدود وهذا يتضح لنا قولاً واحداً بأن مصر تعاملت مع إثيوبيا بحسن نية وحسن الجوار، أي أنها لم تمنع دول الحوض وخاصة إثيوبيا بإنشاء مشاريع مائية لهدف رفع مستوى معيشة الشعب الإثيوبي وهذا دليل على أن مصر لا تقف أمام الخطط والمشاريع المائية مادامت هذه المشاريع لا تلحق الضرر بالحقوق المائية لدولة مصر وشعبها<sup>(2)</sup>.

ونشير هنا بأن فعل إثيوبيا بالمقابل ينافي مبدأ حسن النية وحسن الجوار الذي ينص في مضمونه عدم استغلال الاضطرابات الداخلية للدول، وإلحاق الضرر بحقوقها ومكتسباتها القانونية وللأسف هذا ما فعلته إثيوبيا بمصر عندما استغلت الوضع الداخلي المضطرب لمصر بسبب ثورة 25 كانون الثاني 2011، حينذاك قامت إثيوبيا بالإعلان رسمياً عن مشروع سد النهضة الإثيوبي في نيسان عام 2011، وفي سياق الحديث عن ذلك لم تكتفِ إثيوبيا فقط بذلك فقد انتهكت الثوابت القانونية في مجال استخدام الأنهار الدولية عندما باشرت أعمال بناء سد النهضة بخطوة انفرادية دون التشاور مع الجمهورية المصرية أو إخطارها<sup>(3)</sup>.

وللحديث عن إعلان إنشاء سد النهضة، أعلنت إثيوبيا في شباط عام 2011 عن إنشاء سد على النيل الأزرق، الذي عرف بسد هيداسي يبعد عن الحدود السودانية حوالي 20 - 40 كم، والذي يقدر سعة تخزينه

(1) السد العالي : هو نفسه سد أسوان العالي، ويعتبر من أكبر السدود في القرن العشرين، وهو عبارة عن سد ركامي على نهر النيل في جنوب مصر، حيث يبلغ ارتفاعه 111 متراً، وطوله 3600 متر، وعرض من القمة 40 متر، وكان الهدف من إنشاء هذا السد هو حماية دولة مصر من الفيضانات العالية وكبحها والتحكم في تدفق منسوب المياه، والاستفادة منها لتوليد الكهرباء، وقد بدأ العمل في هذا السد في 9 كانون الثاني 1960، بدعم من الاتحاد السوفيتي لمصر على إثر اتفاقية أبرمت بينهما لإفراض مصر بتاريخ 27 كانون الأول 1958، لتنفيذ مشروع السد العالي، وقد أكمل بناؤه في عام 1968، وافتتح رسمياً في سنة 1971. وزارة الموارد المائية والري، جمهورية مصر العربية، السد العالي. متوفر. على شبكة الإنترنت : <https://www.mwri.gov> تاريخ الزيارة 17 تشرين الأول، 2021.

(2) الشافعي، هشام محمد (2020). مرجع سابق، ص 356 - 363.

(3) علام، محمد نصر الدين (2012). اتفاقية عنتيبي والسدود الإثيوبية الحقائق والتداعيات، القاهرة : مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، ص 160.

حوالي 16.5 مليار متر مكعب، وقد أسند هذا المشروع إلى شركة ساليني الإيطالية، وأطلق عليه حينذاك اسم مشروع "إكس"، ولكن سرعان ما تغير الاسم إلى سد "الألفية الكبير"، وفي الثاني من نيسان لعام 2011، وضعت إثيوبيا حجر الأساس، و تغير اسمها للمرة الثالثة، وفي نفس الشهر ومن نفس العام ليصبح اسمه " سد النهضة الإثيوبي الكبير" (1).

### الفرع الثاني: موقع سد النهضة

الموقع الجغرافي لسد النهضة، يقع السد داخل الحدود الإثيوبية في منطقة بني شنقول جوموز وتحديداً في نهاية النيل الأزرق، كما يبعد عن الحدود السودانية ما يقارب 14.5 كم، كما يبعد من الشمال بنحو 35 كم من التقاء نهر بيليسي بالنيل الأزرق، ومن الغرب يبعد ما يقارب 750 كم من أديس أبابا، ويقع هذا السد على ارتفاع حوالي 505 متر فوق سطح البحر من قاعدة السد، كما يصل كمية الأمطار المتوسطة في منطقة السد نحو 800 مم - سنوياً (2).

ونشير هنا بأن سد النهضة يقع جيولوجياً في منطقة مليئة بالصخور المتحولة والملاحظ بأنها تشبه جبال البحر الأحمر في تكوينها التي تحتوي على العديد من المعادن والعناصر ومن أهمها : الذهب والنحاس والبلاتين، كما يصابها عناصر ثقيلة من المعادن الكبريتية مثل الزنك والمنجنيز والرصاص، وأيضاً وجود محاجر الرخام، كما يميز الجزء الآخر من المنطقة وجود الصخور البركانية البازلتية التي من المحتمل أن تسبب مشاكل كبيرة للسد، على سبيل المثال تسرب المياه من خلال التشققات التي تنتج عن النشاطات الأخرودية الإفريقية، كما من المحتمل أيضاً حدوث زلازل بسبب زيادة في الحمل المائي ووزن الصخور الخرسانية الداخلة في بناء السد على الطبقات البازلتية الموجودة في منطقة السد وهذه من إحدى المخاوف والإشكاليات المهمة التي تهدد أمن سد النهضة واستقراره (3).

وتجدر الإشارة إلى وجود مشكلات جيولوجية سيواجهها سد النهضة، علماً أنه ثمة تقارير قدمها خبراء جيولوجيون بأن الموقع الجغرافي لسد النهضة هو الأفضل جيولوجياً حسب دراستهم لمنطقة حوض النيل الأزرق، حيث استندت دراستهم إلى ظهور كميات كبيرة من الصخور القادمة الصلبة، أي المتحولة في منطقة السد من غيرها في أماكن أخرى من منطقة الحوض (4).

وعند دراسة التضاريس لمنطقة إثيوبيا بشكل عام نلاحظ أن إثيوبيا تقع على هضبة وسطى تحيطها السهول المنخفضة ضمن حدودها مع الدول المجاورة، كما يوجد بها تقريباً 50 بالمئة من الجبال الإفريقية التي يصل ارتفاعها تقريباً إلى أكثر من 2000 متر فوق سطح البحر، حيث يوجد معظم تلك الجبال في منطقة نهر النيل

(1) ويكيبيديا، سد النهضة. متوفر . على شبكة الإنترنت : <https://ar.m.wikipedia.org> تاريخ الزيارة 16 تشرين الأول، 2021.

(2) شتيوي، مساعد عبد العاطي (2012). القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية دراسة تطبيقية على نهر النيل. أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 208.

(3) الشافعي، هشام محمد (2020). مرجع سابق، ص 365.

(4) شرقي، عباس محمد (2013). سد النهضة الإثيوبي. المجلة المصرية لدراسات حوض النيل، مركز البحوث والدراسات الإفريقية جامعة القاهرة، رقم المجلد واحد (رقم العدد واحد)، ص 13.

التي مساحتها 371 ألف كم<sup>2</sup> بما يعادل تقريباً ثلث مساحة إثيوبيا، والملاحظ هنا أن اختلاف التضاريس ووجود الانحدارات في حوض النيل الأزرق مما لا شك، سيؤدي إلى عدة إشكاليات تضاريسية منها:

- صعوبة نقل المياه السطحية من منطقة إلى أخرى.
  - ستتولد مشكلة بزيادة تدفق المياه السطحية اتجاه مصر والسودان التي تصل في منتصف شهر آب أكثر من 500 ألف متر<sup>3</sup> يومياً في النيل الأزرق.
  - أما بالنظر إلى التربة، فستشهد إثيوبيا زيادة في معدل إنجراف التربة وهي أكبر مشكلة لإثيوبيا بالنسبة للنشاط الزراعي فيها.
  - كما سيؤدي اختلاف التضاريس وشدة الانحدارات إلى شدة الانهيارات الصخرية وتساقط الصخور وزحف التربة وتدفق الطمي؛ مما سيؤدي كل ذلك إلى فشل المشاريع المائية.
- وللنظر إلى كمية الصخور البركانية البازلتية الموجودة على الكرة الأرضية نلاحظ بأن أكبر تجمع لتلك الصخور موجود في منطقة شرق أفريقيا، بحيث إن النسبة الكبيرة منها موجود في حوض النيل الأزرق بحيث تحتوي على أكثر من 75 بالمئة منها بعمق 1500 متر. ومن الأمثلة على ذلك لو نظرنا إلى الشكل الحالي لبحيرة تانا وكيفية تكوينها؛ للاحظنا أن السبب الرئيسي والأساسي لتكوينها هو تدفق الحمم البركانية البازلتية التي بدورها سدّت الطريق أمام نهر أباي المتجه شمالاً ليتغير مسار جريانه نحو الجنوب الشرقي مكوناً بذلك نهر النيل الأزرق<sup>(1)</sup>.

وتعد أيضاً صخور البازلت من الصخور الأقل تحملاً للأحمال والأثقال ولا سيما تحمل أجسام السدود الضخمة، وهي أيضاً تتصف بضعف المسامات وبذلك فهي غير مناسبة على الإطلاق لتكوين خزانات مياه جوفية كبيرة؛ ولا ننسى أيضاً التشققات والفوالق الصخرية التي تسود على معظم الصخور الإثيوبية بسبب ما تقوم به النشاطات الأخرودية الإفريقية التي قسمت إثيوبيا إلى قسمين بسبب ضعف تلك الصخور<sup>(2)</sup>.

وملخص القول، بعد الاطلاع على كل ما سبق ذكره نجد أن بناء سد كبير وضخم مثل سد النهضة على منطقة تضفي عليها جميع الإشكاليات التضاريسية، والمناخية، ونوعية الصخور الموجودة فيها، نرى من وجهة نظرنا أن إقامة سد كسد النهضة ما هو إلا مغامرة خطيرة قد تؤدي إلى الإلحاق بالدول المجاورة بضرر جسيم يصيب أراضيها وشعوبها أو تدميرها بأكملها. هذا بشكل عام ولكن للحديث عن الإشكاليات والسلبيات التي ستتولد من بناء سد النهضة على دولتي المصب سنتطرق لذلك في الفرع التالي.

### الفرع الثالث: الآثار السلبية المترتبة على بناء سد النهضة على دولتي المصب

يُنظر إلى سلوك إثيوبيا وتعاملها مع مصر في قضية نهر النيل، بنظرة الشك والريبة، ولا سيما بعد أن تعمدت إثيوبيا إخفاء معلومات جوهرية متعلقة بمشروع بناء سد النهضة عن دولتي المصب مصر والسودان، بالإضافة إلى تغير الدراسات السابقة المتعلقة بتعبئة السد التي كانت فحواها بأن تعبئة السد لا تتجاوز في سعته

(1) شرقي، عباس محمد (2013). سد النهضة الإثيوبي، مرجع سابق، ص 15.

(2) شرقي، عباس محمد (2013). المرجع نفسه، ص 4 - 5.



سوى 11.1 مليار متر<sup>3</sup> من المياه، بحيث أصبحت تعبئة السد تصل إلى 74 مليار متر<sup>3</sup> من مخزون المياه فيه وكل ذلك قامت به إثيوبيا دون التشاور أو التفاوض مع مصر والسودان، وبهذا الفعل المتعمد تكون إثيوبيا قد خالفت مبادئ وقواعد القانون الدولي العام في هذا الشأن؛ الذي يتضمن مبدأ حسن النية في قيام المشاريع والتعهدات والالتزامات الدولية. ومن خلال لجنة الخبراء الدولية التي شكّلت لتقييم الآثار السلبية على دولتي المصب كشفت ما قامت به إثيوبيا من تلاعب في زيادة سعة السد ومخالفتها لمبادئ القانون الدولي وقواعده<sup>(1)</sup>.

وقد شكّل فريق عمل لتقييم آثار السدود الإثيوبية على مصر، وكان هذا الفريق مشكلاً من مهندسي وزارة الري المصرية بالإضافة إلى أساتذة جامعة القاهرة، وانتهى من العمل في النصف الأول من سنة 2010 م، وتوصل بما يخص مواقع السدود الإثيوبية وسعاتها، على تحديد العدد المسموح لها من السدود؛ أي أنه من الممكن لدولة إثيوبيا إقامة ثلاثة سدود من أصل أربعة سدود، والسدود الأربعة هي: سد كارديبي، ومندايا، وسد الألفية أو النهضة حالياً، وسد بيكو أبو، ومن وجهة نظر فريق العمل فإن إثيوبيا ليس بإمكانها بناء سد كارديبي وذلك لتشككهم بأسباب فنية للسد، وقد توصل الفريق من خلال الدراسة التحليلية للسدود الثلاثة التي من الممكن لدولة إثيوبيا تنفيذها بسعة إجمالية بحوالي 100 مليار متر مكعب، وتزداد السعة لتصل إلى نسبة 150م<sup>3</sup> في حالة إقامة سد النهضة، كما تبلغ كمية الطاقة الكهرومائية المتوقع توليدها ما يقارب 5500 ميغا واط، وأيضاً تزداد هذه الطاقة إلى ما يزيد عن 9000 ميغا واط بعد بناء سد النهضة.

ونذكر هنا أيضاً أن هذا الفريق المذكور سابقاً أيضاً قام بتحليل ودراسة ما يقارب 500 سيناريو لمشاريع هذه السدود وطريقة تنفيذها وملئها، وذلك لغاية الوصول إلى سلبيات السدود الثلاث، ومدى آثارها على دولتي مصر والسودان، ونشير هنا إلى أن تلك الدراسات، لم تأخذ مواصفات سد النهضة الحالي؛ وإنما تم أخذ المواصفات حسب الدراسات السابقة لسد الحدود، وكان السبب في ذلك أن جميع الدراسات التي أنشئت كانت قبل الإعلان الرسمي، عن بناء سد النهضة، وكانت إثيوبيا حينذاك تُخفي البيانات التفصيلية الحالية المتعلقة بسد النهضة<sup>(2)</sup>، وقد توصل هذا الفريق إلى مجموعة من النتائج منها<sup>(3)</sup>:

- في حالة إقامة السدود الثلاثة وتعبئتها خلال 40 عاماً، كان الاتفاق مع إثيوبيا يفرض عليها تعبئة هذه السدود بفترة زمنية أطول من ذلك؛ الأمر الذي سيؤدي إلى عجز مائي لدولتي مصر والسودان في حصتهما المائية المقررة لهم، وقد يصل العجز المائي بالنسبة لحصة مصر إلى 8 مليار م<sup>3</sup> خلال سنة كحد أقصى، وكذلك الأمر لحصة السودان.
- وأشارت اللجنة الدولية في تقريرها أنها تتوقع آثاراً سلبية ستقع على الغابات والمزروعات في الدول المتشاطئة على نهر النيل، أضف إلى ذلك التأثيرات السلبية المحتملة التي ستصيب المجاري المائية الجوفية الممتدة على طول نهر النيل، وسيؤثر ذلك على كمية المياه الخاصة بالري في دولة مصر عند ملء خزانات السدود.

(1) النجار، أحمد السيد (2018). مصر والنيل. مرجع سابق، ص 27 .

(2) علام، نصر الدين (2012). مرجع سابق، ص 113.

(3) علام، محمد نصر الدين (2012). المرجع نفسه، ص 115.

• كما تشير الدراسات التحليلية التي نفذتها اللجنة الدولية المتعلقة بسد النهضة، والدراسات التي أنتجتها مجموعة من الخبراء المصريين المتخصصين في الموارد المائية وهندسة السدود، إلى حدوث أضرار وآثار سلبية، تلحق بدولتي مصر والسودان حالياً ومستقبلياً ولا سيما في ما يتعلق بمعدلات الأمان للسد، ووجدت هذه الدراسات أن إثيوبيا لم تقم بالدراسات الفنية والتقنية المطلوبة لإقامة مشروع سد النهضة، مما سيتسبب تشييد السد في تقليل كميات المياه المتدفقة إلى دولتي مصر والسودان، مما سيؤثر بذلك على الحياة الاقتصادية والاجتماعية في كلا الدولتين، وهنا يتبادر إلينا السؤال الآتي، هل تم نشر دراسات تحذر من انهيار سد النهضة؟ وما موقف إثيوبيا من تلك الدراسات؟

بعد البحث بهذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من الدراسات والتحليلات حول انهيار السد التي تمت دراستها خلال الفترة الزمنية الممتدة من كانون الأول لعام 2016 وحتى تموز 2021 ومن نتائج هذه الدراسات<sup>(1)</sup>:

- وجود مخاطر جيولوجية في منطقة سد النهضة تهدد أمن السد لما سيتأثر به من نشاطات زلزالية ستصيبه من قبل الأخدود الأفريقي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى وجود الانحدارات الشديدة في إثيوبيا.
- وأوضحت الدراسات أن انهيار سد النهضة، يعتمد على كمية المياه المخزنة بداخله، أي في حال زيادة مخزون المياه داخل خزانات السد بشكل مبالغ فيه سيكون سببا في انهياره.

وفي كل الأحوال المسببة لانهيار السد، وبغض النظر عن المسبب لهذا الانهيار، فإن مسألة انهيار السد هي عبارة عن قنبلة مائية تستهدف ما يقارب 20 مليون إنسان من السودانيين الذين يعيشون على النهر الأزرق والمهددون بالفناء؛ وذلك لوجود السد في منطقة مطلة ومرتفعة بالنسبة للخرطوم، وأما بالنسبة لإثيوبيا فإن انهيار السد لا يلحق بها أي ضرر، لأن السد مقام على الحدود، ولا يوجد أي عمران أو قرى أو مدن إثيوبية قريبة من منطقة السد<sup>(2)</sup>.

وتلخصت الباحثة إلى أن إثيوبيا لم تأخذ بالحسبان الآثار السلبية التي ستتولد على الأراضي الزراعية لكل من دولتي السودان ومصر، وما سيلحق بشعوب تلك الدولتين، وأن ما قامت به إثيوبيا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي تتعلق بحماية الحق في الغذاء، المنصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في نص المادة 25 منه، كما قامت إثيوبيا أيضاً بتجاهل الهدف الثاني من أهداف الأمم المتحدة للتنمية المستدامة بالقضاء على الجوع.

وأمام هذا التجاهل الإثيوبي والتعننت الذي مارسته طيلة هذه الأعوام، في عدم الجلوس إلى المفاوضات مع دول الحوض، وعدم الاكتراث للمعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة، وعدم احترام حسن الجوار في الموارد المشتركة، وهو مبدأ من مبادئ الأمم المتحدة في توزيع الثروات، لم يكن أمام دول الحوض إلا أن تلجأ إلى المفاوضات، والمعاهدات، والجلوس على الطاولة لأخذ تفاهات الأطراف لغير مرة، مع إثيوبيا ودونها، بهدف

(1) فقيه، محمد علي(2021)، دراسة تكشف خطورة سد النهضة، متوفر على الإنترنت : <https://www.almayadeen.net> تاريخ الزيارة 25 تشرين الأول، 2021.

(2) أخبار العالم العربي، انهيار سد النهضة. متوفر على موقع الإنترنت : <https://arabic.rt.com> تاريخ الزيارة 26 تشرين الأول، 2021.

التوصل إلى اتفاق مرض لأطراف كلها بما في ذلك الطرف الإثيوبي الذي يمضي قدماً في بناء السد، فما الاتفاقيات التي أبرمت؟ وما المعاهدات التي وقعت بين دول حوض النيل؟ هذا سيكون موضوع المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمت بين دول حوض النيل.

في بداية الأمر وقبل الخوض في المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمت بين دول حوض النيل، لا بد لنا أن نشير إلى أن التنظيم القانوني المتعلق بالانتفاع لمياه النيل، قد بدأ منذ القرن التاسع عشر، حيث نظمت مصر علاقتها بدول حوض النيل بإبرام أكثر من خمس عشرة اتفاقية، لقد أبرم بعضها في زمن الاستعمار البريطاني، وبعد زوال الاستعمار تعاونت جمهورية مصر مع جميع دول حوض النيل، كما وقعت جمهورية مصر أيضاً اتفاقيات عدة مع باقي دول الحوض، وكل ذلك قامت به مصر لتنظيم علاقاتها بدول حوض النيل، كما حرصت أيضاً على وضع الأسس القانونية المنظمة لاستخدام مياه النيل بعدل وإنصاف بين دول الحوض مع المحافظة على الحقوق التاريخية المكتسبة لمصر من نهر النيل، وبهذا الصدد عُقدت اتفاقيات عدة سواء على المستوى الثنائي، أو على المستوى الإقليمي تدور حول نهر النيل وتنظيم الاستغلال المائي.

#### الفرع الأول: الاتفاقيات بين مصر وإثيوبيا لتنظيم الاستغلال المائي

عُقدت اتفاقيات عدة بين دولتي مصر وإثيوبيا، دارت أغلبها حول تنظيم استخدام مياه النيل عبر العصور القديمة بعضها في ظل الاحتلال الأجنبي، وبعضها بعد التحرير، وأهم هذه المعاهدات والاتفاقيات<sup>(1)</sup>:

- ❖ **بروتوكول روما:** وهي من أقدم الاتفاقيات الثنائية التي تنظم العلاقات بين مصر وإثيوبيا لاستخدام مياه النيل، التي أبرمت بين بريطانيا وإيطاليا بتاريخ 15 نيسان 1891م، وكانت بريطانيا تحتل معظم دول حوض النيل حينذاك، كما كانت أيضاً إيطاليا تحتل إريتريا بذلك الوقت، وقد تضمن هذا البروتوكول تحديد نطاق لكلا الدولتين في استعمال نفوذها في إفريقيا الشرقية، وتناول هذا البروتوكول في المادة الثالثة منه بعدم إنشاء أي مشاريع مائية على نهر عطبرة يكون لها تأثير سلبي على مياه النيل وموارده، وهذا ما تعهدت به إيطاليا حينذاك.
- ❖ **اتفاقية أديس أبابا:** هي اتفاقية أبرمت بين إثيوبيا وبريطانيا في 15 أيار 1902م، وقد كانت السودان تحت الاستعمار البريطاني في ذلك الوقت، حيث قامت بريطانيا بالتوقيع على هذه الاتفاقية بالنيابة عن السودان، وقد تضمنت هذه الاتفاقية بتعين الحدود بين إثيوبيا والسودان، وأهم ما جاء في هذه الاتفاقية نص المادة الثالثة منها التي جاءت بعبارة صريحة وواضحة ومضمونها بعدم قيام إثيوبيا بأي من المشاريع المائية على النيل الأزرق وعلى روافده وبحيراته، مما قد يؤثر سلباً على تدفق كميات مياه نهر النيل، إلا بعد أن يتم إخطار وتشاور كل من بريطانيا والسودان ومصر قبل البدء بمثل تلك المشاريع.

- ❖ **معاهدة الكونغو:** هي معاهدة بين الكونغو وبريطانيا في لندن، بتاريخ 9 أيار لعام 1906م، التي جاء في طياتها وفي نص المادة الثالثة منها على تعهد حكومة الكونغو بعدم القيام أو السماح بأي أعمال أو مشاريع

(1) العناني، إبراهيم (2002). أشخاص القانون الدولي. المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ص 185 - 192.

مائية على نهر السملكي ونهر سانجو، وهذه الأعمال تؤثر على كمية تدفق المياه من بحيرة البرت التي تعد المصدر المغذي لنهر النيل، ولا ينبغي أن تبدأ إثيوبيا بالبناء، إلا بعد أن تتفق إثيوبيا على تلك الأعمال مع السودان، كما تضمنت هذه المعاهدة أيضاً على نصوص لتنظيم الاستخدام الأمثل للمياه مع عدم المساس بحصة كل من مصر والسودان.

❖ **اتفاقية لندن** : هذه الاتفاقية قد أبرمت بين الدول الاستعمارية، وهي بريطانيا وفرنسا وإيطاليا، بتاريخ 13 كانون الأول، 1906، ونلاحظ أن هذه الاتفاقية أبرمت بنفس السنة التي عُقدت فيها اتفاقية الكونغو، إلا أن اتفاقية لندن تختلف عن المعاهدة المذكورة سابقاً، وذلك لأنها تتعلق بمصالح الدول الثلاث التي وقّعت المعاهدة في ما بينها ومع إثيوبيا.

ونذكر هنا أهم ما جاء في هذه المعاهدة بالنسبة لموضوع دراستنا هذه ألا وهو ما ورد في البند الرابع منها الذي يحتوي على ضرورة التشاور بين إثيوبيا والدول الثلاث في حالة حدوث نزاع يؤثر على مصالح كل من مصر وبريطانيا في نهر النيل وروافده، وهذا يشير إلى أن هذه المعاهدة تحرص على الحفاظ على حصة مصر من مياه النيل وعدم العبث بها.

❖ **مذكرات روما** : هي مجموعة من الخطابات المتبادلة بين إيطاليا وبريطانيا في عام 1925م، ومن أهم هذه الخطابات المذكرات التي تتعلق بنهر النيل وروافده، منها<sup>(1)</sup>: المذكرة التي وجهتها بريطانيا إلى إيطاليا في تاريخ 14 كانون الأول، 1925، التي تحدثت في فحواها عن الحفاظ على الحصة المائية للري لكل من دولتي مصر والسودان، والتي تحصل عليها الدولتان من النيل الأبيض والنيل الأزرق وروافدهما.

كما أن المذكرة التي بعثتها إيطاليا إلى بريطانيا في 20 كانون الأول من نفس السنة، التي احتوت على اعتراف صريح من إيطاليا على أولوية الحقوق المائية لمصر والسودان، وبعدهم إقامة أي مشاريع مائية سواء على النيل الأزرق أو الأبيض وفروعهما وروافدهما يكون من شأن هذه المشاريع المساس بكمية المياه المتدفقة على نهر النيل الرئيسي، إلا بعد إخطار دولة مصر والسودان والتشاور معهما، وأخذ الموافقة من كلا الدولتين.

❖ **الإطار التعاوني بين مصر وإثيوبيا** : عُقد هذا الإطار التعاوني في القاهرة سنة 1993م، وكان له دور كبير وواضح في تحسين العلاقات بين مصر وإثيوبيا حول مياه النيل، وقد تضمنت نصوص هذا الإطار على تحذير كل من الدولتين بعدم القيام بأي مشاريع مائية على نهر النيل تلحق ضرراً بالدول الأخرى، كما نص أيضاً على مبدأ الإخطار والتشاور بين الدولتين عند القيام بأي مشاريع على نهر النيل، كما أكد هذا الإطار في طياته على المحافظة على نهر النيل وروافده، واحترام القوانين الدولية والالتزام بتطبيقها.

#### **الفرع الثاني: الاتفاقيات بين مصر والسودان لتنظيم العلاقات المائية**

تتسم العلاقة بين مصر والسودان بصفة الأزلية وهي علاقات قديمة تشمل الاتجاهات والمجالات كافة، ولا سيما بأن هذه العلاقة يدعمها شريان حياة واحد، هو نهر النيل الذي يعد مركزاً أساسياً للعديد من المشاريع الثنائية بينهما التي تقام على إثر اتفاقيات ومعاهدات دولية منها<sup>(2)</sup>:

(1) العزيز، خالد بن سلطان (2020). أهم الاتفاقيات الموقعة خلال الحقبة الاستعمارية. متوفر على موقع الإنترنت : <http://www.moqatel.com>. تاريخ الزيارة 28 تشرين الأول، 2021.

(2) أبو الفضل، عمر محمد (2015). الحقوق المكتسبة لمصر في مياه النيل بموجب المعاهدات الدولية وقواعد القانون الدولي الأخرى، مجلة فكر وإبداع، (92)، ص310 فما بعد.

● **اتفاقية 1929م** : هي اتفاقية أبرمت على شكل خطابين متبادلين بين كل من دولتي مصر وبريطانيا، وأهم ما ورد في هذا الاتفاق ويمس بحثنا مباشرة، هو عندما أرسلت بريطانيا لمصر بتاريخ 7 أيار، لعام 1929م (انظر: الملحق الأول، ص151، في الرسالة)، تعترف بحق مصر التاريخي والطبيعي لمياه النيل وأن هذا الحق وجب المحافظة عليه وعدم المساس به، لأن المحافظة على الحقوق من المبادئ الأساسية لدى بريطانيا. وإن هذا الحق يجب أن يكون مصاناً بكل تفاصيله، وفي كل الظروف التي سوف تطرأ فيما بعد عليه. ونتوصل من هذه الاتفاقية إلى أنه لا يمكن إقامة المشاريع المائية على نهر النيل إلا بالمشاورة مع الحكومة المصرية، لأنها تمتلك حقا تاريخيا وطبيعيا على نهر النيل، وهذا ما اعترفت به هذه الاتفاقية وأقرته، كما أقرت أن مصر لها حق المراقبة ومنع المشاريع المائية المقامة على نهر النيل، التي بدورها تؤثر على منسوب مياه نهر النيل وتدفعه.

● **اتفاقية 1932م**: هي اتفاقية بين مصر والسودان لإقامة خزان جبل أولياء<sup>(1)</sup>، الذي بني عام 1937م، على الأراضي السودانية تحت إشراف الحكومة المصرية وكان هذا السد يمد مصر بالمياه حتى بني السد العالي وفي عام 1977م، تم الاستغناء عن سد أولياء وقامت مصر بتسليمه للحكومة السودانية. ونرى من وجهة نظرنا من هذه الاتفاقية مدى الانسجام في التعامل والتعاون بين الدولتين لتحقيق المصالح المشتركة بينهما بما يخص مياه النيل والمحافظة على حصة كل منهما من هذا النهر المشترك.

● **اتفاقية 1959م** : تمت هذه الاتفاقية بين مصر والسودان في القاهرة (انظر الملحق الثاني، ص156، في الرسالة)، وقد تمت هذه الاتفاقية بعد حصول السودان على استقلالها، وكان الهدف من هذه الاتفاقية تنظيم حصة كل من السودان ومصر وتحديد ما من نهر النيل، وقد تضمنت الاتفاقية المحافظة على حق مصر المكتسب من نهر النيل الذي قدر بحوالي 48 مليار متر مكعب سنوياً، ونشير هنا إلى أن هذه الاتفاقية لا تلغي اتفاقية عام 1929 بل جاءت مكملة لها.

وبما أننا نتحدث عن الاتفاقيات التي أبرمت بين مصر والسودان وإثيوبيا حول نهر النيل العظيم وروافده والمشاريع المائية التي تقام عليه، كان لا بد لنا من التطرق أيضاً إلى الإعلان المبرم بين الدول سالف الذكر ألا وهو إعلان مبادئ سد النهضة بين مصر وإثيوبيا والسودان، الذي تم توقيعه في تاريخ 23 آذار لعام 2015م في الخرطوم (انظر الملحق الثالث، ص164، في الرسالة)، وقد احتوت مقدمته على ما تحتاجه الدول الثلاث من الموارد المائية العابرة للحدود، وبما لنهر النيل من أهمية كبيرة ومصدر حياة لشعوبها؛ مما أدى ذلك إلى إلزام الدول بمبادئ سد النهضة التي ذكرت فيها<sup>(2)</sup>.

وهنا قد يراودنا سؤال هل يختلف إعلان المبادئ عن الاتفاقيات الدولية...؟

وللإجابة عن ذلك كان لا بد أن نتطرق إلى الطبيعة القانونية لإعلان المبادئ التي تعد في حقيقتها القانونية بمنزلة اتفاقيات تصاغ في إطار المبادئ العامة للقانون الدولي، وعند النظر إلى تعريف المعاهدة الدولية نرى بأنها اتفاق بين مجموعة دول لتحديد الواجبات والحقوق المتبادلة أو لتنظيم أو تعديل علاقة أو حل مسألة أو

(1) خزان جبل أولياء : هو عبارة عن سد حجري يقع على النيل الأبيض بالسودان، على بعد 44 كم جنوب عاصمة السودان، وتم بناؤه في عام 1937 على نفقة مصر، كما كان له أهمية كبيرة لمصر لأنه المصدر الثاني

الذي يمدّها بالمياه، ولكن بعد أن تم تبناء السد العالي زالت بذلك أهمية سد أولياء بالنسبة لمصر مما أدى ذلك استغناء مصر عنه وتم تسليمه للحكومة السودانية. بدراوي، طارق (2018). خزان جبل أولياء. جريدة أبو الهول،

رقم العدد (4). متوفر على موقع الإنترنت: <https://www.abou-alhool.com>. تاريخ الزيارة 30 تشرين الأول، 2021.

(2) الهيئة العامة للاستعلامات، نص إعلان المبادئ حول مشروع سد النهضة، متوفر على موقع الإنترنت: <http://www.sis.gov.eg> تاريخ الزيارة 2 تشرين الثاني، 2021م.

لوضع قواعد وأنظمة تتعاهد الدول الموقعة على احترامها والالتزام بها، ومن المتعارف عليه بأن هناك مسميات مرادفة عن مصطلح المعاهدة الدولية كالبروتوكول والبيان والميثاق واتفاقية الاتفاق وأيضاً الإعلان<sup>(1)</sup>.

ونتوصل بذلك إلى أن العبرة تكون في طبيعة الاتفاق الدولي، وليس بالمسميات التي أطلقتها الدول الموقعة عليه، وهذا ما جاء في اتفاقية فينا عام 1969م، وكما هو ملاحظ أيضاً أن إعلان المبادئ أقرب إلى الاتفاقيات الإطارية من حيث التوصيف القانوني؛ أي أن الاتفاقيات الإطارية تحتوي على أحكام عامة لدول الأطراف وخطوط إرشادية توجيهية يجب على الدول الموقعة الالتزام بها وهذا ما جاء فعلاً في إعلان المبادئ<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول إن اتفاقية إعلان المبادئ تضمنت التزامات وواجبات وحقوق قانونية على الدول الثلاث، إلا أنها لا تنقص من القيمة القانونية للمعاهدات الدولية السابقة، بحيث لا تعد هذه الاتفاقية قد ألغت أو أزلت المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تنظم استخدام الأنهار المشتركة ولكن تعد مكملة لها؛ وذلك لأن إعلان المبادئ يستند استناداً كلياً على مبادئ القانون الدولي العام، وأخرى على منظمة الأمم المتحدة، ومنها ما ارتكز على مبادئ استخدام المياه التي جاءت في الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة للمجاري المائية الدولية المبرمة عام 1997م.

وبعد كل ما بيناه من نتائج الاتفاقيات والمعاهدات بين دول حوض النيل ولا سيما بين إثيوبيا ومصر والسودان، التي لم تتوصل إلى تعاون ملموس وواضح في الاستخدام المنصف لمياه نهر النيل بين تلك الدول سالفة الذكر، كان لا بد من وجود طريقة للتوصل إلى خلق روح التعاون لخدمة المصالح المشتركة بينهم، لذلك لجأت الدول الثلاث إلى وضع لجنة فنية دولية تقوم بدراسة المشاريع التي ستقام على نهر النيل من طرفها، وما يهمنها هنا مشروع سد النهضة الذي هو محور دراستنا هذه، وفيما يلي سنتناول في الفرع التالي هذه اللجنة ونوضح دورها ونتائج دراساتها بما يخص سد النهضة.

### الفرع الثالث: اللجنة الدولية المعنية بسد النهضة

دعت إثيوبيا كلا من مصر والسودان لتشكيل لجنة دولية من الخبراء الدوليين، لدراسة الآثار السلبية والأضرار والمكاسب والمنافع التي من الممكن أن تستفيد منها الدول الثلاث، من سد النهضة، مما سيؤدي ذلك إلى وجود نوع من الثقة والتعاون بين هذه الدول، وفعلاً بعد اطلاع السودان ومصر لهدف إثيوبيا من إنشاء هذه اللجنة، وافق عليها وزراء المياه في الدول المعنية بعد مراجعة الشروط التي ستقام عليها، ونشير هنا إلى أنه تكونت اللجنة من عشرة خبراء قُسموا على الشكل التالي: خبيران من كل من: دولة مصر، ودولة السودان، ودولة إثيوبيا كما عينوا أربعة خبراء دوليين مختصين في مجالات عدة منها هندسة السدود، ومدى تأثير الموارد المائية سواء كان على الصعيد البيئي أو الاجتماعي، وبعد أن تشكلت اللجنة أخذت الموافقة عليها من مكتب للاستشارات القانونية الدولية في تاريخ 11 نيسان 2012 لتحرير العقود مع الخبراء الدوليين لضمان المصادقية والشفافية، وبعد ذلك بدأت اللجنة في عملها في 15 أيار 2012<sup>(3)</sup>.

(1) فزاد، مصطفى أحمد (2011). أحكام القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 143.

(2) شتيوي، مساعد عبد العاطي، مرجع سابق، ص 283.

(3) الشروق news، تقرير اللجنة الدولية للخبراء المعنيين بسد النهضة، الذي صدر في 800 صفحة واحتوى على خرائط ودراسات واجتماعات عقدتها اللجنة، متوفر على الموقع الإلكتروني : <http://www.shorouknews.com>

. تاريخ الزيارة 1 تشرين الثاني، 2021.

عقدت اللجنة سبعة اجتماعات متتالية، وكان آخرها في أيار 2013م، الذي كان يهدف إلى مناقشة جميع الدراسات والبيانات الفنية المتعلقة بسد النهضة، التي كان من المفروض أن تقدمها إثيوبيا إلى اللجنة إلا أن إثيوبيا لم تقدم الدراسات والبيانات الكافية حول مشروع السد، وهذا ما أكدته اللجنة في التقرير النهائي لها؛ كما كشف هذا التقرير عن الضرورة للحصول على المعلومات والبيانات والدراسات للتحقق من أمان السد والتصميم الهندسي له وثبات الجسم الرئيسي له وكيفية توليد الطاقة وتشغيل بحيرة السد.

وعلى إثر ما حصل من إثيوبيا قيّمت اللجنة مشروع سد النهضة بناءً على الدراسات الإثيوبية سابقاً عند دراسة التصميم الهندسي للسد ومدى تدفق المياه في المجرى النهري حتى وصولها إلى بحيرة السد العالي.

ونشير هنا إلى أنه قبل ظهور نتائج اللجنة في اجتماعها هذا، حولت إثيوبيا المجرى الملاحي للنيل الأزرق، وذلك كان تمهيداً منها لإقامة جسم السد دون انتظار تقرير اللجنة حينذاك<sup>(1)</sup>.

والجدير بالذكر هنا أن اللجنة الدولية للخبراء بطبيعتها القانونية، تأتي على غرار لجان التحقيق الدولية التي بدورها تحدد طبيعة النزاع، كما تعد التوصيات الصادرة عن تلك اللجان غير ملزمة للدول المتنازعة، وفي حال تم إرضاء تلك الدول على التوصيات بحرية كاملة على تنفيذها تصبح ملزمة وناذرة، وأن ما تقوم به لجنة التحقيق ما هو إلا عبارة للوصول إلى طرق سلمية لحل النزاع من خلال التفاوض بين الدول المتنازعة، مع العلم أن ما سبق الحديث عنه لا يعني بأن تقارير اللجنة الدولية للخبراء ليس لها أي أثر قانوني، بل على العكس فإن ما قامت به هذه اللجنة يعد ملزماً للدول الثلاث؛ وذلك لأن ما قامت به هذه اللجنة على مدار العام من اجتماعات قد دُونت بتقارير رسمية وقعها الخبراء الممثلون للدول الثلاث، فضلاً عن أن هذه اللجنة قد شكّلت من الأساس بإرادة الدول الثلاث بكامل حريتها.

وبناءً على ذلك تتوصل اللجنة إلى نتائج في تقريرها النهائي، بأن إثيوبيا لم تقم بالالتزامات القانونية المترتبة عليها بموجب قواعد القانون الدولي للأضرار وهي مبادئ عدم الإضرار والإخطار المسبق، ومن هنا لا بد لنا أن نذكر أهم ما يترتب على التقرير النهائي الذي توصلت إليه اللجنة الدولية للخبراء وذلك على النحو التالي:<sup>(2)</sup>

- 1) عدم مبادرة إثيوبيا بمنح اللجنة بالبيانات والدراسات الأساسية لمشروع سد النهضة، هذا الأمر يخول دولتي مصر والسودان بتمكينهم من الاحتجاج إثر هذا الموضوع أمام المنظمات الدولية والإقليمية مستقبلاً.
- 2) إن النتائج التي توصلت إليها اللجنة المذكورة سابقاً، قد حددت معالم النزاع حول سد النهضة، مما يترتب على ذلك في حال لجوء دولتي مصر والسودان إلى التحكيم أو القضاء الدولي، لحل النزاع حول سد النهضة، إعفاء الدولتين سالفتي الذكر بتشكيل لجنة دولية أخرى في المستقبل.

(1) شتيوي، مساعد، مرجع سابق، ص 223.

(2) شتيوي، مساعد (2012). المرجع نفسه، ص 301.

هاقد تطرقنا من خلال هذا المبحث لأهم الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بنهر النيل التي أبرمت بين دول حوض النيل بإشراف دول الاستعمار، كما ذكرنا أيضاً الاتفاقيات النيلية بين بعض دول حوض النيل، بعد أن نالت تلك الدول استقلالها، وهنا ورد لنا عدة تساؤلات حول مواقف دول النيل من تلك المعاهدات...؟ وما هي الحجج التي استندت إليها كل من تلك الدول سواء بحال قبولها لتلك المعاهدات أو رفضها...؟ وفي كلا الحالتين هل كانت مواقف الدول تتلاءم مع المبادئ القانونية الدولية الخاصة بتنظيم الأنهار المشتركة أو كانت منافية لها...؟ وللإجابة عن جميع تلك التساؤلات كان لا بد لنا أن نسلط الضوء على النزاع المتعلق بقبول المعاهدات والاتفاقيات الخاصة ورفضها، المتعلقة بتنظيم مياه النيل بين مواقف دول المنبع لنهر النيل ومواقف دولتي مصر والسودان، كما في المبحث التالي.

## المبحث الثاني

### مواقف دول الحوض من النزاع حول الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل

إن حياة بعض شعوب الدول ترتبط ارتباطاً كلياً بالمياه، بل إن بعض هذه الشعوب بنت حضاراتها على ضفاف الأنهار والبحار، لما للماء من أهمية في حياتها، على الجوانب المختلفة، الاقتصادية والسياسية، والثقافية، والاجتماعية، بل أحيانا تقوي علاقات الترابط بين الدول المتشاطئة، أو أنها تؤدي إلى زيادة التوتر، وقد لاحظنا بالآونة الأخيرة أن مياه نهر النيل قد شهدت أزمة كبيرة تركزت بين دول المنبع والمصب، وإن هذه الأزمة ليست بحدیثة بل تعود جذور اشتعالها إلى حقبة زمنية قديمة منذ عشر سنوات تقريباً؛ ولكن أخذت الأزمة تشتد وتتفاقم وأصبحت العلاقة بين دول المنبع والمصب علاقة صراع مائي دولي، حيث كان هذا الصراع يدور حول مدى مشروعية اتفاقيات نهر النيل التاريخية، مما تولد عن هذا النزاع مناظرة قانونية بين دول حوض النيل واختلاف مواقفهم من تلك الاتفاقيات، فبعض الدول ترى أن هذه الاتفاقيات ما هي إلا إجحافاً بحقوقه المائية المترتبة له، ويطالب بإلغائها، أو تعديل بنودها، بهدف إعادة ما يدّعي بأنه نصيبه من مياه نهر النيل وحقه التصرف بها، كدولة مستقلة بسيادتها، بينما هناك دول أخرى تصر على التمسك بتلك الاتفاقيات وتعتبرها الأساس الذي يقوم عليه توزيع الحقوق المائية بين الدول المتشاطئة، استناداً لمبدأ توارث المعاهدات، الذي نصت عليه المادتان (11)، (12) من معاهدة فيينا عام 1987م، كما استندت أيضاً على قاعدة الحقوق التاريخية المكتسبة التي تعد من القواعد العامة من القانون الدولي<sup>(1)</sup>.

سوف نستعرض في هذا المبحث تحليلاً مفصلاً لمواقف دول حوض النيل من الاتفاقيات المتعلقة بمياه النيل السابقة التي تمثلت بصورة مناظرة قانونية تبلورت عن حجج دول المنابع وادعاءاتها من جهة، ودولتي المصب والمجرى من جهةٍ أخرى، وذلك من خلال عرض مواقف دولتي المجرى والمصب وهما طرفا لهذا النزاع، وسوف نتطرق إلى كل ذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف دولتي مصر والسودان من اتفاقيات نهر النيل.

المطلب الثاني: مواقف دولتي مصر والسودان وحججهما المستندة إلى مبدأ الحقوق التاريخية المكتسبة.

(1) الشيخ، ولاء (2019). دول حوض النيل تعاون أم صراع. القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الأولى، ص 148.



## المطلب الأول: موقف دولتي مصر والسودان من اتفاقيات نهر النيل

قبل الخوض في موقف دولتي مصر والسودان اتجاه الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل، كان لا بد لنا في بداية الأمر من تسليط الضوء على نوعية العلاقة التي تربط بين الدولتين، فالعلاقة بين الدولتين تقوم على أساس التعاون والتشاور وذلك لاعتبارات تاريخية وجغرافية ومصالح مشتركة تربط كلا الدولتين مع بعضهما في كافة المجالات لتحقيق الصالح العام لأبناء المجتمعين وتقدمهم، ونشير هنا إلى أن أهمية السودان لمصر لا تكمن بقضية المياه فحسب بل هي علاقة متمثلة بقلب وجسد واحد حيث يربطهما شريان حياة واحد وهو نهر النيل<sup>(1)</sup>. وتتوصل من هذه العلاقة إلى أن مواقف الدولتين تعبر عن التطابق والتجانس بدرجة كبيرة؛ حيث أكدت الدولتان باستمرار السير بالاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل، كما تنهض الحجج من كلا الدولتين لإثبات مشروعية الاتفاقيات النيلية السابقة، ثم حقوقهما في مياه نهر النيل وتأكيدهما، على أساسين هما:

(1) مبدأ التوارث الدولي للمعاهدات.

(2) مبدأ الحقوق التاريخية المكتسبة.

وسوف نستعرض في هذا المطلب تحليلاً لهذين المبدأين، وتسليط الضوء على الحجج التي استندت إليها كل من مصر والسودان لتأكيد حقوقهما في نهر النيل على النحو التالي:

### مواقف وحجج مصر والسودان التي تستند على مبدأ التوارث الدولي للمعاهدات

إن مبدأ التوارث الدولي للمعاهدات قد حظي باهتمام دولي منذ فترة قصيرة ولا سيما بعد حصول دول العالم الثالث على استقلالها، إذ تولد جدل واضح حول استخلاف المعاهدات التي أبرمتها الدول الاستعمارية، وبقي هذا الجدل مستمرا حتى عام 1978م، حين أسفرت الجهود الدولية المبذولة من المجمع الدولية والهيئات المعنية إلى تطوير القانون الدولي، بالإضافة إلى لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة التي وقعت معاهدة خاصة في هذا الشأن؛ وهي اتفاقية فيينا لخلافة الدول للمعاهدات التي تم إبرامها في 23 آب، لعام 1978م<sup>(2)</sup>.

بالرغم من وجود مثل هذه الاتفاقية التي بيّنت للعالم الدولي وجود مبدأ لاستخلاف المعاهدات، إلا أن مواقف دول منابع النيل جاءت مستترة لهذا المبدأ وبالأخص إثيوبيا؛ حين تمسكت بموقفها برفض اتفاقيات نهر النيل المبرمة في عهد الاستعمار واعتبرتها غير ملزمة لها.

ومن هنا انطلق الموقف المصري للرد على ما قدمته دول المنبع من حجج لبطلان الاتفاقيات النيلية السابقة مستندة مصر لموقفها على مبدأ التوارث الدولي للمعاهدات، الذي يعد ملزماً لدول الحوض بناءً ما جاء في المادتين (11) و(12) من معاهدة فيينا 1978، وتؤكد مصر أيضاً بأن تلك الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل سارية المفعول من وجهة نظر القانون الدولي؛ مما يترتب على ذلك بأنه لا تستطيع أي دولة التحلل منها وهذا ما أكدته اتفاقية فيينا المشار إليها سابقاً<sup>(3)</sup>.

ونذكر هنا أيضاً أنه ثمة مواقف لدولة مصر من خلال المسؤولين والخبراء المصريين في عدد من المناسبات والفعاليات السياسية، تؤكد أن مصر ترتكز على مبدأ التوارث للمعاهدات كأساس قانوني لتثبيت حقوقها

(1) المعرفة. العلاقات المصرية السودانية. متوفر على موقع الإنترنت: <https://www.marefa.org> تاريخ الزيارة 10 تشرين الثاني، 2021.

(2) شتا، أحمد عبد الوهيب (1993م)، حدود مصر الدولية. مركز البحوث والدراسات السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ص 217.

(3) العبد الله، حسن (1992). الأمن المائي العربي. مركز الدراسات الاستراتيجية والبحوث والتوثيق، بيروت، الطبعة الأولى، ص 102.

في مياه النيل، وأذكر منها على سبيل المثال موقف وزير الموارد المائية، بالرد على الحقائق المتعلقة باتفاقيات مياه النيل سواء على صعيد مياه الهضبة الإثيوبية أو على صعيد الهضبة الاستوائية التي تم إبرامها منذ أواخر القرن التاسع عشر وحتى نهايات القرن العشرين، ونخلص إلى أن أهم تلك الحقائق جاء على النحو التالي :

أ) جميع الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل هي مكملة لبعضها بعضاً، وإن الاتفاقيات الحديثة ماهي إلا مؤكدة لما جاء بالاتفاقيات السابقة.

ب) ومن المؤكد على مر العصور أنه لم يتم إلغاء أي اتفاقية من اتفاقيات مياه النيل بناء على اتفاقية أخرى سواء كانت حديثة أو قديمة، وكذلك الأمر، لا توجد اتفاقية جاءت متعارضة مع اتفاقية أخرى سبقتها.

ج) وتؤكد الحقائق أيضاً أن مبدأ توارث المعاهدات هو مبدأ من مبادئ الأعراف الدولية ويعد أيضاً من مبادئ القانون الدولي، وهو ملزم لجميع دول العالم كما وجب تطبيقه على جميع اتفاقيات الأنهار المشتركة في أنحاء العالم<sup>(1)</sup>.

وفي نفس السياق جاءت مواقف دولة السودان بتصريحات متجانسة لمواقف دولة مصر التي انطلقت من المضمون ذاته في هذا المحور، وأكد وزير الري السوداني بأن توارث المعاهدات للاتفاقيات النيلية السابقة ليست مجرد بدعة اخترعتها السودان ومصر بل هي إحدى المبادئ الأساسية التي أقرتها اتفاقية فيينا لعام 1978م، التي جاء في مضمونها توريث المعاهدات من دول الخلف إلى دول السلف، وأيضاً في تعيين الحدود ورسمها بين دول الحوض بعضها ببعض وبين جميع الدول الإفريقية الأخرى<sup>(2)</sup>.

ونستخلص من مضمون تلك المواقف المصرية منها والسودانية؛ أن مبدأ التوارث الدولي للمعاهدات هو أحد أبرز الأسانيد والدعائم القانونية التي تستند عليها كلا الدولتين من حجج لإثبات مشروعية مياه النيل السابقة.

**المطلب الثاني: مواقف دولتي مصر والسودان وحججهما المستندة على مبدأ الحقوق التاريخية المكتسبة.**

إن مبدأ الحقوق التاريخية المكتسبة للأنهار الدولية تعد من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، تؤكد على هذا المبدأ كل القواعد القانونية العامة المتعلقة بتنظيم استغلال الأنهار الدولية، التي نشأت في سياق العرف الدولي، والتي أكدتها الاتفاقيات الدولية، من خلال أحكام القضاء - كما سبق أن بيّنا ما يخص هذا المحور سابقاً- ونشير هنا إلى أن الفقه الدولي قد أطلق على هذا الحق مسميات تعكس مضمونه؛ فبعضهم أطلق عليه مسمى الحقوق الثابتة، وبعضهم الآخر أطلق عليه الحقوق الطبيعية، ويشير إليها أيضاً بحقوق قديمة، وعلى الرغم من تغيير الأسماء، يبقى المضمون واحداً، وهذا إن دلّ فإنما يدلّ على أن الفقه الدولي ينظر إلى الحقوق التاريخية المكتسبة باعتبارها أساساً لا يتغير بالبناء الحضاري والاقتصادي والاجتماعي للدول المتشاطئة، وأن أي تغيير جوهري يطرأ على هذا الحق المكتسب سيؤدي لا محالة إلى انهيار وزعزعت بنيان الدولة مما سيؤدي إلى انعكاسات شديدة الوطأة على حياة شعوب هذه الدول<sup>(3)</sup>.

(1) أبو زيد، محمود (2004). مصر ودول النيل الجنوبي. الأهرام المسائي. متوفر على موقع الإنترنت :

WWW.MASSAL.AHRAM.ORG.EG تاريخ الزيارة 11 تشرين الثاني، 2021.

(2) طابع، محمد سالم. مرجع سابق، ص 298 .

(3) عبد الرحمن، مصطفى سيد (1994م). الجوانب القانونية لتسوية منازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 231 - 232.

والجدير بالذكر أن مبدأ الحقوق المكتسبة للأهوار الدولية يمثل التزاماً دولياً وقد جرى العمل به في كثير من حالات اقتسام المياه بين الدول المتشاطئة للنهر الدولي، كما يهدف هذا الالتزام إلى استقرار الدول المستفيدة منه، وحفظ حقوقها المائية هذا من جانب؛ ومن جانب آخر يرتبط هذا الالتزام بمبدأ حسن الجوار؛ مما ينتج عن ذلك أن هناك قاعدة عرفية دولية تحكم هذا الموضوع، ويؤكد ذلك ما جاء من اعتراف واحترام الدول المتشاطئة التي قامت بتوقيع اتفاقيات دولية بينها، لتقسيم مياه الأهوار الدولية، التي بنيت على أساس مبدأ الحقوق المكتسبة للمياه، وتم أخذ هذا المبدأ بعين الاعتبار من قبل الدول الموقعة حينذاك<sup>(1)</sup>.

ولو نظرنا إلى تصريحات المسؤولين والخبراء لكلا دولتي مصر والسودان لوجدنا تعويلاً كبيراً على اعتمادهم في الحجج على مبدأ الحق التاريخي المكتسب لإثبات حقوقهم في مياه النيل، ونشير هنا إلى إحدى تصريحات وزير الأشغال والموارد المائية المصرية في الرد على دولة إثيوبيا عندما صرحت بأن اتفاقية 1959 ما هي إلا مجرد اتفاقية ثنائية بين مصر والسودان ولا تخص دول الحوض الباقية بشيء؛ فعليه صرح الوزير المصري حينذاك بأن الاتفاقية المذكورة سالفاً هي أمر لا يمكن إلغاؤه؛ مستنداً بذلك إلى حق مكتسب من اتفاقية سابقة ولذلك لا يمكن أن نتنازل عن حق مكتسب وموروث، وتضمن تصريحه هذا أن هذه الاتفاقية لا تخص مصر والسودان فقط؛ وإنما نصت الفقرة الثانية من الأحكام العامة في هذا الاتفاق على تلبية أي دولة من دول النيل تطالب بحصتها المائية منه، حيث تتوزع هذه الحصة من نصيب دولتي مصر والسودان عند أسوان بالتساوي بينهما<sup>(2)</sup>.

وأما للحديث عن موقف السودان في هذا الصدد؛ فهي تتفق تماماً مع دولة مصر وتؤكد على مبدأ الحق التاريخي المكتسب من خلال تصريحات عديدة لمسؤولي مدرسة الري السودانية وخبرائها؛ وذلك لإثبات الحقوق المصرية السودانية في مياه نهر النيل<sup>(3)</sup>.

وخلص القول ومن خلال ما عرضناه نستطيع التوصل إلى حقائق تؤكد الحقوق المائية لدولتي مصر والسودان ومدى مشروعية الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل على النحو التالي<sup>(4)</sup>:

1. وفقاً لمبدأ التوارث الدولي الذي نصت عليه اتفاقية فيينا لعام 1987م، فإن جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنهر النيل سارية المفعول ولا سيما اتفاقيتي 1929 و 1959م ولا تتأثر تلك المعاهدات باستقلال الدول بعد إبرامها، كما تثبت تلك المعاهدات الالتزامات والحقوق على عاتق الدول المستقلة، على الرغم من توقيع هذه الاتفاقيات في ظل الاستعمار، على اعتبار أن هذه الاتفاقيات كان الهدف منها مصلحة الدولة المُنْتَزعة على أي حال، فلا يجوز إلغاؤها، أو رفض بنودها لمجرد أنها عُقدت تحت ظل الاحتلال.
2. إن الاتفاقيات النيلية المبرمة بين دول الحوض ولا سيما بعد أن نالت استقلالها جميعها تكون مكملة للمعاهدات السابقة، وليست نفيًا أو إلغاءً للمعاهدات السابقة، وهذا ما نادى به دولتا مصر والسودان عندما وقعتا اتفاقية الانتفاع الكامل بمياه النيل عام 1959م.

(1) طابع، محمد سالم. مرجع سابق ص 200.

(2) عبد الحي، عبد التواب. مرجع سابق، ص 158.

(3) طابع، محمد سلمان. مرجع سابق، ص 204.

(4) الشافعي، هشام محمد (2020م). مرجع سابق، ص 343.

3. جميع الاتفاقيات التي تهدف إلى ترتيب الحقوق المائية في نهر ما، تعد اتفاقيات إقليمية؛ وذلك لأنها ترتب حقوقاً للدولة نفسها وتكون هذه الحقوق دائمة لا تتأثر بأي تغيير يطرأ على شخصية الدولة ذات السيادة، وإن هذه الحقوق لا يتأثر عليها شيء بحدوث خلافة الدول، وهذا ما أكدت عليه اتفاقية فيينا عام 1978م لخلافة الدول في المعاهدات، وهذا ما طبقته محكمة العدل الدولية في قضية مشروع جابتشيكوفو.

4. إن قاعدة الحقوق التاريخية المكتسبة هي من القواعد العامة في القانون الدولي، وهي قواعد ثابتة لا يمكن إنكارها؛ مما يوضح أن الحقوق المائية المصرية والسودانية المكتسبة تاريخياً هي من الحقوق التي لا يمكن إنكارها أو تجاهلها.

ومن وجهة نظرنا نرى بأن المواقف المصرية السودانية المشتركة فيما يمس الأمن المائي النيلي، هي مواقف لا تخلو من مرتكزات أساسية مستمدة من قواعد القانون الدولي العام، والعرف الدولي، فحقوقها في الماء ونسبته، وكميته، مبني على أساس قانوني يحمي حقها المائي، وحقوقها الاقتصادية، والتاريخية المرتبطة بهذا النهر، كما أن هذه الحقوق مصدر قوة وثبات لكلا الدولتين لرفض مشروع سد النهضة والوقوف بوجه إثيوبيا وبالمحصلة فإن شرارة النزاع القائمة بين إثيوبيا والسودان ومصر هي عدم التزام دولة إثيوبيا بالمعاهدات السابقة التي تنظم أمور نهر النيل وموقفها المتعنت برفضها، وكان من الأولى على دولة إثيوبيا تطبيق تلك المعاهدات وعدم الطعن بمشروعيتها، ونرى أيضاً بما أن جميع المحاولات التي قامت بها دول حوض النيل في القرن التاسع عشر لوضع نظام قانوني جديد لينظم نهر النيل قد باءت بالفشل؛ وبالتالي لا توجد حتى الآن اتفاقية واحدة تجمع جميع دول الحوض فيها؛ وبذا تظل الاتفاقيات المتعلقة بنهر النيل السابقة هي المرجع القانوني الأساسي الذي يحكم جميع الأعمال بين دول حوض النيل، فيما يتعلق بمياهه والمشاريع القائمة عليه بدءاً من المنبع حتى المصب؛ وبناءً عليه فإن ما قامت به دولة إثيوبيا عند بناء سد النهضة ما هو إلا اختراق واضح وصريح لقواعد القانون الدولي العام، ولجميع الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بنهر النيل.

## الخاتمة

من خلال هذه الدراسة تبين لنا في بداية الأمر بأن الأنهار الدولية حظيت بأهمية كبيرة في الآونة الأخيرة من قبل القانون الدولي العام؛ لما لها من تأثير كبير على أمن العلاقات الدولية واستقرارها التي يربطها نهر دولي واحد، ومن المعلوم بأن المياه هي شريان الحياة والازدهار وبناء حضارات للدول وشعوبها؛ ولكن هناك حقيقة في غاية الأهمية مفادها بأن من الممكن أن تكون المياه سبباً في نشوب نزاعات وحروب بين الدول المتشاركة بنهر دولي واحد؛ على إثر غياب التعاون بين تلك الدول أو لرفض بعض تلك الدول للأحكام التي تناولتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم الأنهار الدولية، وقد تناولنا في دراستنا هذه لموضوع النزاع القائم حول سد النهضة الواقع بين إثيوبيا ومصر والسودان محاولين الوصول إلى حلول حول هذا الخلاف الأخير الذي أثير حول توزيع نهر النيل بين دول حوض النيل: دولة إثيوبيا من جهة ودولتي مصر والسودان من جهة أخرى، وعلى الرغم من وجود اتفاقيات دولية سابقة وقّعت بين هذه الدول على كيفية استفادة كل دولة من هذه الدول بحصص عادلة ومنصفة؛ إلا أن إصرار إثيوبيا ومضيها قدماً ببناء سد النهضة الذي بدوره يؤثر على توزيع النسب العادلة لنهر النيل على دول حوض النيل؛ وهذا الأمر أدى إلى محاولة هذه الدول إرجاء إثيوبيا بالعدول عن قرار بناء

ذلك السد، إلا إن إثيوبيا فعلياً وعلى أرض الواقع قد قامت ببناء السد؛ مما أدى إلى نشوب نزاع بينهم على ذلك الأمر وهو موضوع دراستنا هذه.

وقد تناولنا في هذه الدراسة إبراز مواقف دول كل من مصر وإثيوبيا والسودان من النزاع حول مدى مشروعية سريان الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنهر النيل، ومدى التزام تلك الدول بتلك الاتفاقيات والحقوق المترتبة عليها، وعلى ضوء تلك الدراسة توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي :

### أولاً: النتائج

- اتضح من خلال الدراسة أن دولة إثيوبيا، لم تحترم المواثيق، والقوانين الدولية ذات العلاقة بالأنهار الدولية، وذهبت تبني مشاريعها دون الاكتراث بقوانين الأنهار الدولية التي كفلتها الأمم المتحدة.
- وتوصلنا أيضاً إلى أن إثيوبيا استغلت انشغال جمهورية مصر العربية بأمرها الداخلية المتمثلة بثورة الخامس والعشرين من كانون الثاني لعام 2011م؛ لإعلانها عن قيامها بمشروع سد النهضة، وبهذا الفعل اتضح لنا بأن إثيوبيا لم تراعى مبدأ حسن النية وحسن الجوار الذي يتضمن في طياته عدم استغلال الاضطرابات الداخلية للدول، وعدم الإضرار بالحقوق المكتسبة قانونياً لدولة مصر؛ مما أدى إلى إشعال شرارة النزاع بين دولة إثيوبيا ودولتي مصر والسودان.
- إن أهم ما توصلنا إليه في دراسة الوضع الجغرافي لمنطقة إثيوبيا وبالأخص مشكلات التضاريس في منطقة سد النهضة وبناءً على الدراسات التي قام بها خبراء جيولوجيين للمنطقة فإن منطقة السد غير مناسبة على الإطلاق لتكوين خزانات مائية جوفية كبيرة فيها؛ فضلاً عن أن معظم الصخور الإثيوبية تسودها التشققات والفوالق بسبب ما تقوم به الأخاديد الإفريقية من نشاطات أدت إلى انقسام إثيوبيا إلى قسمين؛ وبالمحصلة فإن بناء سد كبير مثل سد النهضة ما هو إلا مغامرة خطيرة قد تؤدي بإلحاق ضرر جسيم على الدول المتجاورة.
- ومن ضمن النتائج التي خلصت إليها الدراسة أيضاً، أنّ هناك اختلافاً في مواقف وحجج دول حوض النيل بما يتعلق بمشروعية الاتفاقيات النيلية السابقة؛ فإثيوبيا ترفض جميع تلك الاتفاقيات بحجة أنها تمت من قبل دول الاستعمار وبناءً عليه لا تعترف بالحقوق المكتسبة لدولة مصر ولا تأبه بموضوع التوارث الدولي للمعاهدات كما تعتبر مسألة سد النهضة مسألة لا دخل للدول النيلية بها وتعتبرها مسألة متعلقة بسيادة دولتها على النهر الذي يمر بأراضيها، وأما مواقف دولتي مصر والسودان بالنسبة لما يتعلق بتلك المعاهدات فهي متمسكة بها ومستندة بذلك إلى قواعد القانون الدولي العام، والعرف الدولي الذي يؤكد احترام الحقوق المكتسبة؛ وذلك لحماية نصيبهم المائي من نهر النيل الذي يشكل شريان الحياة بالنسبة لمصر كونه المصدر الوحيد الذي يمددهم بالمياه.
- من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أن ما قامت به دولة إثيوبيا ببنائها لسد النهضة؛ ما هو إلا خرق واضح وصريح لجميع القواعد القانونية العامة المتعلقة بالأنهار الدولية وأحكام المعاهدات المتعلقة بنهر النيل؛ وهذا ما أدى إلى النزاع القائم إلى وقتنا الحاضر بين إثيوبيا ومصر والسودان؛ وهو ما زال مستمرا حتى هذه اللحظة.

## ثانياً: التوصيات

- توصي الباحثة بتعزيز دور الاتفاقيات الدولية العامة؛ باعتبارها مصدراً أساسياً للقواعد القانونية المنظمة للأنهار الدولية، فهي تحدد التزامات الدول المتشاطئة وتحدد حقوقها، فكلما صادق عليها عدد كبير من الدول؛ زادها ذلك قوة ومتانة.
- نتمنى أن يسود التعاون بين الدول الثلاث لتنمية موارد حوض نهر النيل، لأن التعاون هو مفتاح لحل النزاع القائم بينها.
- نوصي بإقامة آلية دولية مشتركة لإدارة ملف مياه النيل تكون بمنزلة إطار قانوني جماعي للتعاون في الإقليم على شكل منظمة دولية.
- توصي الباحثة في حال عدم حل الخلاف في الطرق الدبلوماسية أن يتم اللجوء إلى محكمة تحكيم أو محكمة العدل الدولية لحسم ذلك الخلاف وذلك ضماناً وحفاظاً للحلول السلمية لمثل هذا النوع من النزاع.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً- الكتب:

- الشافعي، هشام محمد (2020). الانتفاع المشترك بالأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية وفقاً لقواعد القانون الدولي العام. القاهرة : المركز القومي للإصدارات القانونية.
- الشيخ، ولاء (2019). دول حوض النيل تعاون أم صراع. القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الأولى.
- لعبد الله، حسن (1992). الأمن المائي العربي. مركز الدراسات الاستراتيجية والبحوث والتوثيق، بيروت، الطبعة الأولى.
- العناني، إبراهيم (2002). أشخاص القانون الدولي. المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة.
- النجار، أحمد السيد (2018). مصر والنيل. القاهرة، الإسكندرية : دار العين للنشر
- شراقي، عباس محمد (2013). سد النهضة الإثيوبي. القاهرة : مركز البحوث والدراسات الإفريقية.
- شراقي، عباس محمد (2013). سد النهضة الإثيوبي. المجلة المصرية لدراسات حوض النيل، مركز البحوث والدراسات الإفريقية جامعة القاهرة، رقم المجلد واحد (رقم العدد واحد).
- عبد الرحمن، مصطفى سيد (1994م). الجوانب القانونية لتسوية منازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- علام، محمد نصر الدين (2012). اتفاقية عنيتيبي والسدود الإثيوبية الحقائق والتداعيات، القاهرة : مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام
- فؤاد، مصطفى أحمد (2011). أحكام القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية.

### ثانياً- الرسائل الجامعية:

- شتا، أحمد عبد الونيس (1993م)، حدود مصر الدولية. مركز البحوث والدراسات السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة.
- شتيوي، مساعد عبد العاطي (2012). القواعد القانونية التي تحكم استخدامات الأنهار الدولية في غير الشؤون الملاحية دراسة تطبيقية على نهر النيل. أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

### ثالثاً- البحوث العلمية:

- أبو الفضل، عمر محمد (2015). الحقوق المكتسبة لمصر في مياه النيل بموجب المعاهدات الدولية وقواعد القانون الدولي الأخرى، مجلة فكر وإبداع.

#### رابعاً- المواقع الإلكترونية:

- أبو زيد، محمود (2004). مصر ودول النيل الجنوبي. الأهرام المسائي. متوفر على موقع الإنترنت : [WWW.MASSAI.AHRAM.ORG.EG](http://WWW.MASSAI.AHRAM.ORG.EG)
- أخبار العالم العربي، انهيار سد النهضة. متوفر على موقع الإنترنت : <https://arabic.rt.com>
- الشروق news، تقرير اللجنة الدولية للخبراء المعنين بسد النهضة، الذي صدر في 800 صفحة واحتوى على خرائط ودراسات واجتماعات عقدتها اللجنة، متوفر على اموقع الإنترنت : <http://www.shorouknews.com>
- العزيز، خالد بن سلطان (2020). أهم الاتفاقيات الموقعة خلال الحقبة الاستعمارية. متوفر على موقع الإنترنت : <http://www.moqatel.com>
- المعرفة. العلاقات المصرية السودانية. متوفر على موقع الإنترنت : <https://www.marefa.org>
- الهيئة العامة للاستعلامات، نص إعلان المبادئ حول مشروع سد النهضة، متوفر على موقع الإنترنت : <http://www.sis.gov.eg> .
- بدرابي، طارق (2018). خزان جبل الأولياء . جريدة أبو الهول، رقم العدد (4). متوفر على موقع الإنترنت : <https://www.abou-alhool.com> .
- فقيه، محمد علي(2021)، دراسة تكشف خطورة سد النهضة، متوفر على الإنترنت : <https://www.almayadeen.net>
- محي الدين، شريف (2021). قصة السد الذي أشعل نار الخلاف بين إثيوبيا ومصر. مركز مالكوم كير – كارنيغي للشرق الأوسط. متوفر على شبكة الإنترنت : <https://carnegie-mec.org> .
- ويكيبيديا، سد النهضة. متوفر . على شبكة الإنترنت : <https://ar.m.wikipedia.org>
- ويكيبيديا، نهر النيل. متوفر .على شبكة الإنترنت <https://ar.wikipedia.org>



## نطاق مسؤولية الأمم المتحدة في العراق بعد 2003

سجد احسان عدنان الحمادي\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.07](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.07)

تاريخ استلام البحث 2022/04/15.  
تاريخ قبول البحث 2022/06/23.

\* قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، الاردن.

\* للمراسلة: [Sjd.aljubori@gmail.com](mailto:Sjd.aljubori@gmail.com)

### الملخص

يتمحور البحث حول دور الأمم المتحدة كأهم منظمة عالمية، أنشئت لوضع حد للحروب والحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، وموقفها ودورها في احتلال العراق عام 2003 ويهدف البحث إلى معرفة كيفية تعامل المنظمة مع المرحلة الانتقالية التي انبثقت عنها الدستور الجديد، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الباحثة هي أن دور الأمم المتحدة في إنهاء الاحتلال الأمريكي للعراق كان محدوداً جداً حيث إن قرارات مجلس الأمن الدولي لم توص بإنهاء الوجود الأجنبي في العراق وتعويضه كما أجبرت الأخير على تعويض الكويت، وكان للمنظمة دور أساس عن طريق بعثتها لمساعدة العراق المعروف باسم "يونامي" في بناء النظام السياسي الجديد، وتحقيق المصالحة الوطنية، وإنهاء آثار النزاعات المسلحة، والإصلاح القانوني بالإضافة إلى مواقفها من تظاهرات تشرين 2019 وانتخابات 2021 التي أثارت انقساماً بين الأوساط السياسية والشعبية.

الكلمات الدالة: منظمة الأمم المتحدة، القرار الأممي رقم 1500، بعثة يونامي.

### The Scope of Responsibility for the United Nations in Iraq After 2003

Sajad Ihsan Adnan Alhammada\*

\* Department of Law, Faculty of Law, Al-Zaytoonah University of Jordan, Jordan.

\* Corresponding author: [Sjd.aljubori@gmail.com](mailto:Sjd.aljubori@gmail.com)

Received: 15/04/2022.

Accepted: 26/06/2022.

### Abstract

The study mainly focuses on the role of the United Nations (UN), as the most significant international organization founded to put a stop to wars and maintain international security and peace, in addition to its position toward the occupation of Iraq in 2003. The study aims to identify UN management during the transitional period which produced a new constitution. The researcher found that the UN's role in ending the occupation was very limited. Where the UN Security Council decisions have failed to recommend terminating foreign presence in Iraq, nor did they force America to indemnify Iraq which was forced to indemnify Kuwait. The UN, through its delegation to help Iraq, known as "Yunami", played an essential role in building a new political system, achieving the national reconciliation, cessation of armed conflicts, and judicial reform, besides its stance toward October 2019 demonstrations and 2021 elections which led to political and public split.

**Keywords:** The UN Organization, The UN Resolution No. 1500, Yunami.

## المقدمة

مع أن السبب الرئيس والمعلن لنشأة منظمة الأمم المتحدة هو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين ومساهماتها الفعالة في إبعاد شبح الحرب عن العديد من الدول إلا أنها صممت عن احتلال الولايات المتحدة للعراق عام 2003 مع عدم اعترافها بشرعية هذه الحرب كما ورد على لسان أمينها العام أنذاك كوفي عنان الذي قال إن هذه الحرب لا تتوافق وميثاق الأمم المتحدة، وبالتالي هي حرب "غير قانونية" لكنها تعاملت مع سياسة الأمر الواقع ولم تفرض عقوبات على الولايات المتحدة وبريطانيا بعد إثبات عدم وجود أسلحة دمار شامل التي كانت السبب المعلن لشن الحرب على العراق وتدميره، وتسببت الحرب بانهايار مؤسسات العراق الأمنية والخدمية والتعليمية وراح ضحيتها مئات الآلاف من العراقيين، فالأمم المتحدة لم تجبر الولايات المتحدة وبريطانيا على تعويض العراق عن حرب 2003 مثلما أجبرت العراق على تعويض الكويت عن اجتياحه للأخيرة عام 1990 وهذا يعني أن الأمم المتحدة مضطرة إلى العمل في ظل أجواء النظام الدولي القائم على القطبية الأحادية المتمثلة بالولايات المتحدة الأمريكية حتى إن لم يتناسب ومبادئها وأهدافها القائمة على الحيادية، لكن مع ذلك حاولت الأمم المتحدة تحسين صورتها أمام المجتمع الدولي وأمام العراق على وجه الخصوص عندما بدأت بمساعدته على تجاوز آثار الحرب عن طريق إنشاء بعثة لمساعدة العراق "يونامي" للمشاركة في بناء نظام سياسي ديمقراطي جديد، وبالانتباه إلى أهمية دور الأمم المتحدة في العالم ومدى تأثيرها، وبسبب العلاقة المعقدة والحساسة التي تربط بينها وبين العراق وبسبب الانهيار الأمني والمؤسساتي والفساد والفوضى الذي ضرب العراق بسبب تداعيات الحرب التي صممت المجتمع الدولي عنها، فقد حاولت الباحثة الغوص في أعماق هذه العلاقة وتدوين الأحداث التاريخية وتفسيرها وتحليلها بطريقة حيادية للخروج بنتائج وتوصيات موضوعية عسى أن تكون سببا في تقويم دور الأمم المتحدة، أو على الأقل إعادة النظر بقراراتها وطريقة تعاملها مع الدول خاصة الدول النامية الغارقة في النزاعات والأزمات وضعيفة التمثيل، للتعاطي معها بالتساوي وبغض النظر عن مدى قوتها ونفوذها.

## إشكالية الدراسة:

تتمحور مشكلة البحث حول شكل العلاقة التي تربط العراق بالأمم المتحدة وخاصة فيما يتعلق بموقفها من احتلال العراق عام 2003 وفي بناء النظام السياسي الجديد ومواجهة التحديات الأمنية والسياسية والاقتصادية وصولاً إلى دورها وموقفها من انتخابات العراق عام 2021 والتي جرت بمراقبتها.

## اسئلة الدراسة:

- 1\_ ماهو موقف الأمم المتحدة من احتلال العراق عام 2003 وما الدور الذي لعبته في تلك المرحلة ؟
- 2\_ هل رفضت الأمم المتحدة شرعنة وتقنين حرب الولايات المتحدة وبريطانيا على العراق ثم تراجعته عن قرارها ؟
- 3\_ لماذا ألزمت الأمم المتحدة العراق بدفع التعويضات للكويت ولم تلزم الولايات المتحدة وبريطانيا بذلك ؟
- 4\_ ما الغاية من إنشاء بعثة يونامي في العراق ؟ وهل سهلت الأخيرة عمل الأمم المتحدة ومبعوثيها في العراق ؟

5\_كيف تعاملت الأمم المتحدة مع المتغيرات الجذرية التي أثرت على مجرى الأحداث السياسية الاجتماعية"داعش الإرهابي2014، تظاهرات تشرين2019، انتخابات2021 التي كانت تحت رقابتها"؟

#### أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذا البحث في محاولة إظهار الدور الذي أدته الأمم المتحدة في العراق منذ عام 2003 إلى غاية إجراء الانتخابات العراقية التي جرت في 2021/10/10، ولأن المنظمة تأسست بهدف منع الحروب والحفاظ على السلام والأمن الدوليين، وتطوير العلاقات الودية بين الدول ولأن العراق عضو مؤسس في هذه المنظمة منذ 1945/12/21 وشغل العراق مقعداً غير دائم في مجلس الأمن الدولي بين 1957 و 1958 و 1974-1975، فذلك تظهر هنا أهمية البحث في موضوع العلاقة التي تربط الأمم المتحدة بالعراق والغوص في تفاصيلها.

#### أهداف الدراسة:

بما أنّ البحث يتمحور حول مواقف الأمم المتحدة من احتلال العراق عام2003، ثم بناء النظام السياسي العراقي الجديد وصولاً الى مواقفها من المتغيرات الأمنية والسياسية والشعبية تكون أهداف البحث :

\_ بيان الدور الذي قامت به الأمم المتحدة في احتلال العراق 2003 وموقفها من ملف التعويضات.

\_ بيان الهدف من إنشاء بعثة يونامي في العراق.

\_تناول مواقف الأمم المتحدة من المرحلة الانتقالية السياسية والمتغيرات الداخلية وأزمة اجتياح داعش الإرهابي للعراق وملف تظاهرات تشرين 2019 وانتخابات 2021.

#### منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي في تناول مصطلحات الدراسة والمنهج التحليلي من أجل تحليل مواقف وقرارات الأمم المتحدة المتعلقة بموقفها من احتلال العراق عام 2003 والمرحلة التي تلت الحرب.

## المبحث الأول

### موقف الأمم المتحدة من احتلال العراق 2003

مهدت حرب الخليج الثانية والحصار لاحتلال العراق عام 2003 لأن العراق منذ اجتياحه للكويت عام 1990 واجه قرارات عدة صدرت عن مجلس الأمن الدولي كان من ضمنها قرارات هدفها المعلن نزع أسلحة الدمار الشامل العراقية، وقد تشكلت بموجب هذه القرارات العديد من فرق التفتيش جالت العراق شمالاً وجنوباً شرقاً وغرباً، وقد دمرت كميات كبيرة من الأسلحة الكيميائية العراقية والمعدات والمواد ذات الصلة بدرجات متفاوتة من التعاون والعرقلة العراقية، ولكن التعاون العراقي تضاءل في وقت لاحق وفي عام 1998 أنهى التعاون مع اللجنة الخاصة التابعة للأمم المتحدة والمسؤولة عن مراقبة تدمير أسلحة الدمار الشامل<sup>(1)</sup>؛ لأن العراق كان يرى أن أهداف هذه المراقبة سياسية أكثر مما هي موضوعية وبعيدة عن صلب القرار الأممي لكن قبيل عودة مفتشي أسلحة الدمار الشامل أعلن الرئيس الأمريكي آنذاك<sup>(2)</sup> أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 12/أيلول/2002 أنّ القيام بعمل عسكري ضد العراق سيكون أمراً لا يمكن تجنبه ما لم تتخذ الأمم المتحدة خطأً متشدداً يجبر العراق على التخلي عن أسلحة الدمار الشامل<sup>(3)</sup>.

وهذا يعني أنّ الولايات المتحدة ستقوم بعمل عسكري ضد العراق إذا لم تساند الأمم المتحدة بقرار يصدر من مجلس الأمن يبرر اللجوء الأمريكي إلى عمل عسكري<sup>(4)</sup> وعلى الرغم من تقارير المفتشين الأمميين التي أفادت بتعاون العراق معهم بخصوص البحث عن أسلحة الدمار الشامل<sup>(5)</sup> إلا أن الولايات المتحدة وبريطانيا أصرتا على اللجوء إلى الخطوة العسكرية وهي احتلال العراق مستندتان على ركيزة قانونية واهية وحتى بدون تقديم تعويضات عن خسائر هذه الحرب وهذا ما سنتحدث عنه :

### المطلب الأول: الركيزة القانونية لأمريكا لاحتلال العراق

كان قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1441)، لسنة 2002 هو الركيزة القانونية الأساسية التي انطلقت منها الولايات المتحدة الأمريكية في غزو العراق، ويعد هذا القرار من أخطر القرارات الدولية في الأزمة العراقية لأنه:

أولاً: يتيح للجنة الرصد والتحقق والتفتيش استئناف عملها، ويحدد لها سلطات واسعة تتمثل في تفتيش أي منشأة في أي مكان وفي أي وقت داخل العراق بما فيها القصور الرئاسية.

<sup>(1)</sup> What Happened to Saddam's Weapons of Mass Destruction? Arms Control Association. September 2003 تمت الزيارة في تاريخ 2021/9/4

<sup>(2)</sup> الرئيس الأمريكي جورج بوش الابن شغل منصب الرئيس الثالث والأربعين للولايات المتحدة في الفترة من 2001 إلى 2009 أطلق حملة الحرب على الإرهاب وهي حملة عسكرية دولية شملت أفغانستان والعراق.

<sup>(3)</sup> جيف سيمونز (2004). استهداف العراق العقوبات والغارات في السياسة الأمريكية. مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط2، ص347.

<sup>(4)</sup> المصدر السابق، ص347.

<sup>(5)</sup> What Happened to Saddam's Weapons of Mass Destruction? Arms Control Association. September 2003

ثانياً: يتيح للجنة وللوكالة الدولية للطاقة الذرية استجواب أي عراقي داخل أو خارج العراق دون حضور مندوب عن الحكومة العراقية فيما يتعلق ببرنامج التسليح العراقي .

ثالثاً: يمنح هاتين الجهتين الحق في تأكيد أو نفي امتلاك العراق أسلحة دمار شامل، وقد نص القرار 1441 على أن العراق كان في حالة انتهاك مادي لشروط وقف إطلاق النار المنصوص عليها في القرار (687)، ولم تتعلق انتهاكات العراق بأسلحة الدمار الشامل فحسب بل تتعلق أيضاً بالبناء المعروف لأنواع الصواريخ المحظورة وشرائها واستيرادها من الأسلحة المحظورة، واستمرار رفض العراق تعويض الكويت عن أعمال النهب الواسعة التي قامت بها قواته خلال غزو الكويت 1990\_1991، وذكرت أيضاً أن البيانات الكاذبة أو الإغفالات في الإعلانات التي قدمها العراق عمل بهذا القرار، وعدم امتثال العراق في أي وقت والتعاون الكامل في تنفيذه، يشكل انتهاكاً مادياً آخر لهذا القرار<sup>(1)</sup> وعُد هذا القرار فرصة أخيرة للعراق للامتثال بالتزاماته المتعلقة بنزع السلاح، ويحذر القرار العراق بأنه سيواجه عواقب خطيرة إذا لم يمتثل لمقتضياته واستندت الولايات المتحدة الأمريكية في حربها على العراق على قراري مجلس الأمن (1368) /2001 و(1373) /2001 فقد أجاز القرار (1368) /2001 الذي اتخذ بعد يوم واحد من هجمات 11/أيلول حق الولايات المتحدة في الدفاع عن نفسها كما ورد في نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(2)</sup> ومن المعروف أن المادتين (39 و 41) من ميثاق الأمم المتحدة تنظمان قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بأعمال التهديد والعدوان، حيث تنص المادة (39)<sup>(3)</sup> على أن "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان....." وتنص المادة 41<sup>(4)</sup> على أنه "لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته....." أما كموقف رسمي للأمم المتحدة فقد جاء عبر أمينها العام للأمم المتحدة آنذاك كوفي عنان الذي أشار إلى أن الحرب على العراق لا تتوافق مع ميثاق الأمم المتحدة ومن وجهة نظره ومن وجهة نظر ميثاق الأمم المتحدة، كانت "الحرب غير قانونية"<sup>(5)</sup>، وعلى الرغم من عدم تفويض مجلس الأمن للولايات المتحدة الأمريكية بحربها على العراق إلا أن قرارات مجلس الأمن الدولي خلال العمليات العسكرية الأمريكية في العراق وما بعدها لم تدن الحرب وإنما عالجت الجوانب الإنسانية فقط، لذلك وصف دور الأمم المتحدة خلال فترة احتلال العراق بالسلبى جداً، والمتغاضي عن الجرائم التي ارتكبت بحق الشعب العراقي وانهايار مؤسسات الدولة<sup>(6)</sup>، وتعتقد الباحثة أن السبب الرئيس وراء الحرب على العراق هو تغيير النظام السياسي الحاكم أما موضوع أسلحة الدمار الشامل فكان الحجة الواهية لتبرير جريمة الحرب لأن إيران على سبيل المثال تعترف أمام العالم أنها بدأت بتصنيع سلاح نووي ولم تتجرأ كل

(1) هانز بليكس شغل منصب مدير الوكالة الدولية للطاقة الذرية من عام 1981 إلى عام 1997، شارك في فريق البحث عن أسلحة الدمار الشامل العراقية المزعومة الذي أرسلته الأمم المتحدة إلى العراق عام 2002

(2) المادة 51 من الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة، نشر على الموقع الرسمي للأمم المتحدة تمت الزيارة في تاريخ 2021/9/4

<https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/full-text>

(3) ميثاق الأمم المتحدة، المادة (39) من الفصل السابع: <https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/full-text>

(4) ميثاق الأمم المتحدة، المادة (41) من الفصل السابع: <https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/full-text>

(5) MacAskill, Ewen; Borger, Julian (2004-09-16). "Iraq war was illegal and breached UN charter, says Annan". the Guardian

(6) باسل يوسف باجك (2006)، العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي (1990\_2005) مركز دراسات الوحدة العربية، دراسة توثيقية تحليلية، بيروت مركز، بيروت، ص 433

من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا على شن حرب عليها واكتفوا بفرض عقوبات اقتصادية أمام مرأى ومسمع الأمم المتحدة التي من المفترض أن تتعامل مع جميع الدول وفق سياسة واحدة وهي الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

### المطلب الثاني: دور الأمم المتحدة في تعويض العراق

إن التأسيس لحق الضحايا بالتعويض في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، تقرر إما بشكل غير مباشر أو بشكل مباشر. فعلى الرغم من وجود نص صريح في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 يشير إلى حق الضحايا بالتعويض نتيجة لانتهاك حقوقهم المعترف بها في هذه الاتفاقيات، ومع ذلك فإن هذه الاتفاقيات أسست لالتزام عام على الدول باحترام حقوق الإنسان وضمان التمتع بها بما في ذلك تبني الإجراءات الضرورية لوضع المعالجات اللازمة لانتهاكات الحقوق المنصوص عليها بهذه الاتفاقيات<sup>(1)</sup> والإشارة الأوضح لحق الضحايا بالتعويض يمكن أن نذكر بهذا الصدد، هو ما ورد في المادة (14) من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب التي أشارت إلى التزام الدول الأطراف باعتماد آلية قانونية لضمان إنصاف من يتعرض للتعذيب من خلال تأكيد حقه في الحصول على تعويض عادل ومناسب بما في ذلك إعادة تأهيله بشكل كامل<sup>(2)</sup>.

واستناداً إلى ما ذكر أعلاه فإنه يوجد في العلاقات الدولية المعاصرة أحقية اللجوء إلى التعويضات لمعالجة المسائل الناتجة عن الصراعات المسلحة أو الحوادث المقصودة أو غير المقصودة التي تؤدي إلى أضرار تصيب الدول أو الشخصيات الدولية، ولذلك تكتسب حالة التعويضات المفروضة على العراق بموجب قرارات مجلس الأمن الصادرة بعد غزو العراق للكويت أهمية خاصة في هذا الشأن كونها تمثل حالة يمكن الاستدلال بها لأسباب عديدة من بينها:

- أنها ناتجة عن حالة استخدام غير مشروع للقوة واحتلال دولة مستقلة عضو في الأمم المتحدة.
- أنها تمثل سابقة في عمل مجلس الأمن فللمرة الأولى في تاريخ المجلس لا يُقر المجلس مبدأ الالتزام بدفع التعويضات فحسب، بل أنشأ بموجب الفصل السابع من الميثاق آليات محددة للنظر في مطالبات التعويض وحسمها وأنشأ صندوقاً للتعويضات يمول من صادرات العراق من النفط والمنتجات النفطية وحرّم العراق من حقه في التفاوض واللجوء إلى التسوية المرضية مع الأطراف ذات العلاقة لحسم المطالبات ثنائياً.
- أنها طبقت على العراق الدولة التي تعرضت بعد 13 عاماً من غزوها للكويت إلى غزو يعد خرقاً للشرعية الدولية.

GA Res. 2200A, 'Social and Cultural Rights', 16 December 1966, International Covenant on Economic, 'Social and Cultural Rights', International Covenant on Economic (1) <https://www.ohchr.org/ar/professionalinterest/pages/ccpr.aspx?docid=2021/8/15> تمت الزيارة في تاريخ 3UN Doc A/6316 (1966) 993 UNTS, (XXI)

(2) اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 46/39 المؤرخ في 10 كانون الأول 1984، دخلت حيز النفاذ 26 حزيران 1987

- إنّ نظام التعويضات المفروض على العراق ما يزال نافذاً وحسب المعطيات القائمة يحتاج العراق إلى عقود عديدة قائمة إن لم نقل قروناً لسداد هذه التعويضات إذا لم يتفق العراق والكويت على حل يكون مبنياً على قواعد القانون الدولي ومبادئ العدل والإنصاف وبما يزيل الشعور بالغبن لدى العراق<sup>(1)</sup> من خلال هذه الحقائق يمكن الوصول إلى تصور كامل لما يمكن أن يحصل عليه العراق من جراء احتلاله من الولايات المتحدة الأمريكية، فعندما احتل العراق الكويت توالت قرارات مجلس الأمن الدولي تباعاً في فرض مختلف أشكال العقوبات والقيود على العراق واعتبر مجلس الأمن في قراره (674) عام 1990 بأن العراق مسؤول عن أي خسارة مباشرة تؤدي ضرراً مباشراً بما في ذلك الضرر اللاحق بالبيئة واستنزاف الموارد الطبيعية أو الضرر الواقع على الحكومات الأجنبية أو رعاياها أو شركاتها نتيجة لغزوه واحتلاله غير المشروع للكويت، ثم صدر قرار مجلس الأمن المرقم (686) لسنة 1990 الذي اعتبر قبول العراق بدفع التعويضات واحداً من شروط وقف إطلاق النار، تلاه القرار (687) لسنة 1991 الذي طالب فيه الأمين العام للأمم المتحدة بتقديم توصيات إلى مجلس الأمن بشأن إنشاء صندوق لدفع التعويضات وإنشاء لجنة لإدارة الصندوق كما اقترح المستوى المناسب لمساهمة العراق في الصندوق وقدم الأمين العام تقريره يوم 1991/5/2 (الوثيقة 22559) ووافق عليها مجلس الأمن بقراره المرقم (667) لسنة 1991 ليُصار إلى تأسيس لجنة التعويضات التابعة للأمم المتحدة وإنشاء صندوق التعويضات<sup>(2)</sup>، وفي مذكرة لاحقة مؤرخة في 1991/5/30 أوصى الأمين العام باستقطاع ما لا يزيد عن 30% من صادرات العراق من النفط والمنتجات النفطية لتعويض الكويت عما لحق بها من أضرار جراء الغزو آنذاك، وضرورة العودة إلى قرار بعثة الأمم المتحدة للمراقبة بين العراق والكويت "يونيكوم" التي أنشئت بموجب القرار رقم مجلس الأمن رقم (689) لسنة 1991<sup>(3)</sup> وبسبب استمرار الخلافات بين البلدين حول المنطقة الحدودية منزوعة السلاح مدد مجلس الأمن الدولي تفويض البعثة لمراقبة الحدود المشتركة لفترة نهائية حتى السادس من أكتوبر عام 2003 وفق القرار (1490) الذي اتخذ بالإجماع في 2003/7/3<sup>(4)</sup>، ثم صدر القرار (806)<sup>(5)</sup> الذي أعتمد بالإجماع من قبل مجلس الأمن الدولي في 1993/2/5 بعد الإشارة إلى القرارات السابقة وهي "687,689,773" بالإضافة إلى التقرير الذي قدمه

(1) الجصاني، عبد الواحد (2007)، كيف ومتى يستطيع العراق المطالبة بتعويضات الاحتلال الأمريكي له؟ بيروت، للجنة العربية لحماية حقوق الإنسان، دمشق، <https://achr.eu/old/art512.htm>، تاريخ الزيارة، 2021/8/17.

(2) نص قرار مجلس الأمن الدولي رقم (667) على الموقع الرسمي لمجلس الأمن الدولي تمت الزيارة في تاريخ 2021/8/16، [https://undocs.org/ar/S/RES/677\(1990\)](https://undocs.org/ar/S/RES/677(1990))

(3) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (689) الذي اتخذ بالإجماع في 1991/4/9 وتم بموجبه إنشاء بعثة الأمم المتحدة للمراقبة بين العراق والكويت لرصد المنطقة منزوعة السلاح. نص القرار متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/595/41/IMG/NR059541.pdf?OpenElement>

(4) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1490) الذي اتخذ بالإجماع في 2003/7/3 بشأن الحالة بين العراق والكويت ومدد المجلس تفويض بعثة المراقبة لمراقبة الحدود المشتركة لفترة نهائية في السادس من أكتوبر/2003. نص القرار متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/417/04/PDF/N0341704.pdf?OpenElement> 2022/6/20

(5) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (806) الذي اتخذ بالإجماع في 1993/2/5 الذي وجه باتخاذ التدابير اللازمة للتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، نص القرار متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/072/54/PDF/N9307254.pdf?OpenElement>

الأمين العام بطرس غالي<sup>(1)</sup> متصرفاً بموجب الفصل السابع<sup>(2)</sup> من ميثاق الأمم المتحدة وهنا أصبح العراق تحت طائلة هذا الفصل الذي استمر حتى عام 2022 حيث أعلن مجلس الأمن الدولي بموجب القرار (2621)<sup>(3)</sup> في 2022/2/22 إيفاء العراق بجميع التزاماته الدولية وغلق لجنة وصندوق التعويضات في نهاية العام المذكور، وقد أشادت الأمم المتحدة بتعاون العراق في كافة المجالات لحل الخلافات بينه وبين الكويت خاصة فيما يتعلق بالجهود المبذولة بخصوص مفقودي الحرب وهذا ما ورد في قرار مجلس الأمن رقم (2107)<sup>(4)</sup> الذي صدر في 2019/2/9 ويتضح مما ذكر أعلاه حول موضوع التعويضات المفروضة على العراق ما يأتي:

– أنه ذو طبيعة عقابية ويفتقر إلى مبادئ العدالة والإنصاف ولم يأخذ بالاعتبار العقوبات الشاملة المفروضة على العراق واستقطع بشكل تعسفي 30% من موارد البرنامج الدولي الإنساني (النفط مقابل الغذاء) التي كان يفترض أن تخصص جميعها لتلبية الاحتياجات الإنسانية الأكثر إلحاحاً للشعب العراقي الذي كان على حافة المجاعة وانهيار البنى الأساسية الصحية والخدمية بسبب الحصار.

– استند إلى أسس سياسية بحتة حيث إن مجلس الأمن هو مؤسسة سياسية تتولى الوظيفة القضائية من بدايتها إلى نهايتها عبر آليات يسيطر عليها المجلس نفسه خلافاً للصيغ والممارسات الطبيعية لتسوية النزاعات الدولية وفق القانون الدولي التي تخضع فيها ميكانيكية التعويضات للمفاوضات أو للهيئات التحكيمية أو القضائية (لم يكن هناك توازن في عملية التعويضات وأرهقت الشعب العراقي).

– خرجت قرارات لجنة التعويضات عن مفهوم (الضرر أو الخسارة المباشرة) التي حددها قرار مجلس الأمن المرقم (674) من العام 1990 والقرارات اللاحقة، ووافقت على مطالبات بتعويضات عن أمور لا يمكن إدراجها تحت هذه التسمية ومن ذلك العقود التي كان العراق طرفاً فيها ولم يخل بتنفيذها إلا أنها أصبحت غير ممكنة التنفيذ بسبب فرض الحصار على العراق بل حتى السفن التي كانت متجهة إلى العراق عند فرض الحصار وحولت وجهتها بسببه طالبت بفرض عقوبات وحصلت عليها.

(1) بطرس غالي، دبلوماسي مصري والأمين العام للأمم المتحدة للأعوام 1996، 1992. متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ <https://www.un.org/sg/ar/content/boutros-boutros-ghali.2022/6/20>

(2) الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يدور حول ما تتخذه المنظمة الأممية من أعمال في حال تهديد السلم والإخلال به وقوع عدوان على المدنيين في دولة من الدول، متوفر على المواقع الرسمي للأمم المتحدة/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20 <https://www.un.org/ar/about-us/un-charter/chapter-7>

(3) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2621) الذي اعتمد بالإجماع في 2022/2/22 وأعلن بموجبه انتهاء ولاية لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالتعويضات عن الأضرار الناجمة عن الغزو العراقي للكويت في عام 1990 بعد وفاء حكومة العراق بكافة التزاماتها بالتعويض عن نتائج هذا الغزو، نص القرار متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20.

<https://news.un.org/ar/story/2022/02/1094702>

(4) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2107) الصادر في تاريخ 2019/2/19 الذي أعرب فيه عن تقديره للجهود المبذولة من قبل الجانبين العراقي والكويتي بخصوص الجهود المبذولة للبحث عن مفقودي الغزو ووجه نداء لتكثيف هذه الجهود

نص القرار متوفر على الموقع الرسمي للمنظمة/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20 <https://news.un.org/ar/tags/qrr-mjls-lmn-2107>



حرمت لجنة التعويضات ممثلي العراق من حضور المرافعات كما حرم العراق من الاطلاع على وثائق وملفات المطالبات ولم يسمح لممثل العراق بحضور جلسات لجان المفوضين إلا في حالات نادرة واستثنائية ولفترة قصيرة وبصدد أسئلة محددة.

ووافقت اللجنة في حالات معينة على مبالغ للتعويض تفوق ما هو مذكور في المطالبة، فمثلا طالبت اللجنة الوطنية الكويتية الخاصة بأسرى الحرب والمفقودين بمبلغ 58 مليون دولار، ومنحتها اللجنة 153 مليون دولار أي أكثر من ضعفي المبلغ المطالب به كما فشلت سكرتارية اللجنة في حالات معينة التحقق من المطالبات فقد لاحظت الدول المعنية مثل سريلانكا والهند ويوغسلافيا والبوسنة بأن اللجنة عوضت مطالبين مرتين عن نفس المطالبة في (575) حالة<sup>(1)</sup>، أما موضوع التعويض عن خسائر العراق جراء احتلاله من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا ظل حبرا على ورق ولم يتعدّ حدود النقاشات والمطالبات بين خبراء ومسؤولين عراقيين بخصوص إمكانية حصول العراق على تعويضات جراء الاحتلال الأمريكي البريطاني للعراق عام 2003.

في حين كانت هناك مطالبات بحق العراق حكومة وأفرادا في المطالبة بالتعويضات من بعض الجهات الحكومية وبعض الناشطين والباحثين القانونيين في الشأن العراقي حيث أكدوا عدم قدرة حكومة العراق على فتح ملف التعويضات في ذلك الوقت<sup>(2)</sup> وأن الحكومة العراقية غير قادرة على تبني المطالبة بموضوع التعويضات في الوقت الحالي<sup>(3)</sup> أما الأضرار الاقتصادية التي تكبدها العراق<sup>(4)</sup>، حيث تم تحديد الخسائر المالية لبعض القطاعات الاقتصادية جراء احتلال العراق، فكان إجمالي خسائر القطاع النفطي 219.3 مليار دولار، أما القطاع الصناعي فكانت خسائره بحدود 52 مليار دولار، وقطاع الزراعة بحدود 46 مليار دولار وخسائر قطاع النقل تقدر بحدود سبعة مليارات وقطاع الكهرباء بحدود 16 مليار دولار، وقطاع التعليم 4.7 مليارات وقطاع الصحة 15.8 مليار دولار، ويضاف إلى ذلك خسائر المؤسسة العسكرية التي بلغت 48 مليار دولار، وتعتقد الباحثة أن سياسة الكيل بمكيالين التي اتبعتها الأمم المتحدة في موضوع عدم إدانة الحرب على العراق عام 2003 اتبعتها أيضا في ملف التعويضات حيث فرضت على العراق تعويض الكويت عن غزو الأخيرة عام 1990 بمبالغ مالية هائلة ولكنها لم تفرض على الولايات المتحدة وبريطانيا تعويض العراق على الرغم من الخسائر الفادحة التي ذكرتها أعلاه وهذا يوضح للجميع أن المجتمع الدولي يتعامل مع الدول على حسب قوة ترسانتها العسكرية ومدى نفوذها في مجلس الأمن الدولي.

(1) الجصاني، عبد الواحد، مصدر سابق.

(2) ذكر في ندوة عقدت في العاصمة الأردنية عمان نظمها مركز الخلد للدراسات والأبحاث تحت عنوان "ملف التعويضات العراقية" شارك فيها عدد من الخبراء والمسؤولين، تمت الزيارة في تاريخ 2021/8/15،

<https://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews/2011/5/23/>

(3) هذا ما أكده صالح المطلك-نائب رئيس الوزراء العراقي الأسبق الذي شارك في الندوة.

(4) هذا ما قدمه الباحث الدكتور ناظم الشمري-أستاذ الاقتصاد في جامعة بغداد- من بحث تناول فيه الأضرار التي تعرض لها الاقتصاد العراقي بعنوان "النظرة الاقتصادية لملف التعويضات العراقية".

## المبحث الثاني

### ولاية بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق (يونامي)

مع أنّ الأمم المتحدة منظمة دولية والوكالات التابعة لها أيضاً كانت تباشر مهامها في العراق قبل عام 2003، إلا أنّ التغيير الكبير الذي حصل بعد الاحتلال استدعى إلى ضرورة أن تشكل بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق التي سميت يونامي<sup>(1)</sup> لمساندة الأمين العام للأمم المتحدة في أداء مهامه المقررة بموجب القرار 1500 الصادر عن مجلس الأمن بعد تأكيد القرارات السابقة خاصة القرار (1483) التي تتضمن أن تقوم الأمم المتحدة بدور حيوي في إعادة بناء العراق، وإعادة إنشاء مؤسسات وطنية ومحلية للحكم الممثل للشعب وتقديم المساعدة للشعب العراقي بالتنسيق مع السلطة المدنية والحكومة العراقية المؤقتة<sup>(2)</sup> عن طريق ما يأتي:<sup>(3)</sup>

-تنسيق المساعدات المقدمة للأغراض الإنسانية وأغراض إعادة البناء من جانب وكالات الأمم المتحدة ومع المنظمات غير الحكومية.

- تشجيع العودة الآمنة والمنظمة والطوعية للاجئين والمشردين.

\_ العمل بصورة مكثفة مع السلطة ومع الشعب والجهات المعنية الأخرى لتعزيز الجهود المبذولة لاستعادة وإنشاء المؤسسات الوطنية والمحلية اللازمة للحكم الممثل للشعب، بما في ذلك العمل الجماعي من أجل تيسير العملية التي تقضي إلى قيام حكومة عراقية ممثلة للشعب معترف بها دولياً.

\_ تشجيع عملية إعادة بناء الاقتصاد وتهيئة الظروف الملائمة للتنمية المستدامة.

\_ تعزيز وحماية حقوق الإنسان العراقية.

\_ تشجيع الجهود الدولية الرامية إلى إعادة بناء قدرات قوة الشرطة المدنية.

- تشجيع الجهود الدولية الرامية إلى تعزيز الإصلاح القانوني والقضائي.

تيسير وإعادة بناء العناصر الرئيسية للهياكل الأساسية، بالتعاون مع المنظمات الدولية الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى أنّ مجلس الأمن قد أصدر عدداً من القرارات التي تأسست بموجبها بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق، والتي سوف نذكر أبرزها وهي، تفسير كل القرارات أو تحليل هذه القرارات، القرار رقم 1500 في 14/8/2003<sup>(4)</sup> وقد قرر إنشاء بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق لمساندة الأمين العام في أداء مهامه وذلك

(1) بعثة يونامي هي بعثة سياسية خاصة تأسست في عام 2003 بموجب قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1500 بناء على طلب من الحكومة العراقية وقد اضطلعت البعثة بمهامها منذ ذلك الحين وتوسع دورها بشكل كبير في عام 2007 بموجب القرار 1770

ينظر في المواقع الإلكترونية للمنظمة، تمت الزيارة في تاريخ 2021/9/15، <https://iraq.un.org/ar/132447-ywnamy>

(2) تجدر الإشارة إلى أنّ قرار رقم (1483) قد صدر في فترة حكم الحاكم المدني بول بريمر الذي كان يباشر مهامه كحاكم معين من قبل دولة الاحتلال لكن مع مرور الوقت بدأت ملامح حكومة عراقية مؤقتة منتخبة برئاسة إياد علاوي ثم الحكومة الانتقالية برئاسة إبراهيم الجعفري ثم حكومة دائمة منتخبة برئاسة نوري المالكي وبذلك أصبح التعامل بين البعثة والحكومات العراقية المتعاقبة وبطلب منها.

(3) قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1483) مصدر سابق.

(4) القرار رقم (1500) في الوثيقة ذات الرقم: 2003(S/ERS/1500)

لفترة مبدئية قوامها (12) شهراً، والقرار رقم 1546 في 2004/6/8<sup>(1)</sup>، وقد تقرر أن تقوم البعثة وفقاً لما تسمح به الظروف لمساعدة شعب العراق من خلال أداء دور رئيسي في موضوع اختيار مجلس استشاري لتقديم المشورة والدعم إلى اللجنة الانتخابية المستقلة للعراق، فضلاً عن الحكومة العراقية المؤقتة والجمعية الوطنية الانتقالية بشأن صياغة دستور وطني، وتعزيز حماية حقوق الإنسان والمصالحة الوطنية وهذا ما سنبحثه في المطلبين اللاحقين.

### المطلب الأول: دور الأمم المتحدة في تأسيس المرحلة الانتقالية

يتمثل الدور السياسي لبعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق من خلال توفير المساعدة والمشورة والدعم للحكومة والمؤسسات العراقية فيما يتعلق بالنهوض بحوار سياسي شامل والمصالحة الوطنية ودعم الجهود الرامية إلى تسوية المسائل المتعلقة بالمناطق الداخلية المتنازع عليها والمساعدة في عملية مراجعة المشورة وتيسير الحوار والتعاون الإقليميين بين العراق ودول الجوار ومنذ ذلك الحين تم توسيع الولاية وتمديدتها بشكل سنوي<sup>(2)</sup>.

وقامت بعثة يونامي بمساعدة العراق عن طريق الأدوار التي لعبتها في هذه المرحلة وهذا ما سنتحدث عنه:

### الفرع الأول: دور بعثة يونامي في كتابة الدستور والمصالحة الوطنية:

أدت بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق دوراً في الجوانب السياسية المتعلقة بالدستور والقضايا الخلافية التي ظهرت بين القوى السياسية في تفسير بعض موادها، فضلاً عن دور البعثة في حل الخلافات القائمة بين الحكومة المركزية وإقليم كردستان عن جهود المصالحة الوطنية وأهم النشاطات التي عقدت في هذا المجال ويمكن تناولها على النحو الآتي:

#### أولاً: الدستور وإشكالية التشريعات الجدلية:

تشمل ولاية البعثة فيما يتعلق بالشؤون الدستورية والتشريعية دعم عملية مراجعة الدستور العراقي ووضع التشريع المنفذ لها وتعزيز المؤسسات الديمقراطية، ويضم فريق الدعم الدستوري نخبة مؤلفة من سبعة محامين متخصصين عراقيين ودوليين يتخذ من بغداد مركزاً له، وله نشاطات منتظمة في أربيل وكركوك في شمال العراق ونشاطات دورية في البصرة في جنوبي العراق، مع الفريق بالكامل مع مكتب الشؤون السياسية والدستورية، إذ يتم القيام بالكثير من الأعمال القانونية في سياق المفاوضات السياسية<sup>(3)</sup>.

ثانياً: حل الخلافات بين الحكومة المركزية وإقليم كردستان حيث أعطت بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق الأولوية لمسألة الحدود الداخلية المتنازع عليها خاصة فيما يتعلق بالمادة 140 في الدستور العراقي<sup>(4)</sup> وذلك على

(1) القرار رقم (1546) في 2004/6/8 بالوثيقة ذات الرمز: S/ERS/1546 (2004)

(2) انظر في ذلك قرارات مجلس الأمن الدولي حول تشكيل بعثة الأمم المتحدة وقرارات التمديد السنوي ومنها القرار الأخير الصادر رقم (2367) لسنة 2017 عن جلسة مجلس الأمن (8003) في 14/تموز/2017، ص6.

(3) رؤية بعثة الأمم المتحدة للدستور والخلافات الجدلية بعض بنوده، متاح على الموقع الإلكتروني للبعثة

(4) المادة 140 من الدستور العراقي لسنة 2005 التي كتبت لحل مشكلة محافظة كركوك وما يسمى المناطق المتنازع عليها بين إقليم كردستان والمحافظات المجاورة للإقليم. الدستور متوفر على الموقع الرسمي لرئاسة جمهورية العراق/تمت الزيارة في تاريخ 2022/6/20

وفق قرار مجلس الأمن (1770) 2007 وتشمل نشاطات البعثة على هذا الصعيد تقديم الدعم لإجراءات بناء الثقة والمشاركة في حوار سياسي ومصالحة وطنية شاملين من أجل تحقيق استقرار العراق ووحدته في المجال السياسي<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً:** المصالحة الوطنية تعد المصالحة الوطنية مسألة مشروعة للبلدان التي مرت بحروب داخلية أو انتقلت بالقوة والتغيير العسكري من نظام حكم إلى نظام حكم آخر، وتمثل الغاية الأساس للذهاب إليها للانطلاق في عملية بناء الدولة بإطار مشترك وجماعي سياسي واجتماعي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: المهام الإنسانية والخدمية التي قدمتها الأمم المتحدة منذ عام 2014

أدى اجتياح داعش العراق عام 2014 وسيطرته على ثلث مساحة العراق إلى فرض تحديات ودور جديد ينبغي أن تقوم به البعثة وفقاً لنصوص ولايتها القانونية المتمثلة بمساعدة الحكومة والشعب العراقي، ولعل من أهم التحديات هي موضوع النزوح والهجرة، وإعادة الخدمات وإعمار للمناطق المحررة لاسيما الأطفال والنساء المتأثرون بالإرهاب وتداعياته، حيث أكدت المنظمة الدولية للهجرة في بيانها<sup>(3)</sup> أن نداء التمويل الخاص بها لعام 2017 بحاجة إلى (76.3) مليون دولار يخصص منه (38%) أي ما يعادل (28.8) مليون دولار للاستجابة العاجلة لأزمة الموصل بالإضافة إلى التوقيع على عدد من مذكرات التفاهم بهدف التوصل إلى اتفاقيات تعزز من التعاون في هذا المجال، خصوصاً أن العراق لديه شراكات دولية مع وكالات وبرامج الأمم المتحدة المختلفة، ومنها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي الذي يعمل وفق مشروع إعادة استقرار العراق مع الحكومة الاتحادية ومجالس المحافظات بهدف إصلاح ومعالجة محطات المياه التي تضررت في المحافظات المنكوبة وهي نينوى والأنبار وديالى، بسبب الحرب، حيث قام بإعادة تأهيل محطة القصور لمعالجة المياه في الموصل لتحقيق الفائدة لأكثر من (400) ألف شخص، وإصلاح محطة السعدية في ديالى، وإعادة تأهيل مشروع ماء الأزركية في قضاء الفلوجة في محافظة الأنبار إذ افتتحت مرحلته الأولى بكلفة مليوني دولار لتغطية حاجة (60%) من سكان الفلوجة، وتعتقد الباحثة أن تحول دور الأمم المتحدة بعد 2003 إلى سياسي خطوة جيدة خصوصاً أن النظام السياسي الجديد حديث النشأة ويحتاج إلى المساعدة لكن كان يجب على المنظمة تحمل جزء من فشل الطبقة السياسية الحاكمة التي أوصلت البلد إلى الهلاك وبسبب صراعتها وانهايار المنظومة الأمنية استطاع تنظيم إرهابي خلال أيام من احتلال ثاني أكبر المحافظات العراقية (نينوى) ومن ثم السيطرة على ثلث مساحة العراق.

### المطلب الثاني: موقف بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق (يونامي) من تظاهرات تشرين وانتخابات

2021

بعد طي صفحة الحرب على تنظيم داعش الإرهابي وخوض انتخابات عام 2018 التي جاءت بنتائج مشابهة للانتخابات السابقة وبسبب استمرار تدهور الوضع الاقتصادي والأمني الذي مهد إلى اندلاع تظاهرات تشرين عام 2019 التي تسببت

(1) ينظر وثيقة رقم (1770).

(2) مركز البيان للدراسات والتخطيط: المصالحة الوطنية إلى أين؟ (دراسة مقارنة) (2016)، سلسلة إصدارات مركز البيان للدراسات والتخطيط، بغداد، ص6.

(3) نقلاً عن بيان المنظمة الدولية للهجرة، ينظر في ذلك الموقع الإلكتروني لمنظمة الهجرة الدولية. تمت الزيارة في تاريخ

<https://iraq.iom.int/news2021/9/15>

باستقالة حكومة عادل عبد المهدي التي دفعت الأطراف السياسية إلى إجراء انتخابات مبكرة في 2021/10/10 وهذا ما سنبحث فيه:

### الفرع الأول: موقف الأمم المتحدة من تظاهرات تشرين 2019:

بعد اندلاع تظاهرات تشرين في تشرين الأول عام 2019 في بغداد ومحافظات الوسط والجنوب احتجاجاً على الفساد المستشري في البلد، وسوء الإدارة وارتفاع نسب البطالة وانتشار السلاح المنفلت بيد جماعات خارجة على القانون، ومواجهة هذه التظاهرات بالقوة المفرطة التي أدت إلى مقتل مئات المتظاهرين وجرح آلاف منهم واختطاف العشرات وتهديد الناشطين والمدونين والصحافيين، تدخلت الأمم المتحدة عن طريق بعثتها ومجلس الأمن الدولي على خط الأزمة وأصدرت العديد من المواقف والبيانات الراضية لاستخدام العنف لكن هذه البيانات والمواقف الأممية قبلت بردود فعل متباينة بين مرحب ورافض لأن التظاهرات شأن عراقي داخلي وهناك من اعتبر دور الأمم المتحدة متمثلة بيونامي بالسلبى الداعم للنظام السياسي على حساب أرواح الشباب المتظاهر ...

حيث كانت هناك مواقف وبيانات عديدة لبعثة يونامي حول تظاهرات تشرين عام 2019 تحدثت فيها عن الانتهاكات التي مورست بحق المتظاهرين والناشطين والصحافيين في تلك الفترة ومن أبرز هذه البيانات:

### تقرير يونامي الصادر في تشرين الأول /أكتوبر 2019:

يشير تقرير خاص أعدّه مكتب حقوق الإنسان التابع لبعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق إلى حدوث انتهاكات جديّة لحقوق الإنسان خلال المظاهرات التي شهدتها العراق بين الأول والتاسع من تشرين أول/أكتوبر 2019. ويشمل التقرير توصيات يحض فيها السلطات العراقية على اتخاذ خطوات إضافية لضمان محاسبة المسؤولين عن الانتهاكات، وقدمت الممثلة الخاصة للأمين العام للأمم المتحدة في العراق<sup>(1)</sup>، إحاطة حول التقرير اعتبرت أنّ العراق قطع شوطاً كبيراً ومن المهم عدم تقويض تلك الإنجازات العديدة، وخلق مناخ من الإرهاب والترويع لا يليق بإمكانات العراق كمجتمع ديمقراطي<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى التقارير التي قدمتها المبعوثة الأممية إلى مجلس الأمن الدولي، وتضمّن التقرير تفاصيل التطورات الأمنية والسياسية الأخيرة حيث تحدثت عن مشاعر الإحباط من ضعف الآفاق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أمامها، وعن آمالها الكبيرة في تحقيق غدٍ أفضل، بعيداً عن الفساد والمصالح الحزبية وبعيداً عن التدخلات الأجنبية.

### الفرع الثاني: الرقابة الأممية للانتخابات العراقية 2021/ 10/10:

بعد أزمة التظاهرات التي تحدثنا عنها في الفرع الثالث اضطرت الجهات الحكومية والأطراف السياسية إلى الاستجابة لمطالب المتظاهرين التي من ضمنها إجراء انتخابات مبكرة نزيهة وشفافة وبمراقبة من الأمم المتحدة التي أدت رقابتها على الانتخابات إلى إحداث انقسامات بين الأحزاب المشاركة فيها بين مرحب ومعارض للرقابة بحجة

(1) جنين بلاسختارت، وزيرة ونائبة سابقة في هولندا وأسند الأمين العام للأمم المتحدة أنطونيو غوتيرش منصب رئاسة البعثة الأممية في العراق في أواخر شهر أغسطس/آب 2018.

(2) بيان الممثلة الخاصة للأمين العام للأمم المتحدة، نقلا عن الموقع الإلكتروني لبعثة يونامي تمت الزيارة في 2021/10/1،  
<https://news.un.org/ar/story/2019/10/1042281>

انتهاك السيادة العراقية<sup>(1)</sup> لكن على الرغم من كل ذلك جرت الانتخابات في موعدها المقرر ورحبت الأمم المتحدة بنتائجها وأشادت بنزاهتها عن طريق بيانات مجلس الأمن الدولي وبعثة يونامي، حيث أثنى أعضاء مجلس الأمن على مفوضية الانتخابات لإجرائها انتخابات سليمة من الناحية الفنية وحكومة العراق لتحضيراتها للانتخابات ولمنع العنف في يوم الانتخابات فقد أعرب أعضاء مجلس الأمن الدولي عن "أسفهم واستيائهم للتهديدات الأخيرة بالعنف ضد بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق، وموظفي المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، إلى جانب آخرين".

وجدد أعضاء مجلس الأمن التأكيد على دعوة الأمين العام للأمم المتحدة لجميع الأطراف بالتحلي بالصبر والاحترام للجدول الزمني الانتخابي وشدد البيان على أن أي نزاعات انتخابية قد تنشأ يجب أن تحل بالطرق السلمية والقانونية، مضيفاً أن أعضاء المجلس عبروا عن تطلعهم "لتشكيل حكومة شاملة تعكس إرادة الشعب العراقي ومطالبه بترسيخ الديمقراطية"<sup>(2)</sup>، لكن إلى حد الانتهاء من كتابة البحث لم تتمكن الأحزاب الفائزة في الانتخابات على الرغم من مرور ثمانية أشهر من تشكيل حكومة جديدة بسبب الصراعات والخلافات المستمرة بينها ونتائج الانتخابات التي لم تكن مرضية لأحزاب متنفذة التي شككت بنزاهة نتائج الانتخابات وطالبت بإلغائها وإجراء انتخابات جديدة، وتعتقد الباحثة أن موقف الأمم المتحدة من انتفاضة تشرين كان سلبياً ولا يرقى إلى حجم التحدي الذي كان يمر به العراق فالإكتفاء بالتدبير وإصدار البيانات الراضية للعنف والاعتقالات لا يكفي وكان على المنظمة محاسبة كل المتسببين بإرارة الدماء وفرض عقوبات عليهم لكن موقفها من الانتخابات الأخيرة التي جرت في 2021/10/10 الذي رحبت فيه بنتائج الانتخابات التي وصفها بالشفافة كان جيداً لأن الأمم المتحدة أصبحت مدركة أن البلد أصبح على حافة الهاوية ويحتاج إلى تغيير شامل في كافة المجالات السياسية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث فقد تبين أن الأمم المتحدة لعبت وما زالت تؤدي دوراً محورياً سواء كان بالإيجاب أو بالسلب في تقرير مصير الشعوب وخاصة في دول العالم الثالث فقد لعبت في فترة احتلال العراق عام 2003 دوراً وصف بالسلب بعد صمتها إزاء هذا الاحتلال غير المبرر لكن سرعان ما تغير دور الأمم المتحدة في العراق وتحول إلى سياسي بحث من خلال الدخول في حوارات مع الأطراف السياسية التي حكمت العراق بعد الـ 2003 من أجل تأسيس النظام السياسي الجديد وكتابة الدستور وإجراء مصالحة وطنية بين الأطراف السياسية لكن باءت كل محاولات الأمم المتحدة بالتودد إلى الشعب العراقي بالفشل بسبب المواقف السلبية التي ذكرناها أعلاه، وبعد اجتياح تنظيم داعش الإرهابي العراق ودخوله بأزمة اقتصادية كبيرة ساعدت الأمم المتحدة الحكومة العراقية مالياً وقدمت مساعدات للنازحين، ولم يدم هذا الدور الإيجابي طويلاً فقد تزعزعت ثقة الشارع العراقي بها من جديد بعد انطلاق ثورة تشرين عام 2019 التي استخدمت فيها شتى أنواع العنف بحق المتظاهرين واستشهد فيها أكثر من 600 متظاهر وجرح عشرات آلاف فاعتبر المتظاهرون موقف الأمم المتحدة سلبياً جداً لأنها وقفت متفرجة أمام

(1) لقاء رئيس الوزراء العراقي الأسبق نوري المالكي، متوفر على يوتيوب، تمت الزيارة في تاريخ

<https://www.youtube.com/watch?v=0pSBOL8IVCw2021/10/17>

(2) بيان صحفي لمجلس الأمن الدولي، تمت الزيارة في تاريخ 2021/10/17،

<https://twitter.com/UNIraq/status/1451651932754432005/photo/1>

عمليات القمع التي مورست ضدهم، على الرغم من بيانات مجلس الأمن الدولي وبعثة يونامي في العراق الراضية لاستخدام العنف إلا أنّ الشباب المنتفض ما زال يعتقد أنّها وقعت إلى جانب النظام السياسي على حساب حقوقه وأحلامه وعلى الرغم من دعم النظام السياسي القائم في العراق لكن سرعان ما انقلبت أطراف متنفذة في النظام السياسي القائم، على الأمم المتحدة وبعثتها في العراق لمجرد أنّها خسرت في انتخابات 2021 التي دعمتها وراقبت تنفيذها ورحبت بنتائجها، حيث اتهمت هذه الأطراف الأمم المتحدة بتزوير الانتخابات لصالح جهات خارجية على الرغم من النفي المتكرر من قبل الأمم المتحدة؛ لهذه الاتهامات لكن المحكمة الاتحادية العليا قطعت الشك باليقين وصادقت على نتائج الانتخابات وردّت دعوى إلغاء نتائج الانتخابات<sup>(1)</sup> التي قُدمت من بعض الأحزاب السياسية.

## أولاً: النتائج

خُصت الدراسة إلى عدد من النتائج على نحو التالي:

- العلاقة التي تربط بين الأمم المتحدة والعراق كانت متطورة لكن الخلافات بين الأنظمة السياسية التي حكمت العراق والأمم المتحدة أسهمت إسهاماً كبيراً في تعقيدها وأدت إلى تأثر الدعم المقدم من الأمم المتحدة للبلد.
- على الرغم من عدم تفويض مجلس الأمن الدولي للولايات المتحدة الأمريكية بحربها على العراق عام 2003 إلا أنّ موقفها كان سلبياً في التعامل مع الملف من خلال التغاضي عن الجرائم التي ارتكبت بحق الشعب العراقي على الرغم مما قاله الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان عن هذه الحرب بأنها غير قانونية.
- يظهر التناقض جلياً في طريقة التعاطي والتعامل في ملف التعويضات عن الحروب حيث ألزمت الأمم المتحدة العراق بدفع 52 مليار دولار لتعويض الدمار الذي تسبب به غزو العراق للكويت عام 1990 لكن لم تُلزم الولايات المتحدة وبريطانيا بتعويض العراق عن الخسائر الكارثية التي تسبب بها احتلال الدولتين للعراق عام 2003.
- بعد مرحلة الاحتلال والشروع ببناء النظام السياسي الجديد تحوّل دور الأمم المتحدة إلى سياسي وإنساني، ويتضح ذلك من خلال تشكيل بعثة يونامي التي تركّزت مهامها على توفير الإغاثة الإنسانية وإعادة بناء العراق وإعادة إنشاء مؤسسات وطنية وتقريب وجهات النظر بين الأطراف السياسية الحاكمة لكن على أرض الواقع الوضع الاقتصادي ازداد سوءاً ومؤسسات الدولة لم تُبْنِ بشكل صحيح والخلافات والصراعات بين الأطراف السياسية تعمقت، وهذا يعني أن جهود البعثة لم تتجح بالشكل المطلوب والمرجو.
- كانت الأمم المتحدة حريصة على مساعدة العراق من أجل تجاوز أزمة سيطرة داعش الإرهابي على ثلث مساحة العراق والتبعات المأساوية لهذه السيطرة من خلال إصدارها قرارات أممية صارمة تحجم نفوذ التنظيم مالياً وملاحقة عناصره دولياً وتقديم المساعدات اللازمة للعراق.

(1) هذا ما ورد على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، تاريخ الزيارة، 2021/12/27،  
<https://www.iraqfsc.iq/news.4767>

- نظرة غالبية الشعب العراقي وخاصة في فترة تظاهرات تشرين عام 2019 تجاه الأمم المتحدة كانت سلبية بسبب مواقفها التي كانوا يعتقدون أنها وقفت فيها إلى جانب النظام السياسي على حساب مصالح العراق.
- دعمت الأمم المتحدة الانتخابات العراقية التي جرت في 10/10/2021 ورحبت بنتائجها على الرغم من اعتراض كتل وأحزاب سياسية على النتائج واتهام الأمم المتحدة وبعثة يونامي بالتزوير إلا أن إصرار الأمم المتحدة على الاعتراف بالنتائج ورفض الاتهامات يعني أن الأمم المتحدة تعي جيدا خطورة الوضع والانسداد السياسي الذي يعيشه العراق خاصة بعد تظاهرات تشرين 2019 وتحاول إخراج البلد من هذه الأزمات ووضع خارطة طريق تسيير به إلى بر الأمان.

### ثانياً: التوصيات

- تتمنى الباحثة تحقيق العدالة عن طريق تطبيق القرارات الأممية على جميع الدول الأعضاء بغض النظر عن مدى قوتها ونفوذها وخاصة الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي وعدم الرضوخ لضغوطاتها لأن الرضوخ يعني عدم تحقيق الهدف الرئيس الذي تأسست من أجله وهو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.
- تتمنى الباحثة من الأمم المتحدة ضرورة التعاون مع الشعب العراقي بشكل مباشر بغض النظر عن الأنظمة السياسية الحاكمة والابتعاد عن لغة العقاب الجماعي كما جرى عندما فرضت الحصار الاقتصادي على العراق عام 1991 لأن دور الأمم المتحدة مرتبط بالأساس بالشعوب التي تحاول حمايتها من شبح الحروب والمجاعات.
- تتمنى الباحثة تعويض العراق عن احتلال الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا له أسوة بقرارها الذي قضى بتعويض الكويت عن غزو عام 1990 لأن المنطلق الذي استندت عليه الأمم المتحدة وهو الخسائر الناجمة عن هذا الغزو، ينطبق على العراق الذي انهارت مؤسساته المدنية والعسكرية والخسائر المهولة في الأموال والأرواح بسبب هذا الاحتلال.
- تتمنى الباحثة من الأمم المتحدة التعامل بحزم واتخاذ قرارات صارمة بحق المسؤولين عن تدمير اقتصاد البلد وسرقة أموال البلد وإشعال الحرب الطائفية وفرض عقوبات عليهم لأن العراق وقع عام 2004 على اتفاقية الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بمكافحة الفساد على النطاق الدولي وهي أول صك مكافحة فساد دولي ملزم قانوناً لذلك من الناحية القانونية من واجب الأمم المتحدة التحرك على هذا الملف وعدم الخضوع للضغوطات السياسية والتركيز بالمرحلة المقبلة على معالجة الأزمات الاقتصادية التي يعيشها العراق.
- تتمنى الباحثة تطبيق روح القانون الدولي والالتزام بمبادئ الأمم المتحدة القائمة على الحفاظ على السلم والأمن الدوليين لكن بما يضمن الحفاظ على سيادة الدول وعدم التجاوز عليها لأنه وفق ميثاق الأمم المتحدة لا يحق لأي دولة التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر لأي سبب كان في الشؤون الداخلية والخارجية لأي دولة أخرى.



## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً- الكتب:

- الراوي، حميد (2019) الأمم المتحدة بين الإصلاح وتدني المسؤولية القانونية والأخلاقية، ناشرون وموزعون، عمان
- الراوي، حميد (2019) العدوان الأميركي على العراق وموقف المنظمات الدولية، ناشرون وموزعون، عمان
- أمين، نشأت عزت(2013)مسؤولية الأمم المتحدة عن احتلال العراق والآثار المترتبة عليه، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي.
- بجك، باسل يوسف (2006) العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي (1990-2005) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت
- سبونيك، هانز (2005) "تشريح العراق... عقوبات التدمير الشامل التي سبقت الغزو" مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت
- سيمونز، جيف(2004)استهداف العراق:العقوبات والغارات في السياسة الأمريكية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت

### ثانياً- الرسائل الجامعية:

- الجبوري، خلف رمضان محمد (2009) بحث محكم، الشرعية الدولية والموقف من احتلال العراق، مجلة الرافدين للحقوق، نينوى
- السرحان، حسين أحمد(2016) التسوية الوطنية في العراق ضرورة وطنية أم ضرورة سياسية؟.مركز الدراسات الاستراتيجية، العراق
- مركز البيان للدراسات والتخطيط (2016)المصالحة الوطنية إلى أين؟ (دراسة مقارنة)، سلسلة إصدارات مركز البيان للدراسات، بغداد

### ثالثاً- المجالات:

- مجلة رسالة البعثة (2016)المكتب الإعلامي لبعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق

### رابعاً- الاتفاقيات الدولية والقوانين:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب سنة 1984
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
- دستور جمهورية العراق لسنة 2005

### خامساً- قرارات مجلس الأمن الدولي:

- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (667)لسنة1990
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (674)لسنة1990
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (686)لسنة1990
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (687)لسنة1991

- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (689) لسنة 1991
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (806) لسنة 1993
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1368) لسنة 2001
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1373) لسنة 2001
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1441) لسنة 2002
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1483) لسنة 2003
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1500) لسنة 2003
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1490) لسنة 2003
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1546) لسنة 2004
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1770) لسنة 2007
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2367) لسنة 2017
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2107) لسنة 2019
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2576) لسنة 2021
- قرار مجلس الأمن الدولي رقم (2621) لسنة 2022

#### سادساً- المراجع الأجنبية:

- MacAskill, Ewen; Borger, Julian (2004-09-16). "Iraq war was illegal and breached UN charter, says Annan". the Guardian What Happened to Saddam's Weapons of Mass Destruction?- Arms Control Association. September 2003

#### سابعاً- المراجع الإلكترونية:

- الموقع الرسمي للأمم المتحدة (وقائع الأمم المتحدة):  
<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20384>
- الجصاني، عبد الواحد (2008) كيف ومتى يستطيع العراق المطالبة بتعويضات الاحتلال الأمريكي له؟ اللجنة العربية لحماية حقوق الإنسان، بيروت، <https://achr.eu/old/art512.htm>
- الموقع الرسمي لقناة الجزيرة: <https://www.aljazeera.net/>
- المنظمة الدولية للهجرة: <https://iraq.iom.int/news>
- الموقع الرسمي لبعثة يونامي في العراق: [www.uniraq.org](http://www.uniraq.org)
- الموقع الرسمي لبعثة يونامي في العراق على تويتر  
<https://twitter.com/UNIraq/status/1451651932754432005/photo/1>
- لقاء رئيس وزراء العراقي الأسبق نوري المالكي على اليوتيوب:  
<https://www.youtube.com/watch?v=rVdOdY5YQGI>
- الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق: [/https://www.iraqfsc.iq/news.4767](https://www.iraqfsc.iq/news.4767)

## الإسلاموفوبيا: التمييز ضد المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية

معتصم محمد عودة الغزو\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.08](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.08)

تاريخ استلام البحث 2022/03/23.

تاريخ قبول البحث 2022/06/28.

\* قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، الاردن.

\* للمراسلة: [Motasem\\_alghazo@hotmail.com](mailto:Motasem_alghazo@hotmail.com)

### الملخص

لا شك أن التمييز ضد المسلمين كان متواجداً في الولايات المتحدة الأمريكية منذ العديد من العقود كأي أقلية أخرى، إذ كانوا عبيداً في البداية ومن ثم كان التمييز وما زال ضدهم في العديد من جوانب الحياة كالتعليم والعمل والمشاركة في العمل القانوني في المحاكم. كما وقعت العديد من الأمور التي أدت إلى تصاعد التمييز ضد المسلمين وخلق مصطلح "إسلاموفوبيا"، والذي يعني الخوف من الإسلام أو التحيز ضده، كما كانت النساء المسلمات دائماً ضحية هذا التمييز، وبالأخص بعد هجمات الحادي عشر من سبتمبر لعام 2001. وعلى الرغم من أن التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة يضمن حرية التعبير وحرية ممارسة الأديان، إلا أن المحاكم قد فشلت في حماية حق المرأة الذي يكمن في ارتداء الحجاب، بسبب سوء فهم الضرورة الدينية التي تفرض ارتداءه. كما تعرضت النساء المسلمات أيضاً للتمييز في مجالات أخرى كالتوظيف في المجالات المختلفة، على الرغم من حظر التمييز في العمل وبالأخص بعد إقرار قانون الحقوق المدنية في عام 1964، والذي حظر على صاحب العمل رفض توظيف أو اتخاذ أي إجراء يتعلق بأمور العمل، بانياً قراره على أساس ديني بحت.

الكلمات الدالة: تمييز، مسلمين، تعليم، توظيف، حجاب، إسلاموفوبيا.

## Islamophobia: Discrimination Against Muslims in the USA

Mo'tasem Mohammad Al Ghazo\*

\* Department of Law, Faculty of Law, Al-Zaytoonah university of Jordan, Jordan.

\* Corresponding author: [Motasem\\_alghazo@hotmail.com](mailto:Motasem_alghazo@hotmail.com)

Received: 23/03/2022.

Accepted: 28/06/2022.

### Abstract

Muslims have been discriminated against as any other minority in America for many decades, by being slaves at first and discriminated against in many life aspects such as education, work, and the ability to participate in the legal process in the courtrooms. Many incidents occurred where discrimination against Muslims escalated and the term "Islamophobia" was created which means the fear of, hatred of, or prejudice against Islam. Muslim women were always the easy target of this discrimination, especially after September 11 attacks. Although The Free Exercise Clause of the First Amendment of the United States Constitution guarantees free speech and the free exercise of religion, courts have failed to protect women's right to wear hijab due to misunderstandings about the religious necessity of hijab. Muslim women were also discriminated against in other areas such as employment in different fields, although employment discrimination is forbidden especially after passing the civil rights act in 1964, which made it unlawful for the employer to suspend or refuse to hire or perform any other activity solely based on religion.

**Keywords:** Discrimination, Muslims, Education, Employment, Hijab, Islamophobia.

## **I. Introduction**

It is a fact that Muslims have been discriminated against in so many life aspects for a long time and still suffer from this horrible phenomenon. This discrimination has made people suffer even if they stay locked up in their houses. Families suffer when they send their children to schools, women suffer everywhere if they were hijab, men suffer from being called terrorists if they have a beard and for the way they look, and every Muslim suffer from the way people react when they know about his/her religion.

It is important for those who suffer from this phenomenon to go to courts and seek justice so that precedents will be created and hopefully in favor of those who cannot enjoy peace of mind and normal life without being harassed or hated without being known.

### **The problem of the Study**

The main problem is to find out how deep discrimination is in the US by answering the following problems:

- Which fields do Muslims suffer the most from discrimination?
- Does gender play a role in escalating this discrimination?
- Did courts stand for Muslims who suffered from such discrimination and were there any judicial precedents relating to this problem?

### **Objectives of the Study**

Studying the difference in Muslims' treatment before the attacks of 09/11 and afterward.

- Discussing the discrimination that women suffer in employment and education.
- Casting a look at the contradiction between what is written in the US constitution and what is happening in real life, especially with Muslim women.

### **Importance of the Study**

It is important to defend people no matter what their religion, race, or color is. Muslims all around the world deserve to be respected, and not treated according to some minorities' horrible acts. Islam was and still is a great nation, which treats people kindly and respectfully, since Islam's holy book, Al Quran, commands them to do so and to believe in the one God, who creates every human being equally and without giving preference to any Muslim at the expense of the other. It is also important for everyone to know how Muslims get to be treated in the US, the country that calls for human rights to be legislated and recognized in all world countries. This study deals with some of the many discriminations in the US, and not only Muslims suffer from, but a lot of other people who are not white Americans, and only because they are different from what Americans believe is right.

### **Methodology of the Study**

This paper will discuss the history of Muslims in the United States in two parts. The first part is about how they first came, and how they were treated in the past. It will also discuss the changes that occurred after the attacks of 09/11. The second part will discuss the occurrences where Muslim women were discriminated against because of their religion and the way they

dress, and the focus will be on women since they are the group that faces most of the hardships. This part will talk about how women were discriminated against in employment, education, and other areas. The focus will be on the first and the fourteenth amendment of the US constitution, title VII of the civil rights act, and counterarguments to the related court decisions.

## II. History of Islam in America

### • Before September 11, 2001:

The history of American Muslims goes back more than four hundred years. The first arrival of Muslims in America occurred in the 17th century with the arrival of slaves from Africa where almost a quarter of them were Muslims. Muslims also came from Spanish colonies. Although enslaved people were denied freedom of religion, many did practice their faith in secret and pass it on to their children. The Founding fathers considered the Muslims living in the US and sought to include Islam as they established the principles of religious liberty (The Religious Freedom Education Project of the First Amendment Center and the Interfaith Alliance Islamic Understanding American Muslims in the United States, n.d.).

Back then, before the ratification of the constitution, Jefferson, while campaigning for religious freedom in Virginia, demanded recognition of the religious rights of Muslims among other religions. The founding fathers also discussed the issue that a Muslim can probably become a president in the future at a state convention in North Carolina in 1788, where some of the participants opposed the ratification because of article six of the constitution, which states that no religious test is needed for holding a governmental position, which allows a Muslim to become president one day. The constitution was ratified after all, and that clause stayed. The next significant wave of Muslim immigrants began in the mid-19th century. During the late 19th century until the 1920s, large numbers of Arabs, mostly from Lebanon and Syria, arrived in the United States, where many of them were Muslims. In this period, and until the 1930s, African Americans also began to embrace Islam in response to the radical dislocations and racism they experienced before and during the Great Migration (the movement of disenfranchised southerners to industrial regions in the North). During this period, many organizations have been established supporting Islam, especially between 1910 and 1920, where it was called Marcus Garvey's Negro World, who was a charismatic Black leader who organized the first important American Black nationalist movement and was the president of the United Negro Improvement Association (UNIA) that was established in New York in 1914, that first popularized the link between Pan-Africanism and Islam. Several of these African American Muslim associations would go on to have a significant impact on the face of Islam in America by promoting the idea of Islam as a lost part of Black African heritage. Other organizations were created during this period, such as the Nation of Islam, which was established by W.D. Fard in 1930 (who disappeared from public records in 1934) and helped lay the groundwork for the emergence of Islam as an influential part of the Black Power movement and the broader civil rights movement of the 1950s and '60s. In 1924, the US Congress passed the National Origins Act, which restricted immigration from Asia and other Muslim-sending regions and thus stemmed the flow of new Muslim arrivals. Many Americans know the story of how the shared experiences of World War II helped lead African Americans to demand equal rights that recognized their role in defending the country during the war. It turns out a similar phenomenon happened with Muslim Americans as well — and the two communities, at this point in American history, overlapped considerably. After the passage of the Immigration and Nationality Act of 1965, greater numbers of Muslims began migrating to America along with many other immigrants with diverse backgrounds. The change in immigration laws allowed highly skilled professionals to enter the U.S. Many Muslims who

came during this period were from the Middle East and South Asia (India, Pakistan, and Bangladesh). After they arrived in 1965, the treatment of Muslim Americans was shaped by a series of geopolitical encounters between the United States and various Muslim nations. In 1967, the Six-Day War, a significant event in the ongoing Arab-Israeli conflict, brought negative portrayals of Arabs into the American media and fed into the worst stereotypes about Islam. The 1970s oil embargo against the United States further exacerbated harsh views of Muslims and the Middle East. Long gas lines angered Americans, and Muslims in the United States felt the brunt of their rage. At the end of the decade, the Iranian Revolution and the US hostage crisis would captivate the world and provide yet another instance of "violent" Islam's clash with the West (Williams, 2017).

Gradually, Islam became to feel a bit more familiar in American life. Senate and millions of immigrants began arriving on America's shores toward the end of the 19th and especially the early 20th centuries, where Muslim immigrant communities in America started to establish small, local community organizations across the country. The Immigrants included tens of thousands from Muslim-majority countries in the Middle East, South and Central Asia, and Eastern Europe. They were spurred in part by the Industrial Revolution that erupted once America finally emerged from the ashes of the Civil War and Reconstruction era. As the 20th century progressed, Muslim immigrants who had already arrived on America's shores, as well as the African Americans who had connected with the religion (or, in perhaps some cases, reconnected with long-lost Muslim roots), began playing a much more active role in American politics and society. Today, we rightly remember and commemorate the role of Christian leaders, most famously Martin Luther King Jr., in the civil rights struggle. But Islam played a role as well, especially during the Civil War, where Muslim Americans fought and died in World War II and Vietnam, and Over 15,000 Arab Americans, some of whom were Muslim, fought for the U.S. in North Africa, Europe, and Asia during the Second World War.

#### • **September 11, 2001, and the Terrible Aftermath:**

The terrorist attacks of September 11, 2001, were a watershed moment in the history of Islam in America. The largest attack on American soil since the bombing of Pearl Harbor in 1941 had been conducted by extremists acting in the name of Islam. It changed the nature of Muslim relations in the United States, and it opened a debate that is rarely acknowledged but is still going over whether Muslim Americans are accepted as equal citizens. Although Muslim religious leaders and organizations in the United States and around the world immediately denounced the attacks as un-Islamic, many Americans began to fear, distrust, and even hate their Muslim neighbors. The FBI reported a major increase in anti-Muslim hate crime incidents in 2001. For their part, Muslim Americans tried to reassure their fellow Americans that they were as peaceful and patriotic as any other red-blooded American. After that, across the country, mosques and Islamic centers flew the American flag and opened their doors to non-Muslims. Muslims sought to educate their non-Muslim neighbors about Islam and reassure the public about their loyalty to the United States and their love of the American dream. Many Americans visited mosques for the first time, often attending information sessions on Islam in which Muslim leaders explained that Islam is a peaceful religion that does not condone terrorism.

The 9/11 attacks, as well as the subsequent wars in Iraq and Afghanistan, also bred American interest in Islam and the Middle East in academia and government. As college courses, news specials, documentaries, and books proliferated, millions of Americans became educated about the religion, people, traditions, and historical lands of Islam.

Unfortunately, this increased appetite for knowledge about Islam also opened the door for the emergence of the "Islamophobia industry," as it is sometimes known. Individuals with anti-Muslim agendas published books, quasi-academic journals, and articles; established websites, blogs, and nonprofit "research" institutes; and appeared on cable news shows to spread the "truth" about Islam, which they portrayed as violent, sinister, and un-American. Though purporting to be "experts" on Islam, these individuals presented heavily biased and often factually inaccurate information to the public that often veered into outright bigotry and conspiracy theories.

Many Americans tend to accept the hateful, violent vision of Islam presented by these experts. This distorted understanding of Islam took root in many pockets of American society, helping lay the groundwork for the climate of fear and hatred of Muslims.

The term "Islamophobia" gained its first notoriety in 1997 and is defined as the unfounded hostility towards Islam, but after the 09/11 attacks, the hostility was provoked against Muslims, and it represented the start of the second reification of Islamophobia in America. Shortly after 9/11, the federal government enacted a corpus of legislation targeting Muslims and Arabs in the Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 ("the PATRIOT Act"). The new legislation granted wide-sweeping authority to the federal government to limit personal freedoms to conduct its War on Terror. This authority included, inter alia, authorization for unilateral executive detention, various privacy invasions in the public and private sphere, and warrantless wiretaps. In addition, the government launched two costly wars in Afghanistan and Iraq. Relying on the legitimate uncertainty at the time, lawmakers and media pundits directed the nation's fear of another attack toward Muslims and those who had physical "Muslim" characteristics, to convince the public that such measures were both valid and necessary to prevent another terrorist attack. The 09/11 attacks also transcended political affiliation, one prominent conservative columnist, Ann Coulter, wrote on September 12, 2001, "We should invade their countries, kill their leaders, and convert them to Christianity. We were not punctilious about locating and punishing only Hitler and his top officers. We carpet-bombed German cities; we killed civilians. That's war. And this is war." Politicians, too, appeared to be competing as to who could look strongest on national defense. Attorney General John Ashcroft, one of the most vociferous critics of Islam in public office at the time, said, "Islam is a religion in which God requires you to send your son to die for him. Christianity is a faith in which God sends his son to die for you." In a speech to the U.S. Conference of Mayors, he stated: "Let the terrorists among us be warned: if you overstay your visa--even by one day--we will arrest you. If you violate a local law, you will be put in jail and kept in custody for as long as possible. We will use every available statute. We will seek every prosecutorial advantage."<sup>101</sup> Senator Saxby Chambliss, a Republican Senator from Georgia, went even further, stating that homeland security would be improved by turning the sheriff loose to "arrest every Muslim that comes across the state line." This was a clear message that politicians were provoked and were trying to enhance the movement toward treating Muslims in America more strictly, as they considered the attack something that represents all Muslims, and all of them must take responsibility for them, even if they have nothing to do with them, as long as they are Muslims, they should be held responsible. Perhaps the most notorious and destructive comment was President Bush's description of the War on Terror as a "crusade," a statement that outraged Muslims around the world and led to intense damage control efforts on the part of the White House. The comment nonetheless suggested that the collective enemy was Islam, and further, to some Muslims, it engendered strong notions of the Middle Ages when Christian armies embarked on numerous battles with an expressed goal of conquering Muslim lands. According to one poll, less than half of the respondents during the period shortly after 9/11 believed that American Muslims

were loyal to the United States. In one particularly troubling Gallup Poll shortly after 9/11, one-third of respondents supported such drastic measures as the internment of Arab Americans or the special surveillance of Arabs living in the United States. This biased public perception was no doubt a necessary precursor to the large-scale encroachment on civil liberties that targeted American Muslims in the following months and years (Ali, 2012).

### **III. Discrimination Against Muslims in America:**

Muslims, as stated above, have been living in the United States for an awfully long time, a lot of them were African Americans, and for this exclusive group, they were discriminated against because of their religious beliefs other than their color or their origins. In addition, Muslim women have been suffering due to the way they dress and because of wearing hijab, and these women will be the focus of the following discussions.

#### **• Employment Discrimination Against Muslims:**

Federal laws do not prohibit all kinds of employment discrimination; however, congress passed some laws proscribing this kind of discrimination. The first modern statute was passed by congress in 1963, the Equal Pay Act, which made it unlawful to pay workers of one sex at a rate different from that paid to other sex if they perform the same duties. In addition, the most important act that was passed was the 1964 civil rights act, which included eleven titles, including title seven, which prohibited employment discrimination based on race, color, sex, religion, and national origin, which means prohibiting discrimination against Muslims (Brooks, 2011).

In 1972 Congress amended Title VII of the Civil Rights Act of 1964 to add as a distinct obligation of employers the duty to accommodate the religious practices of employees to the extent that they can do so without undue hardship. Since Congress did not define either the terms "reasonable accommodation" or "undue hardship" there has been considerable litigation interpreting these terms, the bulk of which has involved applying the duty of reasonable accommodation and another focus of litigation has been the right of employees to wear clothes or beards for religious reasons, such as women wearing Hijab (American law reports, n.d.).

Many cases have the issue of discrimination violating title seven of the civil rights act. An example is the case of *E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc*, in this case, a woman named Elauf applied for a job with Abercrombie & Fitch, which operates several lines of clothing stores. The company's "look policy" prohibits employees from wearing "caps," without defining that term and the applicant was a practicing Muslim, who wears Hijab. The employer refused to hire the woman, because of her Hijab, although she was approved when on her interview for the job, and the only concern was her hijab, which they believed was a conflict with the dress policy. The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) filed suit on Elauf's behalf, alleging a violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, which, inter alia, prohibits a prospective employer from refusing to hire an applicant because of the applicant's religious practice when the practice could be accommodated without undue hardship. The EEOC prevailed in the district court, but the circuit court reversed on the ground that liability only attaches when the applicant provides the employer with actual knowledge of her need for an accommodation (*E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores*, 2015).

Title seven of the civil rights act prohibits two categories of employment categories as it is unlawful to either, refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise discriminate against any individual concerning his religion, or, to limit, segregate, or classify his employees



or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's religion. The Supreme Court of the United States held that an applicant only needs to show that her need for an accommodation was a motivating factor in the employer's decision. The court explained the word "because of" in title seven and explained that the term is relaxed in this context, and the act prohibited also the motives regardless of the employer's knowledge, unlike the term used for example in the Americans with Disabilities Act of 1990, which explicitly stated "reasonable accommodations to the known physical or mental limitations". The court added that Congress defined "religion," for Title VII's purposes, as including all aspects of religious observance and practice, as well as belief. Thus, religious practice is one of the protected characteristics that cannot be accorded disparate treatment and must be accommodated. This was fair treatment by the court, which prohibited any employer from refusing to hire anyone based on his religious beliefs or practices, which is believed to be the essence of the act, not to add anything to it when courts interpret it so that employers can argue something was not intended by the congress when it passed such act. In addition, even if there was a policy that prohibits a certain look in a certain type of employment, the policy itself should be held a violation of title seven. It is understood that there is employment that requires a specific dress code, like women working for modeling and other similar jobs, but in places where employment does not require such practices, there should be no restrictions on women's dress codes other than being "well dressed" and fit with common standards. Wearing the hijab does not undermine a woman and does not reflect something specific in her personality or respect for others, but on the contrary, other religions require certain dress codes for women, because it is more respectful and more elegant for a woman to stick with a certain dress code.

Mormons for example, have a remarkably similar dress code for women and state that "Prophets of God have continually counseled His children to dress modestly. When you are well-groomed and modestly dressed, you invite the companionship of the Spirit, and you can be a good influence on others. Your dress and grooming influence the way you and others act. Never lower your standards of dress. Do not use a special occasion as an excuse to be immodest. When you dress immodestly, you send a message that is contrary to your identity as a son or daughter of God. You also send the message that you are using your body to get attention and approval. Immodest clothing is any clothing that is tight, sheer, or revealing in any other manner" (Corinthians 3:16–17, Book of Mormon). This is an exceptionally good illustration of how women should be dressed modestly, and by doing so, this will not make people think that the woman is undermined, or not given her full rights, but treated as a precious human being.

Moreover, in the case of *E.E.O.C. v. GEO Group* (C.A.3 (Pa.),2010), The Equal Employment Opportunity Commission ("EEOC") appeals from the decision of the District Court granting the summary judgment motion of the defendant, the GEO Group, Inc. ("GEO"). GEO is a private company that was contracted to run a Correctional Facility (the "Hill Facility"). The EEOC filed its complaint according to Title VII of the Civil Rights Act of 1964, on behalf of a class of Muslim women employees, alleging that GEO violated Title VII's prohibitions on religious discrimination when it failed to accommodate the class members by providing them an exception to the prison's dress policy that otherwise precluded them from wearing Muslim head coverings called khimars at work, as the dress policy that provided that "no hats or caps will be permitted to be worn in the facility unless issued with the uniform ... documentation Only items approved by the Warden will be authorized.", on the ground that this was to prevent the introduction of contraband into the prison facility and to avoid misidentification. GEO moved for summary judgment, arguing in part that a deviation from its policy would cause it an undue hardship by compromising its institutional interests in security and safety. The Circuit court in this case held that the prison has an overriding responsibility to ensure the safety of its prisoners, its staff, and visitors and that the prison officials have the

unenviable task of preserving order in difficult circumstances. It also held that they relied on the supreme court decision in the case of *Bell V. Wolfish*, where the Supreme Court cautioned the federal courts to make only limited inquiry into prison management because of “the wide range of ‘judgment calls’ that meet constitutional and statutory requirements are confided to officials outside of the Judicial Branch of Government.” The Court then decided that it must comply with the Supreme Court’s direction that they will not substitute their judgment for that of corrections facility officials and affirmed the District Court’s order granting summary judgment to GEO (*E.E.O.C. v. GEO Grp.*, 2010). The GEO in this case argued that Wearing Khimar, which is similar to Hijab, will compromise the prison’s interests in safety and security, because there have been several occasions, where employees wearing hats participated in the contraband and delivering drugs and other violent equipment to the prisoners, so to make sure these things will not happen, and as the court stated, the prison administration must not wait for the harm to occur and then prevent it, but they can put policies to prevent these things from happening in the future. The language of title seven is noticeably clear where it stated that it is unlawful to fire an employee for religious reasons, and the legislature did not exclude some employment fields, where this act will not be applicable. Also, the three employees who were told to stop wearing their Khimar to comply with the prison’s new policy did not have any history of violations or any attempt to deliver drugs or any other things to prisoners. The idea of wearing hijab or khimar is for purely religious reasons, and women who respect their religion cannot by default commit such violations. Delivering drugs can be done in many certain ways, especially for women, and in prisons, there are many ways where employees can be searched, and the woman who can smuggle drugs in her “Hijab,” can contraband drugs in her inside clothes. The GEO also argue that one of the women contended with wearing a piece of cloth that cover her hair only, but religious practice cannot be defined from an individual perspective, and the court did a good job when it declined to comply with the GEO argument, and stated that “We are unwilling to delve into any matters of theology, and will therefore decline GEO’s invitation to decide on our own what might constitute a reasonable substitute for a khimar under the Islamic faith”.

Furthermore, the EEOC argued that GEO made neither a genuine attempt nor a reasonable offer of, an alternative method for accommodating the wearing of the khimar, which is the very least that GEO can do. Even if there is a high significance on the issue of the safety of the correctional facility, and maintaining peace inside of it, all entities must comply with the provision of the civil rights act and figure out something to help these women. It is always justified to choose what is called in criminal law, the lesser evil, but as mentioned in the case, none of these women have ever violated or even attempted to do any criminal activity within their employment term in the prison. Also, as stated in the new prison’s policy, the warden can authorize some of the employees to wear hats or caps, and it is believed that giving such exception to these three women will be fair, and it could be done in a contingent way, as if there was an instant where drugs or any other smuggling happened from the outside to the inside of the prison, these women will be the first to be questioned. This way, all these Muslim employees will understand that they were authorized to practice their religion by wearing their hijab, and at the same time, they must comply with a high standard practiced by the prison. Moreover, the GEO argued that the costs that it would incur were it to adopt the accommodation requested by the Muslim employees of allowing them to wear khimars would cause an undue burden on prison resources, and the court agreed in part and stated that adopting the proposed procedure would necessarily require some additional time and resources of prison officials. This is very unconvincing, because the same procedures taken to search any other employee, will be the same as searching a Muslim employee wearing hijab since the hijab is only a dark piece of cloth that covers the woman’s head, neck, and part of her chest, not a steel helmet where no electronic method can detect what is underneath. This case occurred after the

civil rights act has passed, and even if it was a facility that requires elevated levels of security, employers cannot put policies that violate this act and discriminate against some religious practices and then justify these violations for some other standards. There was no single evidence that showed these women ever violated any law, and neither was there any precedent where Muslim women were using their hijab for an insincere purpose. In addition, another way to find alternatives to such policies is to look for other countries, especially Islamic countries, where many employees in correctional facilities are women and wearing Hijab, and no contraband has happened due to the effective measures taken by these prisons, without asking these women to take off their Hijab (E.E.O.C. v. GEO Grp, 2010).

### • **Discrimination Against Muslims in Education:**

Although there is almost no case law about discrimination against Muslims in education, there were a lot of incidents, where Muslim women were banned from wearing hijab, including students and teachers, and none of them were tried in courts. The first amendment in the US constitution provides that Congress makes no law respecting an establishment of religion or prohibiting its free exercise. It protects freedom of speech, the press, assembly, and the right to petition the Government for a redress of grievances, and one of the significant practices of Islamic religion for women are wearing the hijab. On September 11, 2003, an 11-year-old Muslim girl was suspended for the second time from the Ben Franklin Science Academy in Muskogee, Oklahoma, for wearing hijab. The school officials based the suspension on the school's dress code aimed at preventing gang-related activity by prohibiting hats and other head coverings. A month later, the student was finally allowed to return to school wearing her hijab, and the school changed its dress code to allow students to wear hijab and other religious head coverings. This dress code change occurred because of a negotiated six-year settlement agreement between the school district and Justice Department which was filed in the United States District Court in Oklahoma. Similar incidents occurred in other states, such as the West Jefferson High School in Louisiana, where a teacher pulled on the hijab of a 17-year-old student but was later discharged from the school and the case did not go to court. Such occurrences must not be ignored, as the school must take responsibility for the teacher's action, as this is not only a case where one of the employees, and accordingly the school itself, violated the first amendment of the constitution, but also assaulted a young girl, solely on the ground that she is Muslim and wearing Hijab. Another case where a woman was banned from wearing a hijab was at the elite Marine Academy of Science and Technology ("MAST") and was unable to attend the school because MAST would not permit her to wear hijab. The MAST program requires the students to wear uniforms supplied by the United States Navy twice a week. It was later suggested by the MAST that Mona wear a bandana or wig to hide her hair, however, it was later deemed unacceptable because it was still partly visible under her hat. The principal then told her that the bandana violated the regulations from the Department of the Navy, even though the academy permits yarmulkes, the skullcaps worn by Jewish men, to be worn, but no similar exceptions were made for the hijab (Abdo, 2008). The standard that should be understood of the equal protection clause is that all persons must be treated equally and giving one exception to Jewish people and not doing the same for Muslims, is a clear violation of the equal protection clause. MAST found that the woman lacked respect for the college uniform, but not for the Jewish who was given an exception to wear the skullcaps. The problem in these cases is that they never go to courts, even though when compared to other forms of segregation, for example between men and women, one can argue that what MAST did was a clear violation, when they gave an exception to Jewish and not to Muslims, and this is similar to what happens for example in the VMI case, where the court held that the Virginia Military school is required to provide an exceedingly persuasive justification for policies that discriminate against women. It also stated Virginia has not shown an exceedingly persuasive justification for excluding all

women from VMI's leadership training, and the same can be said if there was a MAST case, where there was no justification for banning the hijab. VMI in their case fell short of establishing the exceedingly persuasive justification required for a sustainable gender-based classification, and the argument that was made by MAST is that hijab was disrespectful to the academy uniform, which if told in court, will be found exceedingly unpersuasive.

In addition, some states have statutes that prohibit teachers from wearing hijab in public schools, which is a clear violation of the First Amendment, which made it unlawful to prohibit the free exercise of religion. In 1985, Oregon had a statute prohibiting teachers in public schools from wearing any religious dress while performing their duties, and whoever violates this statute, shall be suspended from employment. A case was tried according to a violation of this statute, where a woman called Janet Cooper, who was a teacher in the Eugene public school, started wearing hijab and some white religious clothes, and faced suspension from the school because she violated the above-mentioned statute. In the case of *Cooper v. Eugene School Dist. No. 4J, 76 Trapp. 146 (Or.App.,1985)*, the court held that affirmed that the teacher violated the statute, based on the ground that by wearing religious clothes, the teacher will give the impression that the school supports the teacher's beliefs. The court added that the teacher has the right to practice her religion, however, this cannot be done at the expense of impliedly showing that the school supports her religion (*Cooper v. Eugene Sch, 1986*). In this case, the appellate court did not argue whether the school violated the first amendment by banning the teacher from wearing hijab, but the constitutionality of the sanction that was imposed by the school on the teacher. Many Christian teachers wear a cross while performing their duties, and many Jewish have the stars of David, however, there was no case law prohibiting these teachers from doing so. Islam has the Hijab as a religious symbol, and as noted, woman practice Islam by wearing it, so if the constitution state that all persons must be treated equally, and no one shall be denied the free practice of his/her religion, a woman should not be deprived of their right of wearing hijab. A Jewish teacher wearing a necklace with a David star does not give the impression that the school supports his religion; neither does a Christian teacher with a cross around her neck give the impression that the school supports Christianity. These actions cannot be justified on these grounds because this shows nothing but a clear manipulation and hypocrisy, and a clear message that when it comes it Muslims, a different treatment shall be imposed. The preamble of the US constitution starts with "We are the people of the United States," it does not say Christians or Jewish or any other religion, it is generalized because all persons, no matter what their beliefs are, form this great nation, not segregated, and not divided due to their religions. The Supreme Court in this case has failed to recognize the difference between living in a pluralistic society, where teachers from various backgrounds can adhere to their religious beliefs, and teachers proselytizing in public schools. A teacher with religious or ethnic dress may be more neutral in the classroom than one who wears no physical indication of their religious beliefs. Instead, the court differentiated between the types of religious items that may be permissible in the classroom (Abdo, 2008).

The court held that "dress which is worn because of its religious importance to the teacher and conveys to children of the age, background, and sophistication typical of students in the teacher's class a degree of religious commitment beyond the choice to wear common decorations that a person might draw from a religious heritage, such as a necklace with a small cross or Star of David" (*Cooper v. Eugene Sch., 1986*). What the court did is, with all respect, allowed the wearing of religious symbols like crosses or David stars, which is not mandatory by religion, and prohibited the wearing of the hijab, which is required by the Islamic religion. Court rules are well respected but should not interfere with the highest standards given by religions, not only Islam but any other religion if these religious practices are not insulting or offensive, or assaultive to others.

Another case that involved the violation of both the first amendment and title seven of the civil rights act, is the case of *U.S. v. Board of Educ. for School Dist. of Philadelphia*, in this case, a Muslim teacher called Alima Delores Reardon, had a hard time in school in working as a substitute or a full-time teacher because she had a head scarf which covered her head, neck, and bosom leaving her face visible and a long loose dress which covered her arms to her wrists. In 1984, on three separate occasions, she was denied working as a substitute teacher because of the way she dresses, and that is considered a violation of Pennsylvania's Grab statute, which was enacted in 1895, which states that "No teacher in any public school shall wear in said school or while engaged in the performance of his duty as such teacher any dress, mark, emblem or insignia indicating the fact that such teacher is a member or adherent of any religious order, sect or denomination ... Any teacher ... who violated the provisions of this section, shall be suspended from employment in such school for the term of one year ..." (United States v. Bd. of Educ. for Sch. Dist. of Philadelphia, 1990). In this case, the court acknowledged that the Cooper court held that wearing religious garb in the classroom did not violate the Establishment Clause of the First Amendment because more is needed to constitute a forbidden sectarian influence in the classroom and determined that it need not conclude on this point since an Establishment Clause claim was not brought in the suit. Nevertheless, the court prohibited Reardon from teaching while wearing a hijab because of state neutrality concerns. Thus, like Cooper, the court rejected Reardon's right to wear a hijab even though it did not find that accommodating her religion would violate the Establishment Clause. Although the case was brought under a violation of title seven, the court focused on the first amendment. This was a clear violation of title seven, as the teacher was only suspended from being a substitute teacher solely because she was wearing a headscarf. Moreover, when congress passed the civil rights act, it made sure it was constitutional and consistent with the establishment clause, and the courts should not interpret these acts in a way that was not intended by the legislature. Justifying the suspension of Muslim teachers for wearing hijab due to neutrality reasons, and to prevent creating a hostile and religion-biased environment is like searching for a loophole inside these acts and laws that were passed for the protection of the people and to guarantee their rights.

- **Another example of Discrimination Against Muslims:**

There are many incidents where the hijab was disallowed in courtrooms. An example of this, involves Muslim jurors being disallowed in courts, and this is a clear violation of the equal protection clause in the fourteenth amendment which guarantees that juries be selected according to a nondiscriminatory criterion (Abdo, 2008). An example is the case of *People v Bennett* (N.Y.A.D. 2 Dept., July 05, 1994), in this case, one of the jurors was Muslim, and was dismissed because the prosecutor felt that her hijab showed disrespect to the proceedings. The court held that "The prosecutor stated that if a potential juror's attire were a concern to her, she would make a note of it. She did, indeed, note the potential juror's headscarf. However, she also noted that another potential juror, who was not an African American, had worn a Chicago Bulls jacket, which was enough of a concern to her to indicate it in her notes. Yet, this juror was not challenged. Another potential juror, also not an African American, had worn an earring and a tattoo, which the prosecutor noted, but he, too, was unchallenged. A third non-African American juror, was not challenged, although the prosecutor noted that he wore a hunter's shirt. There was no satisfactory reason given why these three non-African American jurors should be treated differently than the woman who wore a head scarf" (*People v. Bennett*, 1994).

However, the court did not acknowledge the problematic nature of excluding jurors based on religion, it simply stated that hijab and head scarfs should be treated as any other dress and not treated differently. The court must have realized the significance of wearing the hijab in

Islam, and that it is not only a common thing but an obligation for women with significant importance.

#### IV. Conclusion

There are several incidents where Muslims are discriminated against, especially woman, because of the hijab they wear which make it clear to anyone that these women are Muslims. Although not all discrimination cases are litigated, there should be significant scrutiny of the state courts and the supreme court to the way courts interpret the civil rights acts and the way they consider what constitutes a violation and what does not. There should be a governmental entity responsible for inspecting what statutes, which are still in force, are deemed to be unconstitutional, violative of the bill of rights, or the civil rights Act.

#### Bioblography

- the Religious Freedom Education Project of the First Amendment Center and the Interfaith Alliance Islamic Understanding American Muslims in the United States, <https://www.learningforjustice.org/magazine/publications/what-is-the-truth-about-american-muslims/american-muslims-in-the-united>.
- A brief history of Islam in America, Jennifer Williams (Jan 29, 2017), <https://www.vox.com/2015/12/22/10645956/islam-in-america>.
- Yaser Ali, Shariah and Citizenship-How Islamophobia Is Creating A Second-Class Citizenry in America, 100 Cal. L. Rev. 1027 (2012).
- Roy L. Brooks, Gilbert Paul Carrasco and Michael Selmi, The Law of Discrimination: Cases and perspectives, (2011).
- 134 A.L.R. Fed. 1 (Originally published in 1996).
- E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc., 575 U.S. 768, 135 S. Ct. 2028, 192 L. Ed. 2d 35 (2015).
- The book of Mormon, 1 Corinthians 3:16–17.
- E.E.O.C. v. GEO Grp., Inc., 616 F.3d 265 (3d Cir. 2010).
- Aliah Abdo, The Legal Status of Hijab in the United States: A Look at the Sociopolitical Influences on the Legal Right to Wear the Muslim Headscarf, 5 Hastings Race & Poverty L. J. 441 (2008).
- Cooper v. Eugene Sch. Dist. No. 4J, 76 Or. App. 146, 708 P.2d 1161 (1985), rev'd, 301 Or. 358, 723 P.2d 298 (1986).
- Cooper v. Eugene Sch. Dist. No. 4J, 301 Or. 358, 723 P.2d 298 (1986).
- United States v. Bd. of Educ. for Sch. Dist. of Philadelphia, 911 F.2d 882 (3d Cir. 1990).

## موقف المشرّع الأردني من التفرقة في المعاملة بين المدين التاجر وغير التاجر عند التوقف عن الدفع

أكثم أيمن عبدالحليم عربيات \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.09](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.09)

تاريخ استلام البحث 2022/05/16

تاريخ قبول البحث 2022/06/20

\* المجلس القضائي الاردني، الاردن.

\* للمراسلة: [Arabiyat.aktham@gmail.com](mailto:Arabiyat.aktham@gmail.com)

### الملخص

كشفت الأزمة المالية العالمية التي حدثت في عام 2008م عن قصور قوانين الإفلاس التقليدية، حيث لم يُفلح تفريد نظام خاص بالتجار المتوقعين عن الدفع، هو نظام الإفلاس، في توفير حماية كافية للائتمان التجاري، وبالتالي الاقتصاد الوطني، حيث أثبت الواقع العملي أن الضرر الناجم عن توقف غير التاجر عن دفع ديونه الذي يلحق بالاقتصاد الوطني، لا يقل عن ذلك الضرر الناجم عن توقف التاجر عن دفع دينه التجاري في كثير من الأحيان. فعَدَلَ واضع القانون عن هذا التوجه، عند سنّه لقانون الإعسار رقم 21 لسنة 2018م، وجعل العبرة بالنشاط الاقتصادي الذي يمارسه الشخص، وليس بصفته، فيطبق هذا القانون على كل من يمارس نشاطاً اقتصادياً تاجراً كان أو غير تاجر، خلافاً للوضع في ظل أحكام الإفلاس في ظل قانون التجارة (1966م) والملغاة بموجب قانون الإعسار لسنة (2018م)، التي كانت تطبق حصراً على التجار، وبذلك توسعت مظلة هذا القانون بحيث تشمل -إلى جانب التجار- بعض الفئات المدنية طالما كانت تمارس نشاطاً اقتصادياً.

**الكلمات الدالة:** الإعسار، الإفلاس، المدين، التاجر، التوقف عن الدفع.

### The Position of the Jordanian Legislator Regarding the Differentiation in the Treatment Between the Merchant and Non-Merchant Debtor when They Stop Paying.

Aktham Ayman A. Arabeyat \*

\* Judicial Council of Jordan, Jordan

\* Crossponding author: [Arabiyat.aktham@gmail.com](mailto:Arabiyat.aktham@gmail.com)

Received: 16/05/2022.

Accepted: 20/06/2022.

### Abstract

The application of a special system to merchants who stopped paying, namely, the bankruptcy system, has not succeeded in providing adequate protection for commercial credit, as the practical reality has proven that the damage caused by the non-merchant's failure to pay his debts, which affects the national economy, is no less than the damage caused by the merchant's cessation of payment. He paid his business debt more often. The author of the law changed this trend when enacting the Insolvency Law No. 21 of 2018 AD, and made the economic activity that a person engages in, not his capacity, and this law applies to everyone who engages in an economic activity, whether a merchant or not, unlike the situation under the provisions of bankruptcy in light of The Trade Law (1966 AD), which was applied exclusively to merchants, and thus expanded the umbrella of this law to include - in addition to merchants - some civil groups as long as they were engaged in economic activity.

‡ **Keywords:** Insolvency, Insolvency, Bankruptcy, Debtor, Merchant, Stop paying.

## المقدمة

لا تكاد توجد دولة اليوم، إلا وتسعى إلى رفعة اقتصادها، وجعله مناخاً آمناً لجذب للاستثمار، فهي تقدم ما تستطيع من التسهيلات لدخول مستثمرين جدد إليها، وفي المقابل، فإنها مسؤولة أيضاً عن وضع بنية تشريعية تنظم الخروج من سوق العمل، خروجاً آمناً يضمن حقوق الدائنين والتجار والمجتمع، لما لذلك من أهمية ترتبط في حماية هذا الاقتصاد<sup>(1)</sup>، حتى تتحقق الثقة في السوق تعزيزاً لاستقرار الاقتصاد<sup>(2)</sup>.

وتتباين الدول في هذه الأنظمة، حرصاً من كل دولة على إظهار سيادتها و خصوصيتها في حماية أمنها القانوني والاجتماعي، الذي يختلف بحسب المزاج العام في كل دولة<sup>(3)</sup>، والظروف المستحدثة والمستجدة فيها<sup>(4)</sup>.

فمن هذه الدول من يضع نظاماً واحداً يسري على كل من يتوقف عن دفع ديونه، بغض النظر عن صفته، ومنهم من يضع نظاماً حصرياً يسري على التجار المتوقفين عن الدفع وحدهم، وهذا هو حال المشترع في الأردن - قبل سنّ قانون الإعسار الجديد (2018م) - عن طريق تقرير نظام تهديدي وقائي، بحق التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية، وتصفية أمواله بين دائنيه، تمثل بمنظومة الإفلاس.

فذهب بعضهم<sup>(5)</sup> إلى القول بأنّ الإعسار المدني، وكذلك الوسائل المدنية لحماية الحق، لا تلائم الحياة التجارية، لعدم وجود ائتمان تجاري في المعاملات المدنية كما هو الحال في المعاملات التجارية، فكانت القاعدة عندهم، أنّ الإفلاس هو نظام خاص بالمدين التاجر، فلا يجوز شهر إفلاس من لم يكن تاجراً<sup>(6)</sup>.

(1) غانم، محمد عبد المقصود(2020م)، شرح قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، مركز الدراسات العربية، الجيزة، الطبعة الأولى، ص7.

(2) دليل الأونسترال التشريعي لقانون الإعسار، ص12، الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ص12، <https://uncitral.un.org/>، تاريخ الزيارة 2020/9/10.

(3) لا بل نجد اليوم اختلافاً في أنظمة الإعسار في ذات الدولة، بحيث تفرق في المعاملة بين المدين التاجر، والمدين غير التاجر، كما هو الحال في الأردن (سابقاً) كما سنرى. الأمر الذي دفع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسترال) والمعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون في روما، إلى تبني اتجاه يناشد الدول في الوقت الحالي للوصول إلى صيغة موحدة لقواعد وقوانين الإفلاس وتقليل الخلافات بينها، وعليه أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1997 القانون النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود أو الإعسار الدولي.

(4) فمثلاً قامت إمارة دبي بإصدار قانون خاص بالإفلاس هو قانون مركز دبي المالي العالمي، رقم 3 لسنة 2009، بحيث تناول موضوع إعادة الهيكلة المالية للشركات، وقد جاء هذا القانون لمواجهة الأزمة المالية التي تعرضت لها شركة موانئ دبي العالمية، ولاستخدامه في حال عدم الاتفاق مع الدائنين على تسوية معيّنة حفاظاً على أصول الشركة David Jolly and Kate GIBraith, Dubai's Move on debt rattles Markets World Wide, New YORK TIMES, p1 , November 27.2009

(5) ومنهم: الشواربي، عبد الحميد، و الشواربي، عاطف، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الأول، دار الكتب والدراسات العربية، ص21.

(6) مع الإشارة إلى أن معظم القوانين الأجنبية اليوم، تتجه إلى تطبيق منظومة الإفلاس على التاجر وغير التاجر على حد سواء؛ الشواربي، عبد الحميد، و الشواربي، عاطف، المرجع الألف الذكر، الجزء الأول، ص 21؛ وهو ذات موقف الفقه الإسلامي الحنيف كما سنرى.



إضافة إلى أن الفقه يقر بأن الإفلاس المنظم وفق أحكام قانون التجارة سابقاً ، الإعسار ( المنظم وفق أحكام قانون الإعسار )، ، يتقدم على الإعسار المنظم في القانون المدني باعتباره إجراءً جماعياً خلافاً للأخير .

ولكن، سنلاحظ في هذا البحث، أنه وبسبب قانون الإعسار الأردني لعام 2018م ليحل محل نظام الإفلاس التجاري وذلك بإلغائه أحكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة<sup>(1)</sup>، قد دخلت المنظومة القانونية للإفلاس في حقبة جديدة ، بحيث غير المشرع من بعض الأحكام المعروفة في النظام السابق، من خلال محاولة إزالة بعض الفوارق في التعامل بين فئة التجار وغيرهم، و جعل العبرة بالعمل أو النشاط الذي يمارسه الشخص، وليس بصفة ممارسه، تاجراً كان أو غير تاجر، من جهة، وإدخال فئات من أصحاب المهن، من غير التجار إلى مظلة تطبيق هذا القانون من جهة أخرى.

فمن خلال استقراء نصوص هذا القانون، سنلاحظ أن المشرع يفضل العدول عن فكرة قديمة وتوجه ثابت يكمن في التفرقة الجامدة بين التاجر وغير التاجر، عند التوقف عن الدفع، وشرع في استئصال التفرقة في المعاملة، خلافاً لما استقر عليه كثير من الفقه الغربي و العربي من اعتبار صفة التاجر بالنسبة للمدين، شرطاً جوهرياً لشهر الإفلاس، وهو ما كان عليه الوضع في ظل النص الملغي لقانون التجارة ، الذي اشترط لتطبيقه أن يكون المدين تاجراً.

### منهجية البحث:

سيستبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي بالدرجة الأولى؛ من خلال تحليل النصوص القانونية من جهة، وتشخيص الاجتهادات القضائية في هذا الصدد من جهة أخرى، للوقوف على مقاصدها. كما سنتبع المنهج الوصفي في بعض الأحيان لبيان معالم الموضوع.

### خطة الدراسة:

سيتناول الباحث الدراسة، من خلال بحث التسلسل التاريخي لهذه التفرقة، في المعاملة بين المدين التاجر وغير التاجر، من خلال بحث الأصول التاريخية والحديثة لقوانين الإفلاس (المبحث الأول) ومن ثم الأسباب التي تبنتها التشريعات التي دعته لاتباع نهج دون الآخر، من خلال بحث أسباب ازدواج أنظمة التنفيذ على المدين وموقف القانون الأردني. (المبحث الثاني) .

(1) المادة (140) من قانون الإعسار الأردني رقم (21) لسنة (2018م)، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5514 على الصفحة 2640 بتاريخ 2018/5/16 منشورات مركز قسطاس، التي نصت على أنه : (تلغى أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه الواردة في المواد (290) ولغاية (477) من قانون التجارة رقم (12) لسنة (1966) ولا يعمل بأي نص ورد في أي تشريع آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه مع أحكام هذا القانون)

## المبحث الأول

### الأصول التاريخية والحديثة لقوانين الإفلاس

للقوف على فلسفة اتباع نظام يتبع في شأن المدين المتوقف عن الدفع، دون الآخر، لا بد من دراسة التسلسل التاريخي الذي مرّ به كل من هذين النظامين، في الأنظمة القانونية التقليدية والحديثة، ومن ثم لا بد من فرز الاتجاهات التشريعية الحديثة في نظرة القانون للمُعسر.

لذلك؛ سيقوم الباحث بدراسة التسلسل التاريخي لقوانين الإفلاس (المطلب الأول)، ومن ثم نبين الاتجاهات الحديثة بهذا الخصوص (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التسلسل التاريخي لقوانين الإفلاس

يتوقّف تشريع الإفلاس في كل بلد على الرأي العام فيها، الذي قد يعتبر المُفلس أهلاً للتّعاطف، أو غير أهلٍ له، ففي الولايات المتحدة و إنجلترا يعد الإفلاس من الأشياء العادية والطبيعية، وليس فيه ما يعيب التاجر، بسبب قسوة الحياة التجارية، والمخاطرة التي تتطوي عليها، والتي تقتضيها السرعة والمغامرة، في حين أنه وبالنسبة لفرنسا فلا يتسم التوجه فيها بالتعاطف كثيراً مع المُفلس، وكان ينظر للمفلس بنظرة لا تخلو من الاستهانة بكفاءته وبقدراته وأمانته<sup>(1)</sup> لذلك كان من الصعب إيجاد تشريع موحد ينظم الإفلاس في جميع الدول، فخصوصية هذا النظام وارتباطه بسيادة كل دولة، يفسران تلكك واضعي القوانين في توحيد قوانينهم على المستوى الدولي<sup>(2)</sup>، لا بل ذهب البعض<sup>(3)</sup> إلى أنّ قوانين الإفلاس مدفوعة في حقيقتها باعتبارات سياسية مختلفة، ويترتب على ذلك اعتبار قواعد الإفلاس من متعلقات النظام العام<sup>(4)</sup>، فتعتبره كلّ دولة خطوة نحو خلق بيئة تشريعية تلائم استراتيجية الدولة المستقبلية للنهوض بمكانتها ضمن مؤشرات التنافس العالمية، ولجعلها بيئة جاذبة للاستثمارات.<sup>(5)</sup>

سأتناول بالبحث هذه الأصول في الشريعة الإسلامية الغراء، كونها قد سبقت باقي الأنظمة القانونية محل الدراسة (الفرع الأول)، ثم سأتناول بالبحث هذه الملامح بالنسبة للقانون الروماني، كنموذج للنظام اللاتيني التقليدي في منظومة الإعسار (الفرع الثاني).

(1) إبراهيم، حمو (2008م)، حماية الائتمان التجاري: بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مرجع سابق، ص19.

(2) الشواربي، عبدالحميد، و الشواربي، عاطف، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الأول، مرجع سابق، ص20.

(3) Kokorin, Ilya (2019), Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices, In: Vesna LazićSteven Stuij, **Recasting the Insolvency Regulation**, p21.

(4) القليوبي، سميحة (2019م)، الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، مرجع سابق، ص16.

(5) عابدين، عصام مهدي محمد (2020-2021)، الإفلاس طبقاً لأحكام القانون رقم 11 لسنة 2018 بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، الطبعة الأولى، دار محمود- القاهرة، ص27

## الفرع الأول: ملامح قوانين الإفلاس في الشريعة الإسلامية الغراء .

كان العرب في الجاهلية يعيشون بلا تنظيم تشريعي ينظم معاملاتهم، فلا يخضعون لنظام يسري على معاملاتهم وتجارته، وإنما كانت العبرة للقوة الذاتية والغلبة للأقوى، حتى جاء دين الإسلام، ووضع نظاماً للإفلاس، يسري على جميع المدنيين، تجاراً كانوا أو غير تجار، وظهرت قواعد الإفلاس المحكمة، وبيّنت أنّ المُفلس هو من يكون دينه أكثر من ماله، فيطلب الدائنون من الحاكم الحجر عليه كي لا يتصرف في ماله الذي تحت يده، وللقاضي أن يحبس المدين عن دينه لمدة ثلاثة شهور، فإن لم يظهر له مال فإنه يطلق سراحه<sup>(1)</sup>.

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنّ رجلاً كان قد كثر دينه في عهده، فقال صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه" فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاءً بدينه، فقال النبي الكريم "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>(2)</sup> في دلالة واضحة على التصفية الجماعية لمال المدين، بحيث يقسم بيد الدائنين قسمة غرماء، ثم لا يكون للدائنين غير ذلك، مستدلين على ذلك من أنّ الله سبحانه وتعالى قد أنظر المعسر إلى ميسرة<sup>(3)</sup>.

وهنا تظهر حكمة وسماحة الشريعة الإسلامية الغراء وعمق نظرتها الشمولية للموضوع، فالدين يرد على الذمة ولا يرد على الرقبة، فإن ثبت للحاكم أن لا مال للمدين يطلق سراحه، كونه لا طائل من حبسه، وهو ما تتادي به اتفاقيات حقوق الإنسان وعلى رأسها العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، الذي نادى بعضهم بعدم جواز حبس المدين بالاستناد إليه.

وقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم، أنّه حجر على معاذ بن جبل ثم باع ماله، حيثُ أغرق الدين مال معاذ بن جبل، فكلم غرماؤه النبي صلى الله عليه وسلم ، فباع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ حتى لم يبق شيء منه ، ورؤي في ذات القصة أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد حاول مساومة الغرماء -الذين كانوا من اليهود- لترك ديونهم أو التخفيف منها، لكنهم أبوا ذلك، فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم ماله حتى قام معاذ بغير مال<sup>(4)</sup>. وعليه كان من غير الجائز حبس المدين عند الفقهاء المسلمين كقاعدة عامة مع وضع استثناء يقتضيه الحزم مع المدين المتعنت في الوفاء رغم اقتداره، بإجازة حبسه<sup>(5)</sup>.

وعليه فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية، نظام الإفلاس، وكان لا يتم إلا بحكم القاضي، ويؤدي إلى كفت يد المدين عن أمواله، لأنّ حكم شهر الإفلاس، هو (خلع المحكوم عليه بالفلس من ماله لغرمائه)<sup>(6)</sup>.

(1) الهياجنة، سعيد محمد سعيد، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص28.

(2) ورد في : النيسابوري، مسلم، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان، ص230

(3) الشعبي، أحمد عبدالجبار (2017)، فك الحجر عن المدين المفلس، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص72.

(4) الهياجنة، سعيد محمد سعيد، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، مرجع سابق، ص29

(5) حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لِي الْوَاجِدِ يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ" . واللّي هو المماطلة، والواجد هو المقتر.

(6) المصري، حسني(1987م)، القانون التجاري، الإفلاس، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ص18

ومن أهم معالم التنظيم التشريعي للإفلاس في الفقه الإسلامي الحنيف أنه لم يكن يفرق بين المدين التاجر وغير التاجر في تطبيق نظام الإفلاس، فالنظام نفسه يسري على المدين التاجر، وذلك الذي لا يحمل هذه الصفة، والمعول عليه في الفقه الإسلامي ليقال بإفلاس المدين، هو أن تربو ديونه الحالة على جميع ما له من حقوق<sup>(1)</sup>.

فكان الفقهاء المسلمون وفي سبيل حماية الضمان العام، يقررون العديد من الوسائل المدنية وكذلك الجنائية دون تفرقة بين الديون المدنية والديون التجارية، ولا يعني ذلك عدم تفرقتهم بين الإعسار والإفلاس؛ ذلك أنهم كانوا يأخذون بحقيقة الدين<sup>(2)</sup>

وقد يقول قائل -لم يتعمق في أحكام الإفلاس والمراحل التاريخية التي مر بها، والموروث الإنساني والتشريعي له- هل يعقل أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتنبهوا إلى ضرورة التفرقة بين المدين التاجر والمدين غير التاجر؟ هل يعقل أن يعامل التاجر والذي يعتمد في تعامله على الإئتمان التجاري والذي يسهم في نهضة الاستثمار لأي بلد، كما يعامل المدين العادي؟ سنجد الإجابة في الفرع التالي.

#### الفرع الثاني: ملامح قوانين الإفلاس في النظام اللاتيني.

ويمكن سبب دراسة النظام اللاتيني، بأنه يمثل المصدر التاريخي للتشريع الفرنسي، ويعتبر التشريع الفرنسي -وبحق- المصدر التاريخي لقوانين كثير من الدول ومن ضمنها الدولة العثمانية (تركيا)<sup>(3)</sup>، والتي تُعتبر بدورها المصدر التاريخي لقانون التجارة الأردني<sup>(4)</sup>.

ويتميز هذا النظام بأنه أوجد نظاما خاصا يطبق على التجار المتوقفين عن الدفع دون غيرهم، فالإفلاس وفقاً له لا يسري إلا على التاجر، ولا يسري على غيرهم، ويعد القانون الروماني نموذجاً لهذا النظام<sup>(5)</sup>، وقد استمرت ملامح القانون الروماني، حتى نهاية النصف الثاني من القرن الماضي<sup>(6)</sup>، وقد كانت بعض الأنظمة الرومانية في السابق، ذات طابع جنائي مجرد فيما يتعلق بالإفلاس، وتتصف بكونها أنظمة تهيب وقسوة وتهديد،

(1) مكرم، شريف، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس، في ضوء قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، (2005م)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20.

(2) إبراهيم، أبو الوفا (1998م)، بحث بعنوان (حماية الدائن من افتعال إعسار في الفقه الإسلامي والقانون المصري) سلسلة المنتدى الاقتصادي، اللقاء الخامس، جامعة الأزهر، ص129.

(3) عبدالرافع، موسى، نظام الإفلاس إلى أين؟ التجربة الفرنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص10.

(4) Modernizing the Bankruptcy System, (Egypt and Jordan), (2014), The Arab Center for the Rule of Law and Integrity, Beirut – Lebanon, p16.

(5) الشواربي، عبدالحمد، و الشواربي، عاطف، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999 م، الجزء الأول، مرجع سابق، ص21.

(6) البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص28.

فمثلاً كان قانون الألواح الإثني عشر يبيح التنفيذ على شخص المُفلس وذلك بتقسيم جسده بينهم بحيث يصبح الأخير عبداً رقيقاً لهم ويستخدم الإكراه البدني معهم<sup>(1)</sup>، ثم انتقل هذا النظام إلى فرنسا في القرن السابع عشر، وحُكم على المُفلس بالإعدام<sup>(2)</sup>، وكان سبب هذه الشدة هو إضفاء الطابع التهديدي عليها ليحول كمانع لتجنّب الوقوع في الإفلاس، كونه من (بقايا دولة البوليس "الشرطة" والقضاء، وليس الرعاية والأمان)<sup>(3)</sup>.

**عام (1807م)** - لقد كان نظام الإفلاس الفرنسي، الذي يطبق حصراً على التّجار، يمتاز بنوع من المرونة، في مواجهة الظروف المستجدة باستمرار، ففي عام **1807م** وفي عهد نابليون، وبسبب الأزمة التي مرّت فيها فرنسا، ونكول التّجار عن تعهداتهم بتزويد الجيش باللوازم اللوجستية، فقد صدر قانون في ذلك العام، ونظم الإفلاس بصورة تتّصف بالشدّة والصرامة مع المدين المتوقف عن دفع ديونه<sup>(4)</sup>، ومن ثم سرعان ما تعرضت الشدّة الملحوظة في هذا القانون، للانتقاد، كون هذه الشدّة لم تؤدّ إلى تحقيق النتائج المرجوة، حيث عمّد التّجار إلى تأجيل إفلاسهم خوفاً من هذه الإجراءات، وبالتالي تم الحفاظ على تجارة محكوماً عليها بالفشل. فتدخل واضع القانون لمراعاة التّاجر حسن النية سيء الحظ<sup>(5)</sup>. ومن ثم، وبعد الحرب العالمية الأولى (**1914م-1918م**) ولمواجهة الأزمة الاقتصادية المرافقة لها، فقد عاد واضع القانون الفرنسي للتشديد على المُفلس، ومن ثم وفي عام 1955م، صدر قانون الإفلاس والتسوية القضائية الفرنسي، الذي راعى التّاجر حسن النية والتّجار الذين توقّفوا عن الدّفع وما زالت مشاريعهم التجارية قابلة للنّهوض من جديد، فأخضعهم لمبدأ التسوية القضائية بدلاً من إنهاء مشاريعهم<sup>(6)</sup>.

ثم مرت هذه القوانين بمراحل جوهرية أخرى تخرج عن نطاق البحث<sup>(7)</sup>. وأخيراً، وفي عام **1985م**، صدر قانون مستحدث، وكان هذا القانون أقلّ ردياً وزجراً من الناحية الجزائية وقد أقلل هذا

(1) الهياجنة، سعيد محمد سعيد، أثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص17؛ البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص29.

(2) المصري، حسني، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص14؛ مكرم، شريف، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المُفلس، في ضوء قانون التّجارة رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص17.

(3) البستاني، سعيد يوسف (2007)، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص9.

(4) موسى، عبد الرافع، نظام الإفلاس بين الإلغاء والتطوير، دراسة تحليلية للتجربة الفرنسية، مرجع سابق، ص23.

(5) الهياجنة، سعيد محمد سعيد، أثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، مرجع سابق، ص18؛ البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص11؛ القليوبي، سميحة (2019م)، الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، مرجع سابق، ص7.

(6) موسى، عبد الرافع، مرجع السابق، ص25.

(7) للمزيد: الهياجنة، سعيد محمد سعيد، أثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص19؛ البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص34.

القانون باب التفرقة العميقة بين من هو تاجر ومن هو حرفي، ويعتبر ذلك نقلة نوعية مهمة فيه، تصب في كفة إزالة التفرقة في المعاملة بين ما يطبق على التاجر وغير التاجر<sup>(1)</sup>.

ثم في عام (2015م)، صدر في فرنسا قانون ألغى القانون السابق، الذي لم يختلف فيه التوجه الذي تبناه واضع القانون في فرنسا من حيث تبني فكرة إنقاذ المشاريع المتعثرة وإعادة النهوض بها من جديد، عن طريق إعادة الهيكلة، كما أن نطاق هذا القانون يتسع بحيث يشمل التجار، وجميع الأشخاص الحرفيين أو المهنيين كالمحامين وهم من غير التجار<sup>(2)</sup>.

لنجد أنّ الموروث التشريعي لأنظمة الإفلاس في فرنسا، وبناء على التجربة على أرض الواقع، وما ملكته هذه الدولة من تجارب، قد دفعها في النهاية إلى الذهاب في اتجاه إزالة الفوارق بين التاجر وغير التاجر، وهو التوجه الذي تبناه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء كما سبقت الإشارة.

ولا بد من الإشارة في هذا المقام لموقف القانون الإنجليزي، فبالرغم من أنّه لا يتبع للنظام اللاتيني، إلا أنّه كسابقيه، القانون الفرنسي والروماني، كان هذا القانون يتسم بالقسوة في مواجهة التاجر المتوقف عن دفع ديونه، ولكنه كان يفرق بين التاجر وغير التاجر في بادئ الأمر فقط، ومن ثم ألغى -بصدور قانون الإفلاس لعام 1861م- هذه التفرقة، بعد توصله إلى عدم جدوى التفرقة في المعاملة بين المدين التاجر وغير التاجر عند التوقف عن الدفع، بحيث أصبح لا يسري في إنجلترا إلا نظام واحد للإفلاس يطبق على حد سواء على التاجر وغير التاجر، ثم صدر قانون للإفلاس لعام 1914م الذي كان يسري على الأشخاص الطبيعيين، دون الشركات التي كان لها نظام خاص في قانون الشركات (1948م)<sup>(3)</sup>؛ فكذا الأمر وجد واضع القانون الإنجليزي أن الممارسة الفضلى تكمن في توحيد المعاملة بين المدين التاجر وغير التاجر، وأزال الفوارق بينهما.

### المطلب الثاني: استخلاص الاتجاهات الحديثة في الإفلاس

بعد دراسة التسلسل التاريخي، لأنظمة الإفلاس، يمكننا استخلاص الاتجاهات الحديثة له، ويمكن القول أنّ بداية ظهورها كان في بداية النصف الثاني من القرن العشرين<sup>(4)</sup>، حيث أجبرت الأزمات الاقتصادية المتوالية، واضعي القانون على التدخل بأنظمة جديدة للإفلاس<sup>(5)</sup>.

(1) موسى، عبدالرافع، نظام الإفلاس إلى أين؟ التجربة الفرنسية، مرجع سابق، 132.

(2) مقال بعنوان:

Restructuring and insolvency in France: overview Forms of security, by Paul Talbourdet and Joanna Gumpelson, منشور على الموقع الإلكتروني: uk.practicallaw.thomsonreuters.com

(3) الشواربي، عبدالحاميد، و الشواربي، عاطف، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الأول، مرجع سابق، ص22: وقد تم إلغاؤه بصدور قانون الإعسار لسنة 1986م في إنجلترا.

(4) البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الوافي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص31..

(5) مكرم، شريف، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس، في ضوء قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص21.

فمن جهة، يمكن وصف الاتجاهات الحديثة في الإفلاس، بدعوتها إلى تغليب الجانب الاقتصادي والاجتماعي للإفلاس، وهو الذي يُعنى بالمصلحة العامة، دون الانحسار في مصلحة المدين والدائنين الخاصة، بل جعله من المصلحة الاقتصادية في المقام الأول، ومن أهم من نادى بهذا الاتجاه من الفقه الحديث، الفقيه (سيدرو) عام 1975م، حيثُ وضع تقريراً يحمل اسمه، أوصى فيه بضرورة تتبع المشروعات المتعثرة، بغرض إقالتها من كبوتها، ثم ما أن لبث مجلس الوزراء الفرنسي، بتبني هذا الموقف، الذي يعنى بالدرجة الأولى بالاعتبارات الاقتصادية (إقالة المشروع المتعثراً) والاجتماعية (بالنظر إلى مصير العاملين في ذلك المشروع)، وليست تلك القانونية البحتة المتمثلة بعلاقة المدين بدائنيه، وتم سنّ التشريعات التي تعطي المحكمة صلاحية تكاد تكون أشبه بالمطلقة في شهر الإفلاس من عدمه، ولو توافرت شروطه، مثل قانوني عام 1967م و 1985م الفرنسيين، وسرى هذا النظام على التجار وعلى أبواب الحرف غير التجارية على حدٍ سواء.<sup>(1)</sup>

فظهرت مرحلة انتقالية من قانون (الإفلاس) إلى مرحلة إنقاذ المشروعات المتعثرة، من صورته الانتقامية العقابية، التي ترتب آثار شهر الإفلاس بقسوتها دونما تمييز بين تاجر حسن النية، تعثر في تجارته، وآخر مقصر أو سيء النية، إلى صورته الوقائية العلاجية الإصلاحية، وقد شبّه بعضهم هذه الصورة الحديثة بالنظام الاقتصادي الاشتراكي، كونهما يتفقان في تغليب الحلول الوقائية، من خلال مراقبة المشروعات وقرع جرس الإنذار (وقد يبدو الإعسار الوشيك تطبيقاً لهذه النظرية)، وكذلك اللجوء إلى مساعدة المؤسسات والمشروعات لإخراجها من عثرتها<sup>(2)</sup>.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنّ معظم التشريعات العربية -ومنها الأردن قبل سنّ قانون الإعسار لسنة 2018م- ما زالت اليوم حبيسة المفهوم التقليدي الأول للإفلاس، وتعامل المدين بقسوة، من خلال حرمانه من بعض الحقوق، وتقييد حريته، ولو كانت هناك بعض المظاهر التي قد تساعد التاجر المتعثر حسن النية، مثل إبقاء باب التوبة مفتوحاً له، من خلال سداد جميع الديون (بما فيها تلك التي تنازل عنها أصحابها) وردّ اعتباره.<sup>(3)</sup>

ومن جهة أخرى، يلاحظ على التشريعات الحديثة، وبناء على ما تبنته من توجهات حديثة تتسم بالسهولة واليسر مع المدين المتوقع عن دفع ديونه، واتباع سياسة الإصلاح الاقتصادي، واندثار سياسة العقاب والشدة مع المفلس، فقد بدأت الخطوة التالية المرسومة ضمن المخطط التشريعي، وهي التأسيس لمرحلة جديدة تزيل التفرقة في المعاملة بين التاجر وغير التاجر عند التوقف عن الدفع، على ضوء العدول عن الشدة في المعاملة مع التاجر المتوقع عن الدفع، وكأنّ واضع القانون قد توصل بعد تجربة امتدت لسنوات، أنه لا طائل من تفريد نظام خاص يطبق على التجار عند التوقف عن الدفع.

(1) المصري، حسني، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص 29

(2) البستاني، سعيد يوسف، احكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 33.

(3) المصري، حسني، قانون التجارة، الإفلاس، مرجع سابق، ص 153.

لنخلص إلى أن الاتجاهات الحديثة لقوانين الإفلاس، تمثلت في اتجاهين، الأول، يتمثل بالوقوف مع المدين حسن النية، ومحاولة إقالبته من عثرته، وأما الثاني، وكنتيجة للأول، فتوسيع نطاقه، ليشمل التاجر وغيره على حدٍ سواء، على اعتبار أن هناك أعمالاً ليست تجارية تنافس الأعمال التجارية في حقيقتها، أو أن هناك أعمالاً تجارية قد يمارسها غير التاجر كما سيأتي في المبحث التالي<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### أسباب ازدواج أنظمة التنفيذ على المدين، وموقف القانون الأردني

لم يأت اتباع بعض الدول لنظام الإعسار المزدوج، أو نظام الإعسار الموحد، من فراغ، بل كان ذلك لأسبابٍ عدّة، بحيث ارتأت كل دولة أن تطبيق نظام دون الآخر، من شأنه أن يتماشى مع ظروفها الاقتصادية والاجتماعية، ويؤدي إلى حماية اقتصاده ونهوضه في آنٍ معاً.

سأحدث في هذا المبحث عن الهدف والغاية المرجوة من التفرقة في المعاملة، عند توقف المدين عن دفع ديونه، فيما إذا كان تاجراً، أو غير تاجر (المطلب الأول)، ومن ثم أتناول موقف القانون الأردني (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أسباب ازدواج أنظمة التنفيذ على المدين

وسنبحث هذا المطلب، في فرعين، المذهب الذي يقول بضرورة تفريد نظام خاص بالتجار (الفرع الأول) و المذهب الذي يقول بعدم التفريق بين التاجر وغير التاجر (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: المذهب الذي يقول بضرورة تفريد نظام خاص بالتجار

من المقرر في بعض الأنظمة القانونية، أن الإفلاس هو نظام خاص بالتجار حصراً، وهذا هو الوضع في الأردن -قبل سنّ قانون الإعسار لعام 2018م-<sup>(2)</sup> فلا يشهر إفلاس مدين إلا إذا كان تاجراً، بعد توافر شروط شهر الإفلاس<sup>(3)</sup>، ولما كانت هناك تشريعات جعلت من منظومة الإفلاس واجبة التطبيق على كل من التاجر وغير التاجر<sup>(4)</sup>، إلا أن مجموعة منها قد فرقت بينهما<sup>(5)</sup>.

وقد يقول قائل أليس في القواعد العامة سواء (الوسائل المدنية لحماية الحق كالدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات)، والدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة) من جهة، أو الإعسار المنظم في القانون المدني

(1) وقد أخذت بهذا النظام فرنسا في عام 1967: المصري، حسني، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص 20.

(2) حيثُ اختلف الوضع بعد نفاذ هذا القانون كما سنرى.

(3) المصري، حسني(1987م)، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص 6

(4) ومثال هذه الدول، ألمانيا، إنجلترا، هولندا، السويد، النرويج، الدنمارك؛ خليل، أحمد محمود، مرجع سابق، ص 9؛ وكذلك فعلت الشريعة الإسلامية

الغزّاء: الهياجنة، سعيد محمد سعيد، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 14.

(5) مثل الأردن في ظلّ قانون التجارة، وإنكلترا سابقاً.



من جهة أخرى، ما يكفي من الأحكام لمواجهة حالات التوقف عن الدفع؟ حيثُ يلاحظ أنه وبالنسبة للتعاملات التجارية، فإنّ معاملة المُشترع تتصف غالباً بالقسوة والشدة مع التاجر، خلافاً لما عليه الوضع في القانُون المدني، من خلال فرض قواعد خارجة عن القواعد العامة في المواد التجارية، كالإكثار من ضمانات الوفاء في الأوراق التجارية<sup>(1)</sup> وكذلك الأمر تقييده في طرق الإثبات، فعندما يكون الشخص المُراد إثبات الالتزام في مواجهته تاجراً، فقد أجاز وضع القانون إثبات الالتزام التجاري بكافة طرق الإثبات، وفي المقابل فلا يجوز للتاجر أن يثبت التزاماً في مواجهة شخص غير تاجر بذات طريق الإثبات<sup>(2)</sup>، ومن صور التشدد مع التاجر أيضاً، على سبيل المثال افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية<sup>(3)</sup>، وهذه الصور وغيرها من مظاهر تشدد المُشترع في معاملة التاجر، تُعزى في حقيقة الأمر إلى رغبة المُشترع في حماية وتقوية الائتمان، وحماية الدائن بدين تجاري، لما لذلك من أهمية في استمرار ودوران عجلة الاقتصاد.<sup>(4)</sup>

وعليه فقد كان ذلك سبباً لظهور نظم متعددة للتنفيذ على أموال المدين الذي يتخلف عن دفع ديونه<sup>(5)</sup>؛ أي نتيجة اختلاف الظروف التي تؤدي إلى عجز المدين عن تسديد ديونه من جهة إضافة إلى صفة هذا المدين تاجراً كان أو غير تاجر من جهة أخرى<sup>(6)</sup>؛ فعندما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه، يجوز شهر إفلاسه، وشهر الإفلاس هو أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه<sup>(7)</sup>. أمّا الديون المدنية فلا تتيح الحق، في حال عدم الوفاء بها بطلب شهر إفلاس المدين، سواء أكان هذا الأخير تاجراً أم غير تاجر، بل تخضع لنظام الإعسار الوارد في القانُون المدني، ذلك أنّ نظام الإفلاس وضع أساساً لدعم الائتمان التجاري والحفاظ على سلامة المشروع<sup>(8)</sup>.

حيث يبرر أنصار هذا النظام، هذا الازدواج في المعاملة بالنظر إلى صفة المدين، إلى أنّ توقف التاجر عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها، يختلف عن توقف المدين غير التاجر، فالتاجر هو الذي يلجأ إلى الائتمان، ويتعامل مع الآخرين على أساس من الثقة، فيدخل التاجر معاً في علاقات دائنة ومدينة متبادلة ويعوّل كل منهم، في وفاء التزاماته، على استيفاء حقوقه من الآخرين في مواعيد استحقاقها، وبالتالي فإنّ توقّف أحدهم عن الوفاء بالتزاماته يؤدي بالضرورة إلى تهاتر باقي التاجر، ويعدّ ذلك بمنزلة كارثة تلحق مصالح المجتمع العامة

(1) البستاني، سعيد يوسف (2007)، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ص18.

(2) المواد 28-30 من قانون البيّنات رقم (30) لعام (1952)، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 1108 تاريخ 1952/5/17م منشورات مركز قسطاس.

(3) المادة 153 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966م المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 1910، بتاريخ 1966/3/30م.

(4) الهياجنة، سعيد محمد سعيد (1993م)، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، بلا دار نشر، ص9؛ انظر أيضاً: البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص17.

(5) وهي الوسائل المدنية لحماية الحق، والمتمثلة بالدعوى المباشرة وغير المباشرة والصورية، وعدم نفاذ تصرفات المدين، ونظام الإعسار وفقاً للقانون المدني، ونظام الإفلاس وفقاً لقانون التجارة سابقاً.

(6) العكيلي، عزيز، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دار الثقافة، 2011، ص8

(7) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، المجلد الثاني: ص1198

(8) عيد، إدوار، الأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية، مطبعة باخوس وشرتوني، ص53

وتصويبها بأبلغ الضرر، مما يستدعي التدخل وإخضاع مثل هذا التاجر إلى نظام يختلف عما يخضع له المدين غير التاجر، حفاظاً على الأمن و السلم المجتمعي<sup>(1)</sup>.

أما المدين غير التاجر، فكفى بنظام الإعسار المدني والدعاوى التي قررها المُشترع -بحسب هذا الرأي- حارساً لحقوق الدائنين، فهذا هو القدر الضروري لحماية هذه الحقوق، دونما ضرورة إلى كف يد المدين عن التصرف في ماله<sup>(2)</sup>، فيما يتعلق بالوسائل المدنية، أو وجود تصفية جماعية بالنسبة للإعسار المدني، التي تُعتبر ضرورة لحماية الائتمان التجاري، وليست هذه الضرورة موجودة أو ملحة في صدد الائتمان المدني<sup>(3)</sup>.

فتعثر التاجر أو توقيفه عن الدفع، يؤدي من حيث المبدأ إلى تعثر غيره ممن يدخل معه في علاقات دائنة ومدينة، وكأنا أمام سلسلة غذائية يؤدي انقطاعها إلى انقطاع باقي عناصرها. وكأنا أمام سلسلة تقاس قوتها بقوة أضعف حلقاتها، كما لو تعثر تاجر (التجزئة) فإن ذلك يؤدي إلى إرباك تاجر (الجملة) الذي يكون دائناً للأول بقيمة ما لديه من بضاعة وينتظر قيامه ببيعها لاستيفاء ثمنها منه، ثم يؤدي ذلك إلى إرباك (مُنتج) البضاعة بطبيعة الحال الذي يكون دائناً للثاني بقيمة البضاعة وينتظر قيامه ببيعها لاستيفاء ثمنها منه، وهكذا تدخل العلاقات التعاقدية في حالات إرباك تتأثر بها جميعاً.

لذلك، كان لا بد من وجود وسائل حماية وتقوية ودعم لهذه الثقة والائتمان في المعاملات التجارية، فكان من أهم أنظمة الحماية هذه هو نظام الإفلاس<sup>(4)</sup>، ولذلك أيضاً لم تكن هناك ضرورة -بحسب هذا الرأي- لإخضاع المدين -غير التاجر- إلى نظام الإفلاس التجاري لانقضاء الحكمة من تطبيقه، حيث إننا لا نكون أمام ثقة وائتمان تجاري، وسلسلة تجار يعتمد كل منهما على الآخر في استيفاء حقوقه، بل نكون أقرب من ذلك إلى علاقات أحادية بين الأفراد.

فكل دائن -في المواد المدنية- ينطلق من مصالحه الشخصية وينصب حرصه عليها، ولم يرَ واضع القانون بأساً في ترك الأمر للدائنين، كون الموضوع برمته يتعلق بمصالح خاصة، خلافاً للعلاقات في الإفلاس التجاري التي ترتبط بالمصلحة العامة، والائتمان التجاري، الذي يؤدي اضطرابه إلى اضطراب في مجتمع التاجر، فالحفاظ على أمن هذا الأخير يقتضي تدخل المُشترع بقواعد متعلقة بالنظام العام، و محاولة إقالة المُفلس حسن النية من عثرته، وإلا فالشروع في إجراءات التصفية، آخذاً بعين الاعتبار إحلال المساواة بين الدائنين، الذي يعتبر من أهم أهداف نظام الإفلاس<sup>(5)</sup>، وفرض منظومة إجرائية تختلف عن تلك المتبعة في حال كان المتوقف عن الدفع غير تاجر.

(1) المصري، حسني، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص6

(2) وقد خالف القانون الأردني ذلك ورتب كف يد المدين غير التاجر في حال شهر إعساره

(3) خليل، أحمد محمود(1987)، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، مرجع سابق، ص10.

(4) حمو، نسبية إبراهيم (2008م)، حماية الائتمان التجاري بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد(10)، العدد (38)، ص1.

(5) الهياجنة، سعيد، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص10.

لهذا، فقد عاب بعضهم<sup>(1)</sup> عدم التفارقة في المعاملة بين المدين التاجر وغير التاجر، فلا يستقيم وفقاً لهم- أن يؤخذ المدين غير التاجر بما يؤخذ به التاجر، من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجاري ولكنها غير ضرورية في المعاملات المدنية.

ولذلك، اتجهت العديد من التشريعات إلى التفارقة بين ما يطبق على التاجر المتوقع عن الدفع وما يطبق على غيره، فالإفلاس ليس طريقاً للضغط على المدين للوفاء بديونه، فقد رسم المشرع طرقاً أخرى لذلك (التفويض الجبري)، بخلاف الإفلاس، الذي يمثل منظومة متعلقة بالنظام العام أقرها المشرع لدفع عجلة النشاط التجاري والاقتصادي، وتسوية أوضاع التجار الذين يفترون إلى مقومات الثقة والائتمان التجاريين، وتحقيق المساواة بين الدائنين<sup>(2)</sup>، وهذا هو الوضع في الأردن قبل سن قانون الإعسار لسنة 2018م كما أسلفنا.

### الفرع الثاني: المذهب الذي يقول بعدم التفريق بين التاجر وغير التاجر

يقوم هذا المبدأ على أساس عدم التفارقة بين من كان تاجراً أو غير تاجر عند التوقف عن الدفع، ويبرز أصحاب هذا المذهب هذا الاتجاه، بقولهم إننا لا نستطيع إنكار، بأن للأفراد من رجال الأعمال سواء كانوا تجاراً أو يقومون بأعمال أخرى، أثر لا يقل أهمية عن التجار سواء بالنسبة للاقتصاد العام للدولة أو بالنسبة لمصالح الآخرين أو الغير، فإنه من المتصور أن يكون هؤلاء (وهم من غير التجار) مصدر تهديد أكثر للمجتمع من ذوي التجارة المعلنة، لهذا فإن الأولى توحيد هذه الأنظمة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة كل نشاط على حدة.<sup>(3)</sup>

### المطلب الثاني: موقف القانون الأردني

أما بالنسبة للوضع في القانون الأردني، فإن أول قانون تجارة طُبِق في الأردن هو قانون التجارة العثماني الصادر في سنة 1849م وقانون المعاملات الإفلاسية الصادر في 21 جمادى الاخرى سنة 1905م<sup>(4)</sup> في عهد الدولة العثمانية، ثم جاء قانون التجارة لعام 1966م، ليلغي القوانين السابقة<sup>(5)</sup>، ويلاحظ أن هذه القوانين جاءت بأحكام متشابهة من حيث أحكام الإفلاس، بحيث يمكن القول إن أحكام قانون التجارة كانت مُستمدة من القواعد الخاصة بالإفلاس التي وردت في قانون التجارة العثماني، والتي أخذت بدورها عن القانون الفرنسي الصادر في عام 1807م<sup>(6)</sup>.

(1) ومنهم: البستاني، سعيد يوسف، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص22.

(2) المصري، حسني، القانون التجاري، الإفلاس، مرجع سابق، ص61.

(3) عبدالرافع، موسى، نظام الإفلاس إلى أين؟ التجربة الفرنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص19.

(4) قانون التجارة العثماني الصادر في 8 شعبان سنة 1266 وذيله المؤرخ في 9 شوال سنة 1276، وقانون المعاملات الإفلاسية الصادر في 21 جمادى الاخرى سنة 1323، وقانون الشيك الصادر في 24 جمادى الأولى سنة 1332 وكافة التعديلات الطارئة عليها. (منشورات مركز قسطاس)

(5) البند أ من الفقرة الأولى من المادة 479 من قانون التجارة الأردني، لسنة 1966م.

(6) الهياجنة، سعيد محمد سعيد، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص24.

وبالتسبب لقانون التجارة لسنة 1966م، الذي كان يحكم الإفلاس، قبل صدور قانون الإعسار لعام 2018م، -وكما القانون الفرنسي في أول عهده- فقد كان نظام الإفلاس فيه، يطبق على التجار دون غيرهم<sup>(1)</sup>، حيث كان نص المادة 316 من قانون التجارة الأردني يقضي بأنه: "يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة"، أما غير التاجر، فلا يخضع لهذه الأحكام ويطبق عليه أحكام الإعسار الواردة في القانون المدني<sup>(2)</sup>.

أما بنفاذ قانون الإعسار لسنة 2018م، نجد أن المشتري قد غير في هذه المفاهيم، وبدأ بمحاولة إزالة التفرقة بين ما يطبق على التاجر وغير التاجر، فمن جهة، لم يأت المشتري على ذكر مصطلح "تاجر" صراحة عند تعريفه للإعسار، (الوارد في قانون الإعسار 2018م)، خلافاً للنص السابق في قانون التجارة، من جهة، حيث عرّف القانون مصطلح الإعسار بأنه: "توقف المدين أو عجزه عن سداد الديون المستحقة عليه بانتظام أو عند تجاوز إجمالي الالتزامات المترتبة عليه إجمالي قيمة أمواله". فلم يشترط قانون الإعسار الجديد أن يكون المدين تاجراً كما لم يشترط أن يكون الدين تجارياً<sup>(3)</sup>. وهو تعريف مماثل لما ورد في الدليل التشريعي لقانون الإعسار، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) (UNICITRAL) مع اختلاف في الصياغة<sup>(4)</sup>.

فلم يأت بذكر تعبير أو مصطلح (التاجر)، وذلك على خلاف النص الملغى لقانون التجارة، فلم يشترط المشتري في قانون الإعسار الجديد، أن يكون المدين تاجراً، خلافاً لما استقر عليه كثير من الفقه العربي والغربي من اعتباره شرطاً جوهرياً لشهر الإفلاس، بل نص على أنه يطبق على كل من يمارس نشاطاً اقتصادياً بغض النظر عن صفته.

ومن جهة ثانية، فقد وسع قانون الإعسار، من مظلة تطبيق قانون الإعسار من خلال شمول أصحاب المهن في نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص من جهة أخرى؛ حيث نصت المادة 3 من قانون الإعسار على أنه: "أ- تسري أحكام هذا القانون على أي شخص يمارس نشاطاً اقتصادياً بما في ذلك: 1...2...3...3- أصحاب المهن المسجلون والمرخص لهم بالعمل بموجب أحكام التشريعات النافذة".

ومن جهة ثالثة، فإن من شروط الإعسار وفقاً لأحكام القانون المدني، أن تزيد ديون المدين (المستحقة) على (جميع) حقوقه العاجلة والآجلة، حيث عرفه القانون بأنه "الحالة التي تكون فيها ديون المدين المستحقة أكثر من جميع حقوقه"، ومما يؤكد التوجه التشريعي الجديد لواضع القانون في الأردن وبداية تبني فكرة توحيد المعاملة بين التجار وغير التجار، أنه قد أدخل هذا الشرط في تعريف الإعسار في قانون الإعسار لسنة 2018م، كعنصر من عناصر الإعسار، حيث إنه قد أضاف هذا العنصر الذي يعتبر من عناصر الإعسار المنظم في

(1) المواد من (375-386) من القانون المدني.

(2) المادة 3/أ من قانون الإعسار رقم 21 لسنة 2018م.

(3) ومن الجدير بالذكر أن قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم 11 لسنة 2018م لا يزال يشترط صفة التاجر فيمن يشهر إفلاسه (المادة 1/75 من هذا القانون)

(4) الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، <https://uncitral.un.org/>، تاريخ الزيارة 2020/9/10.

القانون المدني، إلى تعريف الإعسار، في قانون الإعسار لسنة 2018م، حيث ذكر في تعريفه للإعسار، بأنه: "توقف المدين أو عجزه عن سداد الديون المستحقة عليه بانتظام" وهذا مستقر عليه فقهاً كشرط لشهر الإفلاس التجاري، ولكنه سرعان ما أردف في ذات التعريف قائلاً: "أو عند تجاوز إجمالي الالتزامات المترتبة عليه إجمالي قيمة أمواله". وهو كما سنرى في مطلب لاحق من عناصر الإعسار المنظم وفقاً لأحكام القانون المدني.<sup>(1)</sup>

وكان المشرع يحاول أن يوصل برسالة مفادها، أن العبرة ليست لصفة المدين إنما لذات العملية فيما إذا كانت مؤثرة في الاقتصاد بشكل مباشر أو غير مباشر، وهو ذات التوجه الحديث في كل من فرنسا والقانون الإنجليزي، وذات توجه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء من قبلهم. لأنأتي اليوم في القرن الواحد والعشرين ونجد أن معظم التشريعات الأجنبية تتجه إلى تطبيق نظام الإفلاس على التاجر وغير التاجر على حد سواء كما فعلت الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

ومن المعلوم، أن المشرع قد أثر استخدام مصطلح (الإعسار) عوضاً عن الإفلاس، عند سنّ قانون الإعسار لسنة 2018م، وكان الباحث في بداية مراحل الاستقصاء البحثي، يتجه إلى أن يتبنى عبارة (التجاري) كقرينة لمصطلح الإعسار لتمييزه عن الإعسار المنظم في ضوء أحكام القانون المدني، والمطبق على من ليس تاجراً<sup>(3)</sup>. كما هو الحال عند إصدار مسودة لقانون إعسار في الأردن (غير قانون الإعسار الحالي) وقد أطلق عليها (مسودة قانون الإعسار التجاري لسنة 2009)<sup>(4)</sup>، ولكن لم تمر هذه المسودة بمراحلها التشريعية لأسباب غير معروفة بالنسبة لنا، وتم سنّ القانون الحالي، ولكن بعد التمحيص، والذهاب إلى مزيد من العمق في بحث نظرة المشرع واستقرأ توجهه، فقد أثر الباحث عدم استخدام تعبير (التجاري) قرينة لمصطلح (الإعسار)، كونه قد تبين من مجمل النصوص، أن المشرع يريد توسيع نطاق تطبيق قانون الإعسار بحيث يطبق على التاجر، كما قد يطبق على غير التاجر على حد سواء كما أسلفنا<sup>(5)</sup>.

(1) ومن الجدير بالذكر أن قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم 11 لسنة 2018م لا يزال يشترط صفة التاجر فيمن يشهر إفلاسه (المادة 1/75 من هذا القانون)

(2) الشواربي، عبدالحاميد، و الشواربي، عاطف، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 21: وذلك بالرغم من وجود تشريعات حديثة زالت تقصر تطبيق نظام الإفلاس على التاجر حصراً، مثل قانون الإفلاس الإماراتي رقم 9 لسنة 2016م: الصفار، زينة غانم عبد الجبار (2017م)، بحث منشور بعنوان: الجديد في قانون الإفلاس رقم 9 لسنة 2016 لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 36، ص 11.

(3) ونجد المشرع أحياناً قد استخدم عبارة (المدني) كقرينة لعبارة الإعسار لتمييزه عن الإفلاس التجاري، فمثلاً، نصت المادة (41) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 44 لسنة 1988م المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 على الصفحة 735 بتاريخ 1988/4/2م، على أنه: (في المنازعات المتعلقة بالإفلاس أو الإعسار المدني يكون الاختصاص للمحكمة التي قضت به).

(4) الموقع الرسمي لديوان التشريع والرأي الأردني، مسودات القوانين والأنظمة، <http://www.lob.jo/>، تاريخ الزيارة 2020/6/20.

(5) وفي المقابل سنشير إلى نظام الإعسار المنظمة أحكامه في القانون المدني بالإعسار المدني تمييزاً له عن الإعسار الوارد في قانون الإعسار.

لذلك نجد أنّ المُشترَع قد ذكر في معرض تحديد نطاق تطبيق قَانون الإِعسار من حيث الأشخاص، بأنه يسري على أي شخص يمارس نشاطاً اقتصادياً<sup>(1)</sup>، بغض النظر عن صفة ممارسه تاجراً كان أو غير تاجر، وحسناً فعل.

ويعد موقف قَانون الإِعسار المستحدث، في عدم التفرقة بين التاجر وغير التاجر، هو ذات موقف الفقهاء المسلمين من الموضوع<sup>(2)</sup> وعليه، ولهذه الأسباب، أصبح الباحث لا يُقرّ عبارة (أنّ الإفلاس نظام تجاري) أو (أن الإفلاس نظام خاص بالتجار)<sup>(3)</sup> كون المُشترَع في قَانون الإِعسار (2018م) قد عرّف المدين بأنه كل من يمارس نشاطاً اقتصادياً، ولم يتطرق لعبارة تاجر كما فعل في القَانون السابق، أو كما فعلت التشريعات المقارنة<sup>(4)</sup>.

وفي المقابل فقد عرّف القَانون مصطلح "النشاط الاقتصادي، بأنه: " النشاط الذي يمارسه الشخص بقصد تحقيق ربح أو مكسب بما في ذلك النشاط التجاري أو الصناعي أو الزراعي أو المهني أو الخدمي أو الحرفي".<sup>(5)</sup>

وبحسب الدليل التشريعي لقانون الإعسار الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)، فإنّه ينبغي تفسير تعبير الأنشطة الاقتصادية، تفسيراً واسعاً بحيث يشمل الأمور الناشئة عن جميع العلاقات التي تنطوي على نشاط اقتصادي، سواء التعاقدية أو غيرها، بما في ذلك أي معاملة تجارية لتوريد بضائع أو خدمات أو تبادلها، واتفاقيات التوزيع والتمثيل التجاري والوكالات التجارية والإيجار والاستشارات، والهندسة والتمويل والمعاملات المصرفية، والتأمين واتفاقيات الاستغلال والامتياز وكافة صور النقل للبضائع أو الركاب<sup>(6)</sup>

ويتواءم هذا التعريف مع ما أخذ به قَانون الإِعسار من توسيع لنطاق تطبيقه، فلا يعتبر أصحاب المهن المنظمة مهتهم وفقاً لأحكام القَانون من فئة التجار، كالأطباء والمحامين، ولكنهم

(1) المادة 3 من قانون الإعسار رقم (21) لسنة (2018م)، التي نصّت على أنه : "تسري أحكام هذا القانون على أي شخص يمارس نشاطاً اقتصادياً بما في ذلك :- 1- الأشخاص الاعتباريون بما في ذلك الشركات المدنية والشركات التي تملكها الحكومة. 2- التجار أصحاب المؤسسات الفردية. 3- أصحاب المهن المسجلون والمرخص لهم بالعمل بموجب أحكام التشريعات النافذة ."

(2) حيث إنّ التفرقة عندهم بين المعسر والمفلس هي تفرقة موضوعية، فبينما ينصب الإفلاس على حالة التوقف عن الدفع (ولو كان المدين موسراً)، فإن الإعسار ينصب على الحالة التي تفوق فيها ديون المدين أمواله أي أنه لا يكون موسراً، ولا تفرقة بين المدين التاجر وغير التاجر (انظر: آل الشيخ، عبدالمحسن إبراهيم (1982م) رسالة ماجستير بعنوان: أحكام الحجر على المفلس في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص25 وما بعدها: انظر أيضاً: على العطين، عمر فلاح(2013)، بحث بعنوان : الصلح الوافي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، منشور في مجلة : دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 40 العدد 1، 2013م، ص124.

(3) وردت في: بكري، محمد عزمي، (2019)، الإفلاس طبقاً للقانون رقم 11 لسنة 2018، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار محمود- القاهرة. ص436.

(4) ومنها قانون إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس المصري رقم 11 لسنة 2018 م .

(5) المادة 2 من قانون الإعسار .

(6) دليل الأونسترال التشريعي لقانون الإعسار ، الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، <https://uncitral.un.org> /الصفحة 48 ، تاريخ الزيارة 2020/9/10.

يمارسون أنشطة اقتصادية، بيد أن الهدف من وراء ممارسة هذه الحرف هو تحقيق الربح، فتشملهم مظلة قانون الإعسار.

وبذلك، يمكن ملاحظة رغبة المشرع في تغيير جوهر معالم النظام السابق، بحيث لم يعول على صفة المدين تاجراً كان أو غير تاجر لغايات تطبيق أحكامه، وعدل عن فكرة قديمة وتوجه مستقر يكمن في التفرقة بين التاجر وغير التاجر، من حيث النظام المطبق على كل منهما عند توقفه عن دفع ديونه.

فبسن قانون الإعسار رقم (21) لعام (2018) الذي وسع المشرع من مظلة تطبيقه، فقد أزيلت بعض الحواجز بين من يعتبر تاجراً وذلك الذي لا يعتبر تاجراً. وتعرّزت النظرة إلى ذات النشاط، فالنشاط بحد ذاته هو المؤثر في الاقتصاد بغض النظر عن صفة من يمارسه، فغير التاجر الذي يشتري كمية كبيرة من الأثاث لتأثيث مجموعة مكاتب محاماة أو عيادات طبية يمتلكها، ويتوقف عن دفع التزاماته (المدنية) سيؤدي إلى تعثر التاجر المورد لهذه البضاعة، والتاجر المنتج لها وبالتالي يؤدي إلى إرباك السلسلة التجارية وزعزعة الائتمان، وقد يلحق ذلك الضرر بالاقتصاد الوطني، شأنه في ذلك شأن التاجر المتعثر.

## الخاتمة

والآن، وبعد أن توصلنا إلى نهاية هذه الدراسة، وما حدث من تعديلات حول فكرة ازدواج المعاملة بين المدين التاجر والمدين غير التاجر، عند توقف كل منهما عن دفع ديونه، وما انتهجه المشرع من سياسة تمثلت بالتخفيف من وطأة آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين، في محاولة منه لإقالته من عثرته والنهوض بنشاطه الاقتصادي من جديد، نبين تباعاً ما توصلنا له من نتائج وتوصيات:

## أولاً: النتائج

- هناك تشريعات فرقت في المعاملة بين التاجر وغير التاجر عند التوقف عن الدفع، ومنها الأردن -سابقاً-، بحيث يطبق نظام الإفلاس حصراً على التاجر.
- لم تكن التفرقة في معاملة المدين المتوقف عن الدفع، في حال كان تاجراً أو غير تاجر، كافية لحماية الائتمان التجاري، وبالتالي الاقتصاد الوطني، حيث ثبت لنا أن غير التاجر قد يمس الائتمان التجاري بأبلغ الضرر عندما يتعامل مع التاجر.
- يقترب الأردن بعد سن قانون الإعسار لسنة 2018م، من التوجه الذي لا يحدث أثراً للتفرقة فيما إذا كان المدين المتوقف عن الدفع تاجراً أو غير تاجر. حيث أصبح المشرع يعترف بأن التوقف عن الدفع قد يلحق الضرر بالائتمان التجاري، وبالتالي بالاقتصاد الوطني، دون أن يكون المتوقف تاجراً، إنما يكفي في ذلك أن يمارس نشاطاً اقتصادياً، مقترباً في ذلك من موقف الشريعة الإسلامية الغراء، والقانون الفرنسي (الحالي).

- وسّع قانون الإعسار من مظلة تطبيقه بحيث أدخل عنصراً من عناصر الإعسار المدني فيه، الذي يتمثل باعتبار زيادة إجمالي التزامات المدين على أمواله (وهو عماد شهر الإعسار وفقاً للقانون المدني) كسبب لشهر الإعسار وفقاً لقانون الإعسار، وإدخال فئات مدنية ضمن نطاق تطبيقه.
- كانت شروط شهر الإفلاس في ظل قانون التجارة سابقاً، تتمثل بأن يكون المدين تاجراً وأن يتوقف عن دفع دين تجاري، أما في ظل نفاذ قانون الإعسار، فاستغنى المشتري عن هذين الشرطين، واستبدلهما، باشتراط ممارسة المدين لنشاط اقتصادي، ولو لم يكن تاجراً، وأن يتوقف عن دفع دينه المستحق ولو لم يكن تجارياً.

#### ثانياً: التوصيات

- في ظل عزوف المشتري عن التفرقة بين المدين التاجر، وغير التاجر عند التوقف عن الدفع، وتوحيد المعاملة بينهما، نوصي المشتري بإعطاء المحكمة سلطة تقديرية في شهر الإعسار من عدمه، في حال توافر شروطه، بحيث تنظر مجمل ظروف الإعسار وظروف المدين، التي أدت للإعسار، والنتائج التي ستترتب عليه، ومنحها الصلاحية في إعطاء أجل للمدين للوفاء بديونه، في حال كان بالإمكان تداركه، كما هو الحال في الإعسار المنظم في القانون المدني، لتجنب آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين غير التاجر، في حال كان بالإمكان تجنب إشهاره.
- نوصي المشتري بالاستمرار في نهج إزالة الفوارق في المعاملة بين المدين التاجر والمدين غير التاجر عند التوقف عن الدفع، كأصل عام، مع ضرورة إعطاء سلطة تقديرية لقاضي الموضوع تقتضيها ظروف المدين، لأن الواقع العملي أثبت أن المدين غير التاجر قد يلحق بالضرر بالوضع الاقتصادي عند توقفه عن الدفع.
- وأخيراً، يوصي الباحث، باستثناء المدين المشهر إعساره، من الحبس التنفيذي، تاجراً كان أو غير تاجر، بحيث يتم تعديل قانون التنفيذ، بعدم جواز حبس المدين الذي تم شهر إعساره، جرياً مع أحكام الفقه الإسلامي التي قصرت الحبس والعقوبات الجنائية عموماً على المدين الموسر.



## المصادر والمراجع:

## أولاً- القرآن الكريم والسنة النبوية وأحكام الفقه الإسلامي:

- نيسابوري، مسلم، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان.

## ثانياً-الكتب:

- بستاني، سعيد يوسف(2007)، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت.
- بكري، محمد عزمي،(2019)، الإفلاس طبقاً للقانون رقم 11 لسنة 2018، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار محمود- القاهرة.
- خليل، أحمد محمود(1987)، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف- الإسكندرية.
- سنهوري، عبدالرزاق(2015م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات وآثار الالتزام، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت.
- شواري، عبدالحميد ، و الشواري، عاطف(2019م)، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الأول، دار الكتب والدراسات العربية.
- شواري، عبدالحميد ، و الشواري، عاطف(2019م)، موسوعة الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999م، الجزء الثاني، دار الكتب والدراسات العربية.
- عبدالرافع، موسى، نظام الإفلاس إلى أين؟ التجربة الفرنسية(بلا سنة نشر)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عكيلي، عزيز(2011م) الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دار الثقافة-عمّان.
- عوض، علي جمال الدين، الإفلاس في قانون التجارة الجديد، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية- القاهرة.
- عيد، إدوار، الأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية، مطبعة باخوس وشرتوني-بيروت.
- غانم، محمد عبدالمقصود(2020م)، شرح قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية-الجيزة.

- قليوبي، سميحة (2019م)، الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس، دار النهضة العربية-القاهرة.
- مصري، حسني(1987م)، القانون التجاري، الإفلاس، الطبعة الأولى، بلا دار نشر.
- مكرم، شريف، التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلّس، في ضوء قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، (2005م)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة.
- هياجنة، سعيد محمد سعيد(1993م)، آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، دراسة مقارنة، بلا دار نشر.

#### ثالثاً- الرسائل الجامعية:

- آل الشيخ، عبدالمحسن ابراهيم (1982م) رسالة ماجستير بعنوان: أحكام الحجر على المفلّس في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

•

#### رابعاً- الدوريات والمجلات:

- صفار، زينة غانم عبدالجبار(2017م)، بحث منشور بعنوان: الجديد في قانون الإفلاس رقم 9 لسنة 2016 لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد 36.
- عطين، عمر فلاح(2013م)، بحث بعنوان : الصلح الوافي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، منشور في مجلة : دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 40 العدد 1، 2013م.
- الشعبي، أحمد عبد الجبار (2017)، فك الحجر عن المدين المفلّس، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرابطة المحمدية للعلماء، العدد 5.
- حمو، نسيبة إبراهيم (2008م)، حماية الائتمان التجاري بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد(10)، العدد (38).
- إبراهيم، أبو الوفا(1998م)، بحث بعنوان (حماية الدائن من افتعال إعسار في الفقه الإسلامي والقانون المصري) سلسلة المنتدى الاقتصادي، اللقاء الخامس، جامعة الأزهر.

- الشعبي، أحمد عبدالجبار (2014م)، بحث منشور بعنوان: الديون والأعيان والتصرفات المالية التي لا يشملها حكم الحجر على المفلس، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 63.

#### خامساً- القوانين والأنظمة والاتفاقيات الدولية:

- قَانُونُ أصول المحاكمات المدنية رقم 44 لسنة 1988م المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 على الصفحة 735 بتاريخ 1988/4/2م
- قَانُونُ إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس المصري رقم 21 لسنة 2018. الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر (د) بتاريخ 19 / 2 / 2018.
- قَانُونُ الإعسار الأردني رقم (21) لسنة (2018م)، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5514 على الصفحة 2640 بتاريخ 2018/5/16م .
- قَانُونُ الإفلاس الإماراتي رقم 9 لسنة 2016م ، الصادر بتاريخ 2016/9/20 (البوابة الرسمية لحكومة الإمارات، موقع إلكتروني(-information-ar-ae/u.ae and-services)، تاريخ الزيارة 2020/5/10.
- قَانُونُ التِّجَارَةِ الأردني رقم 12 لسنة 1966م المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 1910، بتاريخ 1966/3/30م.
- قَانُونُ لسنة 1936 (أصول المحاكمات في قضايا الإفلاس لسنة 1936) المنشور في العدد 622 على الصفحة 1007 بتاريخ 1936-08-15م
- قَانُونُ مؤقت رقم 15 لسنة 2010 (قانون المعلومات الائتمانية مؤقت) لسنة 2010) المنشور في العدد 5034 على الصفحة 3071 بتاريخ 2010-06-01م
- نظام رقم 143 لسنة 2018 (نظام شركات رأس المال المغامر لسنة 2018) المنشور في العدد 5551 على الصفحة 7723 بتاريخ 2018-12-27 والساري بتاريخ 2018-12-27م
- نظام رقم 8 لسنة 2019 (نظام الإعسار لسنة 2019) المنشور في العدد 5561 على الصفحة 583 بتاريخ 2019-02-17 والساري بتاريخ 2019-02-17.

#### سادساً - المواقع الإلكترونية:

- منشورات مركز قسطاس (الأحكام القضائية والتشريعات) [/https://qistas.com](https://qistas.com)
- البوابة الرسمية لحكومة الإمارات، موقع إلكتروني ([u.ae/ar-ae/information-and-services](https://www.ae.gov.ae))، تاريخ الزيارة 2020/5/10.
- الموقع الرسمي لليون التشريعي والرأي الأردني، مسودات القوانين والأنظمة، <http://www.lob.jo/>، تاريخ الزيارة 2020/6/20.
- الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، [/https://uncitral.un.org](https://uncitral.un.org) ، تاريخ الزيارة 2020/9/10.
- معجم المعاني الإلكتروني، [/https://www.almaany.com](https://www.almaany.com)، تاريخ الزيارة 2020\6\12.

#### سابعاً - المراجع الأجنبية:

- David Jolly and Kate Glibraith, Dubai's Move on debt rattles Markets World Wide, New YORK TIMES, p1 , November 27.2009
- the Bankruptcy System, (Egypt and Jordan), (2014), The Arab Center for the Rule of law and Integrity, Beirut – Lebanon.
- Restructuring and insolvency in France: overview Forms of security, مقال أجنبي بعنوان by Paul Talbourdet and Joanna Gumpelson,
- منشور على الموقع الإلكتروني [uk.practicallaw.thomsonreuters.com](http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com)
- Kokorin, Ilya (2019), Contracting Around Insolvency Jurisdiction: Private Ordering in European Insolvency Jurisdiction Rules and Practices, In: Vesna Lazić, Steven Stuij, Recasting the Insolvency Regulation, SpringerLink Electronic Data Base p21.

## حق المساهم في الرقابة على إدارة الشركة المساهمة العامة

### "دراسة قانونية في ضوء أحكام قانون الشركات الأردني ومبادئ حوكمة الشركات التجارية"

ملاك عواد اسماعيل صوالحة\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.220730.10](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.220730.10)

تاريخ استلام البحث 2022/03/24 .  
تاريخ قبول البحث 2022/06/16 .

\* قسم القانون، كلية القانون، جامعة اليرموك، الاردن.  
\* للمراسلة: [malak\\_sawalha93@yahoo.com](mailto:malak_sawalha93@yahoo.com)

#### الملخص

يُعتبر مبدأ حق المساهم في الرقابة على إدارة الشركة المساهمة العامة من أهم مبادئ حوكمة الشركات التجارية التي تضمن للمساهم الحصول على حقوقه القانونية والقضائية، ولقد أولى المشرع الأردني هذه الحقوق بالتنظيم في قانون الشركات الأردني والتشريعات المكملة له، لكن بالمقابل أوردت هذه النصوص قيوداً على حق المساهم، كما شاب بعض هذه النصوص نقصاً تشريعياً يتمثل بعدم اعتماده معياراً ثابتاً عند تنظيم بعض حقوق المساهم، وخلصت الدراسة إلى عدد من النتائج كان أهمها أنّ الحقوق القانونية الممنوحة للمساهم ليست كافية وحدها لتحقيق الرقابة المنشودة على إدارة الشركة المساهمة العامة دون تعزيزها بالحقوق القضائية، وقد أوصت الدراسة بتعديل نصوص المادتين (181)، (274) وذلك بإلغاء القيد الوارد فيهما على حق المساهم بالاطلاع تحقيقاً لمبادئ حوكمة الشركات التجارية.

الكلمات الدالة: رقابة المساهم، حقوق المساهم القانونية، حقوق المساهم القضائية.

### The Shareholder's Right in Censoring the Management of the Public Shareholding Company: " A Legal Study in Light of the Provisions of the Jordanian Company Law and Principles of Commercial Corporate Governance" Mallak Awwad Ismaiel Sawalha\*

\* Department of Law, Faculty of Law, Yarmouk University, Jordan.  
\* Crossponding author: [malak\\_sawalha93@yahoo.com](mailto:malak_sawalha93@yahoo.com)

Received: 24/03/2022.  
Accepted: 16/06/2022.

#### Abstract

Principle of shareholder's right on the management of public shareholding company is deemed one of the most principles of commercial corporate governance that guarantees to shareholder getting his legal, judicial rights. Although these rights have been given a priority and organized by the Jordanian legislator in the Jordanian Company Law and complementary Acts, they have been limited and restricted by the legislator. Some of these provisions have been reproached for lack of legislation; they have not relied on a precise steady proven criterion when some of shareholders rights were organized. This study has concluded a significant number of findings, the most important of which are that the legal rights granted to the shareholder are not individually sufficient to achieve the censorship sought on the management of public shareholding company without being reinforced by the judicial rights. In order to achieve the commercial corporate governance, an amendment of the articles (181), (274) has been recommended in this study, and should be made by removing the restriction included therein concerning the shareholder's right of awareness thereon.

**Keywords:** Shareholder Censorship, Shareholder's Legal Rights, Shareholder's Judicial Rights.

## المقدمة

تعدّ شركات المساهمة العامة العصب الرئيس في تغذية اقتصاديات الدول المعاصرة، حيث إنّ هذه الشركات تتميز في قيامها بمشاريع ضخمة من شأنها تحريك اقتصاد الدول، حتى بلغ الأمر ببعض الشركات أنّ رأسمالها يفوق ميزانيات كبريات الدول.

لكن بعد الأزمات العالمية الأخيرة، التي تتمثل بحالات الإفلاس والانهيارات المالية التي هزت اقتصاد كبريات الشركات، والتي ظهر فيما بعد بأن كان لها سبب مشترك نتيجة عدم فعالية الأنظمة الإدارية والرقابية في الحفاظ على حقوق المتعاملين مع تلك الشركات وخاصة المساهمين فيها<sup>(1)</sup>، ولذلك كلّ ونظرًا لما تتمتع به الشركات من أهمية، بدأت الدول تنحوا منذ وقتٍ ليس ببعيد إلى وضع قواعد خاصة بحوكمة الشركات التجارية، بالإضافة إلى قيام العديد من المنظمات الدولية بهذه المهمة، كما هو الحال بمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي الدولية (OECD) وهي منظمة اقتصادية حكومية دولية مقرها فرنسا وتضمّ 38 دولة عضو؛ التي وضعت مبادئ خمسة للحوكمة، وغيرها الكثير من هذه المنظمات، وفيما بعد بدأت الدول بتبني هذه المبادئ في تشريعاتها الداخلية وذلك في قوانين الشركات والتشريعات الملحق بها.

أمّا عن المشرّع الأردني، فلم ينص صراحةً على تبني مبادئ الحوكمة ولم يُفرد تعريفًا خاصًا بها في قانون الشركات الأردني رقم (22 لسنة 1997م) وتعديلاته إلى حين صدور مشروع قانون معدّل لقانون الشركات في العام (2017م) الذي تضمن تقنيناً لقواعد الحوكمة<sup>(2)</sup>؛ وفي ذلك نقلة هامة جدًا نحو بيئة عمل الشركات إذا حسنت دائرة مراقبة الشركات إنفاذ هذا التعديل بصورة لا تتعارض وقواعد الحوكمة المطبقة لدى البنك المركزي، وإدارة التأمين، وبورصة عمان، كما أنّ هيئة الأوراق المالية أصدرت تعليمات حوكمة الشركات المساهمة المدرجة في بورصة عمان لعام (2017م)؛ لتكون قواعد الحوكمة بموجب هذه التعليمات ملزمة بعد أن كان دليل الحوكمة السابق الصادر عن الهيئة عام (2009م) غير ملزم للشركات وإنمّا للاسترشاد فقط؛ وذلك بهدف التدرج في إلزاميتها ومنح الشركات وقتًا كافيًا للتكيف مع مبادئ الحوكمة وتعزيز الوعي بها للوصول إلى الالتزام الكامل بها، وقد دخلت التعليمات الجديدة حيز التنفيذ منذ تاريخ (22 أيار من عام 2017م).

وقد جاءت قواعد حوكمة الشركات من أجل تحقيق التوازن بالنسبة لجميع الأطراف الداخليين في نطاق الشركات والمتعاملين معها، حيث جاءت هذه القواعد لتمنح للإدارة الحق في إدارة الشركة بشكل مستقل دون تدخل من أحد في شؤون إدارتها، وفي المقابل أعطت للمساهمين الحق في الرقابة على أعمال الشركة من خلال العديد من الوسائل كحقهم بالاطلاع على مستندات الشركة وعلى ميزانيتها وغيرها من المستندات، بالإضافة إلى إقرار حق الشركة في المحافظة على أسرارها حيث إنّ الأسرار الخاصة بالشركة هي ذات أهمية كبيرة بالنسبة لها.

وبالنسبة لرقابة المساهمين الفعالة التي جاءت قواعد حوكمة الشركات من أجل تحقيقها، تُظهر لنا العديد من الصعوبات بهذا الشأن؛ وذلك بسبب كثرة عدد المساهمين، وضعف الرقابة من قبل أقلية المساهمين، وقلة الخبرة

(1) جهول، عمار حبيب، النظام القانوني لحوكمة الشركات، ط1، دار نبروز-منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص37، 38.

(2) نصّت المادة (151) من قانون الشركات الأردني رقم (22 لسنة 1997 وتعديلاته) المنشور في الجريدة الرسمية عدد (4204) بتاريخ 1997/5/15: تلتزم الشركات المساهمة العامة بتطبيق تعليمات قواعد الحوكمة الصادرة عن الوزير بناء على تنسيب المراقب.. .

غالباً- لدى هؤلاء المساهمين بالإضافة إلى انعدام نسبة المشاركة لديهم, وذلك لاتّجاه أغلبهم لتحقيق الربح دون توفر نيّة المشاركة لديهم, هذا كلّه يجعل الرّقابة من قبل المساهمين غير فعّالة وغير واقعية, ولذلك فإنّه لا بدّ من تفعيل هذا الدور الرقابي للمساهمين على الهيئات الإداريّة في الشركة وبالتالي تفعيل دورهم في الرّقابة على إدارة الشركة بشكل عام, لذلك كلّه حاولت التشريعات الخاصة بالشركات قدر الإمكان التصديّ لهذا التحديّ وذلك بوضع مجموعة من الإجراءات, يستطيع المساهم من خلالها الرّقابة على أعمال مجلس الإدارة.

تتبع أهمية هذه الدّراسة من أهمية الشركات المساهمة العامّة التي لها تأثير بالغ في اقتصاديات الدول بسبب ضخامة رؤوس أموالها؛ فكان من الضروري إيجاد مبادئ الحوكمة لتنظّم عملها وتُحافظ على تنافسيتها وتحقّق التوازن بين إدارة الشركة من جهة والمساهمين من جهة أخرى, وكان مبدأ حقّ المساهمين في الرّقابة على إدارة الشركة هو من أهمّ مبادئ الحوكمة التي تضمن للمساهمين الحصول على حقوقهم القانونيّة والقضائيّة وتحقّق العدالة بين أقلّيتهم وغالبيتهم, كما تظهر أهمية هذه الدّراسة بالنظر إلى ندرة وجود دراسة قانونيّة متخصصة في حدود الفقه تناولت العنوان مدار البحث, وكانت جميع الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع هي دراسات اقتصادية بحثية, وحتى القانونيّة منها لم تبحث الموضوع في ضوء مبادئ حوكمة الشركات التجاريّة.

تتمحور إشكالية الدّراسة الرئيسيّة حول مدى كفاية وشموليّة نصوص قانون الشركات الأردني والتشريعات المكتملة له الناظمة لحقوق المساهمين في الرّقابة على إدارة الشركات المساهمة العامّة, بالإضافة إلى مدى تبني المشرّع الأردني مبادئ حوكمة الشركات التجاريّة فيما يخصّ حقوق المساهمين.

وهذه الإشكالية يتقرّع عنها عدد من التساؤلات: فهل تُعتبر شخصيّة المساهم عند ممارسته لحقّ التصويت محلّ اعتبار؟ وكيف يمكن تحقيق الموازنة بين حقّ المساهم بالاطلاع مع حقّ الشركة بالمحافظة على سرّيّة المعلومات لديها؟ وهل فرض المشرّع في قانون الشركات الأردني قيوداً على حقّ المساهم؟

أمّا بخصوص منهجيّة الدّراسة سيعتمد الباحث المنهج الوصفي عند بيان مفهوم الحقوق القانونيّة, والحقوق القضائيّة, بالإضافة إلى المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونيّة والآراء الفقهيّة التي تناولت بالتنظيم حقوق المساهمين, مع الاسترشاد بالأحكام القضائيّة ذات الصلة بموضوعات الدّراسة.

وعليه سوف يتم بحث موضوع هذه الدّراسة من خلال **مبحثين**: سيتناول **المبحث الأول** الحقوق القانونيّة للمساهم وهي حقّ المساهم في الحضور, وحقّ المساهم في التصويت, وحقّ المساهم في الاطلاع. أمّا في **المبحث الثاني** ستكون الحقوق القضائيّة للمساهم مدار البحث, من حيث حقّ المساهم في تقديم الأسئلة والاستجواب, وحقّ المساهم في مقاضاة الشركة.

## المبحث الأول

### الحقوق القانونية للمساهم

يُقصد بالحقوق القانونية للمساهم، بأنها تلك الحقوق التي نصّ عليها المشرع الأردني في قانون الشركات التي من شأنها تمكين المساهم من القيام بالمهمّة الرقابية على إدارة الشركة، متمثلة بحق المساهم في الحضور والتصويت والاطلاع، وتمّ تسميتها بذلك لأنها تتميز عن الحقوق التي يُمارسها من خلال السلطة القضائية التي سيتم بحثها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

هذه الحقوق التي من شأنها تحقيق الرقابة للمساهم على إدارة الشركة قد تمّ حمايتها من قبل أنظمة الحوكمة وذلك بأساليب تكفل الحماية القانونية لها وعدم تعرّضها لأي خطر يهدّد سلامتها أو يضيف أعباء على الشركة<sup>(1)</sup>. وسوف يتم بحث هذه الحقوق من خلال ثلاثة مطالب كالتالي:

**المطلب الأول: حقّ المساهم في الحضور.**

**المطلب الثاني: حقّ المساهم في التصويت.**

**المطلب الثالث: حقّ المساهم في الاطلاع.**

### المطلب الأول: حقّ المساهم في الحضور

لا بدّ لنا هنا من البحث عن كيفية تحقّق رقابة المساهم على إدارة الشركة من خلال حضوره لاجتماعات الهيئة العامة العادية منها وغير العادية، وهل هذا الحضور كافٍ بذاته لتحقّق الرقابة المنشودة أو لا؟ يُعتبر هذا الحقّ من الحقوق الرقابية للمساهم نتيجة مساهمته في شركة المساهمة العامة، التي من شأنها تمكينه من الاشتراك في إدارة الشركة من خلال مراقبة ومتابعة أعمالها والمساهمة في صنع القرارات التي تتخذها جمعيتها العمومية، بحيث إنّ الشركة تُدار وفقاً لأسس ديمقراطية ووسائل حديثة تقوم على السماح للمساهمين بالاشتراك في إدارة الشركة من جهة والرقابة عليها من جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

عند حديثنا عن حقّ المساهم بحضور اجتماعات الهيئة العامة فإنّه لا بدّ لنا من بيان ماهية هذا الحقّ، والطبيعة القانونية له، ومدى حرية المساهم في ممارسة هذا الحقّ، وسيتم معالجة ذلك تباعاً.

### أولاً: ماهية الحقّ بالحضور

يُعتبر حقّ المساهم بحضور اجتماعات الهيئة العامة بمنزلة الضمانة التي تمكّنه من الرقابة على إدارة الشركة، بحيث إنّ هذا الحضور سيمكّنه ابتداءً من وجوده الذي يحقق له الاطلاع على ما تقوم به الإدارة في هذه الشركة<sup>(3)</sup>.

(1) الخضري، محسن أحمد، حوكمة الشركات، ط1، مجموعة النيل العربية، مصر، 2005، ص53.

(2) التل، محمد بسام، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة العامة المحدودة في القانون الأردني، 2013، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ص62.

(3) أبو الفتح، عبد الصمد، الدور الرقابي للمساهم داخل شركات المساهمة العامة، 2010، رسالة ماجستير، جامعة الحسن الأول، المغرب، ص4.



تبدو ماهية هذا الحق من الانطلاق من عضوية المساهم في الهيئة العامة للشركة، التي تُعتبر السُلطة الأعلى والأكثر نفوذاً وذات الصلاحيات الواسعة في الإشراف والرقابة، وبالانطلاق أيضاً من صفته شريكاً في رأس مال الشركة وحقه في إدارة وحماية ماله.

ويثبت هذا الحق للمساهمين فقط، وهو من الحقوق الأساسية لهم، ولا يجوز المساس به دون مبرر قانوني، وحدوث ذلك يؤدي إلى بطلان اجتماع الهيئة العامة، كما يرتب عقوبات مدنية وجنائية على مجلس الإدارة.

ويثبت هذا الحق لجميع المساهمين بغض النظر عن نوع الأسهم التي يملكونها<sup>(1)</sup>، وقد جاء قانون الشركات الأردني ملزماً لإدارة الشركة على احترام هذا الحق وذلك بالتأكيد على حق كل مساهم بالحضور دون قيد أو استثناء؛ بحيث يجب على مجلس الإدارة توجيه دعوة إلى كل مساهم لحضور الاجتماع وذلك قبل تاريخ انعقاده بواحد وعشرين يوماً على الأقل، وهذه المدة تمّ تمديدها في التعديلات التي طالت قانون الشركات لعام (2017م) بعد أن كانت أربعة عشر يوماً، وهذا التمديد يصبّ في مصلحة المساهم بحيث يعطيه الوقت الكافي للإعداد للاجتماع، ولكنه من ناحية أخرى هو عبء يُثقل كاهل الشركة خصوصاً أنه يجب ألا يقل عدد اجتماعات مجلس الإدارة عن ستة اجتماعات خلال السنة المالية، وأنه يجب ألا ينقضي أكثر من شهرين دون عقد اجتماع.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لحق الحضور

يُعتبر حضور المساهم لاجتماع الهيئة العامة ومشاركته في النقاش الطريق الذي يمكنه من ممارسة حقه في الرقابة والمساهمة في صنع قرارات الشركة، ولتحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق الأهمية البالغة التي تتمثل بتحديد حجم الحماية القانونية التي يتمتع بها، ومدى جواز الاتفاق على خلافه، وكان قد اختلف الفقه في تكييف هذا الحق باعتباره من الحقوق الأساسية للمساهم أو من الحقوق غير الأساسية له، وانقسمت الآراء على النحو الآتي<sup>(2)</sup>:

**المجموعة الأولى:** اعتبروا أنّ حق المساهم في الحضور هو حق غير أساسي ويجوز حرمان المساهم من هذا الحق أو الاتفاق على ما يخالفه أو حتى التنازل عنه، وأنّ المساهم يُمارس هذا الحق في سبيل تحقيق مصالحه الشخصية المتمثلة باستثماراته في الشركة والحصول على الأرباح المتأتية منها.

**المجموعة الثانية:** ترى أنّ حق المساهم في الحضور هو حق أساسي ذو طبيعة اجتماعية، لا يمكن الحرمان منه ولا يمكن للشركة إصدار أسهم مجردة منه، لأنّ ممارسة المساهمين لهذا الحق هو أمر متعلق بطبيعة نظام الشركة. ولكن الرأي المرجح هو أنّ حق الحضور حق أساسي، إذ إنه ومن خلال هذا الحق يتمكن المساهم من حماية حقه الأصلي المتمثل بملكية الأسهم وشراكته في الشركة، وأي امتيازات قد تمنح للمساهم لا تعوّضه عن ممارسته لهذا الحق، بل قد تجعل الأمر أكثر خطورة، لانحسار إدارة الشركة بيد فئة معينة من المساهمين وقد يؤدي هذا بالنتيجة إلى الإضرار بمسيرة الشركة.

(1) البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات: القانون التجاري العام-الشركات-المؤسسة التجارية-الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص366.

(2) جاسم، فاروق إبراهيم، حقوق المساهم في شركة المساهمة العامة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص194، 195. شاهين، محمد شوقي، الشركات المشتركة: طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، بدون دار نشر، مصر، 1989، ص295، 296.

البستاني، سعيد يوسف، المرجع السابق، ص366، 367.

التل، محمد بسام، المرجع السابق، ص74.

### ثالثاً: مدى حرية المساهم بحضور اجتماعات الشركة

إن حضور المساهم لاجتماعات الهيئة العامة هو من الحقوق الأساسية كما أسلفنا، وهذا الحق يُعتبر الطريق الممهّد للمساهم لكي يُمارس رقابته على إدارة الشركة المساهمة العامة، ولكن هل للمساهم الحرية المطلقة لممارسة هذا الحق أو أنه مقيد بقيود يجب عليه اتباعها؟

يبدو لنا جلياً بأنّ للمساهم مطلق الحرية في ممارسة حقه في الحضور من عدمه، ولا مجال للقول بإجبار المساهم على ممارسته للحضور، وأنّ أيّ امتناع من قبله عن الحضور يُعدّ إسقاطاً لحقه، ويقتصر أثر غيابه على احتساب نصاب الانعقاد الخاص بالاجتماع، إذ إنّ هذا الامتناع يؤثر في الاجتماع من حيث إنقاص عدد الحضور، وبالتالي ينعكس سلبيّاً على نصاب الاجتماعات<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: حق المساهم في التصويت

إن حضور المساهم لاجتماعات الهيئة العامة ليس مقصوداً بحدّ ذاته ليحقّق الرقابة على إدارة الشركة، ولكن هذه الرقابة تتحقّق من خلال مباشرة المساهم لحقه في التصويت الذي يُمكنه المشاركة بشكل فعّال في شؤون الشركة ومراقبة أجهزتها المختلفة بالتسيير.

ويشكّل حق المساهم بالتصويت المظهر الرئيسي لتعبير المساهم عن إرادته، وحتى يحقّق حق التصويت هذا الهدف ويتمكّن المساهم من المشاركة بشكل فعّال في حياة الشركة، فإنّه يتعيّن أن يتم ذلك باستقلالية تامة خارجة عن كل ضغط<sup>(2)</sup>.

ويُمارس المساهم حقه بالتصويت بكلّ حرية، وذلك حسب المعلومات التي يطّلع عليها والآراء التي يتم تبادلها أثناء مداوالات الجمعية العامة، ويُمارس حقه في حرية الاختيار إلى آخر لحظة ما دامت المناقشات التي تتم داخل الجمعية العمومية قد تُظهر عناصر جديدة يجب على المساهم أن يأخذها بعين الاعتبار. ويبقى لدينا التساؤل عن ماهية وطبيعة الحق في التصويت ومدى حرية المساهم بممارسة هذا الحق.

### أولاً: ماهية وطبيعة الحق بالتصويت

حتى يستطيع المساهم اتّخاذ أي قرار فإنّ ذلك يقضي حصوله على المعلومات الكافية المرفقة بالدعوة إلى اجتماع الهيئة العامة، ليقوم فيما بعد بإبداء رأيه عن طريق التصويت على المشاريع المُدرجة بجدول أعمال الهيئة العامة. حيث إنّ بعد اكتمال النصاب القانوني لانعقاد الجمعية العمومية، تتداول هذه الأخيرة في كل مسألة واردة في جدول أعمالها، ثم يتم طرح المساءلات للتصويت عليها بغية اتّخاذ القرارات اللازمة بشأنها، ويتم التصويت في الأصل بطريقة علنية، إلا إذا اشترط النظام الأساسي للشركة غير ذلك<sup>(3)</sup>.

ولممارسة هذا الحق فقد نصّ القانون على أن يتسلّم المساهمون إشعاراً لحضور الاجتماع بالبريد العادي أو بوسائل الاتصال الإلكترونية ويجوز التبليغ بالتسليم باليد مقابل التوقيع بالاستلام وتكون هذه الدعوة مرفقة بجدول أعمال الهيئة العامة وتقرير مجلس إدارة الشركة وميزانيتها السنوية العامة وحساباتها الختامية وتقرير مدققي الحسابات

(1) التل، محمد بسام، المرجع السابق، ص 79.

(2) أبو الفتح، عبد الصمد، المرجع السابق، ص 6.

(3) أبو الفتح، عبد الصمد، المرجع السابق، ص 7.

والبيانات الإيضاحية، ويشترك المساهم بالمناقشة والتصويت على القرارات المتخذة في اجتماع الهيئة العمومية، ولا يجوز لنظام الشركة إغفال هذا الحق أو تضييقه<sup>(1)</sup>.

ونص قانون الشركات الأردني على أنه: يكون التصويت على قرارات مجلس إدارة الشركة شخصياً، أي لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز أن يتم بالمراسلة أو بصورة غير مباشرة أخرى.

يتبين لنا من النص السابق أن شخصية المساهم عند التصويت على قرارات مجلس الإدارة محل اعتبار تحت طائلة بطلان التصويت.

ويكون التصويت حسب كمية الأسهم التي يمتلكها المساهم، فقد تبني المشرع الأردني مبدأ وجوب تناسب عدد أصوات المساهمين مع مقدار رأس مال الشركة الممثل في نفس الاجتماع أو متناسباً معه، ويشكل هذا المبدأ انعكاساً لمبدأ المعاملة المتساوية بين المساهمين الذي يُعتبر أحد المبادئ الجوهرية لحوكمة الشركات التجارية<sup>(2)</sup> بعد أن بينا ماهية وطبيعة الحق في التصويت من قبل المساهم في الهيئة العمومية، بقي أن نبحث مدى حريته بممارسة هذا الحق.

### ثانياً: حرية المساهم في ممارسة الحق في التصويت

سبق أن تمت الإشارة إلى أن حق المساهم بالتصويت من خلال الهيئة العمومية هو بمنزلة حق يمكنه من ممارسة الرقابة المنشودة على إدارة الشركة المساهمة، ولكن هل يستطيع المساهم التنازل عن هذا الحق، وهل يوقع عليه أي جزء بالمقابل إذا لم يُمارسه؟

إن القاعدة العامة أن للمساهم مطلق الحرية في التصويت من عدمه، وأن لا جزء يترتب عليه في حال امتناعه عن مباشرته لهذا الحق، وهو من المنطق لأن من يملك الحق يملك التنازل عنه وإسقاطه، لاعتباره حقاً يقع ضمن سلطته وله حرية التصرف فيه<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: حق المساهم في الاطلاع

يُعتبر حق المساهم في الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالشركة من أهم الحقوق القانونية التي تُمنح للمساهم وتمكّنه من ممارسة حقه في الرقابة، وسنقوم ببيان ماهية هذا الحق، وكيفية الموازنة بين حق المساهمين في الاطلاع وبين مصلحة الشركة في المحافظة على أسرارها.

### أولاً: ماهية الحق في الاطلاع

يُمكن تعريف الحق في الاطلاع على أنه حق المساهمين بالاطلاع على سجلات الشركة والحصول على صور ووثائق بالشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية<sup>(4)</sup>.

(1) عباينة، محمود، مدى كفاية نصوص قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته في تحقيق حوكمة الشركات المساهمة العامة في الأردن في ضوء مبادئ الحوكمة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، 2012، المجلد 39، العدد 1، ص 325.

(2) الغريافي، سعيد بن عبد العزيز، الآثار المترتبة على حوكمة شركات المساهمة العامة، 2011، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ص 94.

(3) التل، محمد بسام، المرجع السابق، ص 80.

(4) محرز، محمد أحمد، القانون التجاري، بدون دار نشر، مصر، 1995، ص 703.

وقد جاء المشرع الأردني لينص صراحةً على هذا الحقّ معتبراً إيّاه حقاً أساسياً لا يمكن المساس به أو الاستغناء عنه، وبذلك كان قد أغلق أيّ باب يقيّد هذا الحقّ أو يمنعه؛ فقد أجاز المشرع للمُساهم والشريك في الشركة الاطلاع على المعلومات والوثائق المنشورة المتعلقة بالشركة والمحفوظة لدى دائرة مراقبة الشركات، والحصول على صورة مُصدّقة منها بموافقة مراقب عام الشركات، أمّا البيانات غير المنشورة فإنّ الحصول عليها يجب أن يقترن بموافقة المحكمة وبعد دفع الرسوم المقرّرة.

ومن جانبنا نرى أنّ المشرع في هذا النصّ اشترط على المُساهم للحصول على البيانات -غير المنشورة- بأنّ يدفع بدلاً تقدماً وأنّ يحصل على إذن من المحكمة، وطالما هذا الشرط ورد على البيانات غير المنشورة فإنّه لا يُشكّل قيّداً على حقّ المُساهم بالاطلاع، وفي ذلك نوع من المحافظة على مصلحة الشركة.

كما أجاز المشرع الأردني في قانون الشركات لأيّ مُساهم الاطلاع على سجل مُساهمته بصرف النظر عن سبب الاطلاع، وكذلك أجاز اطلاعه على كامل السجل ولكن لسببٍ معقول، وقد تمّ إجازة الاطلاع على سجل المُساهمين لأيّ شخص ذي مصلحة حسب ما تقدّره المحكمة، أمّا في حالة طلب المُساهم أو الشخص ذي المصلحة باستتساخ السجل فيحقّ للشركة عندئذٍ أن تتقاضى بدلاً معقولاً، ويُعتبر اشتراط البدل هنا أيضاً لغايات المحافظة على مصلحة الشركة وضمان المحافظة على بيانات مُساهميها.

وبعد ذلك قد منح قانون الشركات الأردني للمُساهم الحقّ في الاطلاع على نَقّات التأسيس، وذلك بعد اكتسابه لصفة المُساهم، وله الحقّ في الاطلاع على تقرير لجنة التأسيس الذي يجب أن يتضمّن معلومات وافية عن جميع أعمال التأسيس وإجراءاته مع الوثائق المؤيدة لذلك، وله التثبت من صحتها، ومدى موافقتها للقانون ونظام الشركة الأساسي، وقرّر القانون أيضاً حقّ المُساهم في الاطلاع على محاضر اجتماعات الهيئة العامّة، وذلك من خلال طلبه لصورة مُصدّقة عن هذا المحضر، ولكن يتمّ إعطاؤه هذه الصورة مقابل دفعه الرسوم المقرّرة، ويتم طلب هذه الصورة من مراقب الشركات.

وتعزيزاً من مشرّعنا الأردني لمفهوم الرقابة بالاستناد إلى حقّ المُساهم في الاطلاع، فقد أتاح المشرع له الاطلاع على الكشف الذي يضعه مجلس إدارة الشركة المُساهمة العامّة في مركزها الرئيسي، الذي يتضمّن المبالغ التي حصل عليها رئيس وأعضاء مجلس الإدارة خلال السنة المالية والمزايا الممنوحة لكلّ منهم كالمسكن المجاني والسيارات، بالإضافة إلى المبالغ والتبرعات التي تُدفع من قبل أعضاء مجلس الإدارة.

**ثانياً: الموازنة بين حقّ المُساهمين في الاطلاع على المعلومات وبين مصلحة الشركة في المحافظة على أسرارها**

يقابل حقّ المُساهمين في الاطلاع على المعلومات التزام الشركة بالإفصاح بالمعلومات الذي يعدّ أحد أهمّ مبادئ الحوكمة؛ ولكن إذا كانت الغاية من تقرير الالتزام بالإفصاح على الشركة حماية المتعاملين معها في كل الأحوال، فإنّه قطعاً لا يُراد من ذلك إلحاق ضرر بالشركة نفسها، كون البيئة التجاريّة تقوم على أساس تحقيق الأرباح وتنشط بفعل التنافس، ومن هنا يثور التساؤل عن مدى شمولية الإفصاح لتلك المعلومات التي تمثّل ميزة تنافسيّة في مواجهة الشركات الأخرى التي تُعرف بالأسرار التجاريّة؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بدّ من معرفة مفهوم السرّ التجاري الذي يمكن تعريفه استناداً إلى قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجاريّة الأردني بأنه أيّ معلومات غير معروفة في صورتها النهائية أو في مكوثاتها الدقيقة، أو ليس من السهل الحصول عليها في وسط المتعاملين عادةً، ويكون لها قيمة تجارية، ويُخضعها صاحبها لتدابير معقولة للمحافظة على سرّيتها في ظل ظروفها الراهنة<sup>(1)</sup>.

ومن وجهة نظرنا أنّ المشرّع الأردني كان مؤقفاً بتحديد الخصائص الواجب توافرها في السرّ التجاري حيث إنّه شمل جميع مواصفاته.

وقد أبدت التشريعات المنظمة لقواعد حوكمة الشركات حرصها للمحافظة على الأسرار التجاريّة للشركة وبالتالي قدرة الشركة التنافسيّة، فنجد أنّ قانون الشركات الأردني حظر على رئيس مجلس الإدارة أو أيّ عضو من الأعضاء أن يُفشي إلى أيّ مُساهم في الشركة أو إلى غيره أيّ معلومات أو بيانات تتعلّق بالشركة تُعتبر ذات طبيعة سرّية بالنسبة لها وكان قد حصل عليها بحكم منصبه في الشركة، أو قيامه بأيّ عمل لها أو فيها، وذلك تحت طائلة العزل والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة، واستثنى من ذلك المعلومات التي تُجيز القوانين والأنظمة المعمول بها نشرها، كما حظرت قواعد حوكمة الشركات المدرجة في بورصة عمان على أيّ شخص مطّلع في الشركة<sup>(2)</sup> إفشاء المعلومات الداخليّة المتعلّقة بالشركة لغير المرجح المختصّ أو القضاء.

أمّا بالنسبة لحقّ المساهمين في الاطلاع على المعلومات كذا قد تطرّقنا إلى موقف المشرّع الأردني من ذلك في نصّ المادة (274/أ) من قانون الشركات، ولكن بخصوص هذه المسألة نلمس وجود نقص تشريعي يتمثّل بعدم تحديد ضوابط زمنيّة ومكانيّة لهذا الحقّ بشكل واضح، كذلك لم يتمّ تحديد معيار ثابت من شأنه تحقيق الموازنة بين حقّ المساهم في الاطلاع على المعلومات من جهة وحقّ الشركة في المحافظة على أسرارها من جهة أخرى، فكان من الأولى على مشرّعنا أن يتبنّى معيار الضرر الذي يلحق بالشركة جرّاء إفصاحها عن المعلومات الداخلة ضمن دائرة الأسرار التجاريّة؛ للمحافظة بالنهاية على تنافسيّتها واستمرار وجودها كون الشركات المساهمة العامّة لها ارتباط كبير في اقتصاد الدولة ككلّ وهو بذلك يكون قد جسّد نوعاً من الحماية للشركة وبذات الوقت خلق نوعاً من التوازن بين حماية الشركة وحقّ المساهمين في الاطلاع.

تعدّ الحقوق السابقة المتمثّلة بحقّ المساهم بالحضور والتّصويت والاطلاع، والتي تمّ بحثها تحت مفهوم الحقوق القانونيّة غير كافية وحدها لتمكين المساهم من ممارسة دوره الرقابي المنشود، لذلك كلّه فإنّ هناك نوعاً آخرًا من الحقوق وهي الحقوق القضائيّة التي يمكن ممارستها من قبل المساهم من خلال لجوئه للوسائل القضائيّة، وهذا ما سيتمّ بحثه في المبحث الثاني من هذه الدّراسة.

(1) المادة(4/أ) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (15 لسنة 2000) المنشور في الجريدة الرسمية عدد (4423) بتاريخ 2000/4/2.

(2) يُعرّف الشخص المطّلع في الشركة حسب تعليمات حوكمة الشركات المساهمة المدرجة في بورصة عمان لسنة 2017م بأنه الشخص الذي يطلّع على المعلومات الداخليّة بحكم منصبه أو وظيفته في الشركة بما في ذلك رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمدير العام والمدير المالي والمدقّق الداخلي والخارجي وممثل الشخص الاعتباري وأمين سر المجلس، وأقرباء الأطراف المشار إليها.

## المبحث الثاني

### الحقوق القضائية للمُساهم

إنّ الحقوق السابق الإشارة إليها والممنوحة للمُساهم لكي يُمارس رقابته على إدارة الشركة، تُعتبر مجرد حقوق نظريّة جوفاء يعترتها النقص ولا يكون لها إلّا وجود صوري، إذا لم يتمّ إتباعها بالجانب القضائي الذي يحقّق مضمونها ويرتّب آثارها، بحيث إنه ما مدى أهمية الحقّ بالحضور والاطلاع إذا لم يكن هنالك حقّ آخر يمكّن المُساهم من ترتيب نتيجة على هذا الاطلاع والحضور، كأنّ يكون هناك تلاعب في حسابات الشركة، أو محاباة بين مدقّقي حسابات هذه الشركة وإدارتها، ولقد ارتأينا تسمية هذه الحقوق بالحقوق القضائية نظرًا لكونها تأخذ الطابع العقابي في حقّ الإدارة في حال انتهاكها لحقوق المُساهم، أو في حال جنوح الإدارة عن الأهداف التي جاءت لتحقيقها، وعلى ذلك سنقوم ببحث هذه الحقوق من خلال مطلبين كالتالي:

**المطلب الأول: حقّ المُساهم في تقديم الأسئلة والاستجواب.**

**المطلب الثاني: حقّ المُساهم في مقاضاة الشركة.**

### المطلب الأول : حقّ المُساهم في تقديم الأسئلة والاستجواب

إنّ المُساهمين يملكون السيادة القانونيّة والسلطة العليا في شركة المُساهمة العامّة، ويجتمع المُساهمون من خلال الهيئات العامّة للمداولة في شؤون الشركة، ويجب ألاّ يقتصر اهتمام المُساهم -مهما كان عدد الأسهم التي يمتلكها- على قبض نصيبه من الأرباح، وإنّما يجب عليه متابعة أداء الشركة والوقوف على آخر المستجدّات، والمشاركة في اتّخاذ القرارات عن طريق الاشتراك بالتصويت ومناقشة أعضاء مجلس الإدارة عن كافة الجوانب المتعلقة بالشركة<sup>(1)</sup>.

### أولاً: حقّ مناقشة القرارات كأساس للحقّ في تقديم الأسئلة والاستجواب

إنّ عمليّة الترجمة الرقابية لحضور المُساهمين لاجتماعات الهيئة العموميّة ولاطلاعهم على مختلف مُستنداتها، تتمثّل في حقّهم في المشاركة بالمناقشات، بالإضافة إلى حقّهم في طرح الأسئلة والاستجواب على إدارة الشركة أو مجلس إدارتها والقائمين عليها، ممّا يعطيهم القدرة على تكوين نظرة شموليّة عن أعمال الشركة وعن وضعها المالي ومكانتها الاقتصادية، مع وجوب إجابة مجلس الإدارة على التساؤلات التي يطرحها المُساهمون عليهم، والردّ على الاستجوابات التي يقدّمونها وذلك إذا ما تبين لهم شبهات في عمل الشركة أو في تقاريرها أو في حساباتها، وذلك كلّ في سبيل حماية أموالهم وحقوقهم في هذه الشركة.

وتظهر أهمية حقّ المُساهم بالاطلاع من خلال ترجمة هذا الحقّ بطرح المُساهم أسئلة عن التقارير والنشرات التي تُصدرها شركته، ومن خلال الأرقام والبنود المُدرجة في تلك التقارير والنشرات، ولكنّ هذا الحقّ يقيدّه وجوب موافقة السؤال لمضمون جدول أعمال الاجتماع مدار الانعقاد الذي بُلغ المُساهمون بمضمونه عند دعوتهم للحضور؛ وذلك حتى يكون المُساهم مطلعًا على تلك التقارير وجدول الأعمال ولديه القدرة على توجيه الأسئلة والاستجوابات

(1) عماوي، محمد، حقوق المساهمين، تاريخ المشاهدة 2021 / 11/ 12، مدونة المحامي محمد عماوي القانونية، <https://www.amawi.info>.

والتصويت بالاستناد إليها، بالإضافة إلى أن يكون مجلس الإدارة لديه القدرة على الرد عن الأسئلة والاستجابات المتعلقة بالمحضر موضع الاجتماع<sup>(1)</sup>.

ولكن تجسيدا لما جاءت من أجله حوكمة الشركات المتمثلة بتحقيق التوازن بين جميع الأطراف، أن يتم تفسير القيد السابق ذكره -والمتمثل بوجود أن تكون الأسئلة والاستجابات المقدمة من المساهمين متعلقة بمحضر الاجتماع- تفسيراً موسعاً من شأنه أن يشمل الأمور ذات الصلة المستعجلة أو الطارئة بالإضافة إلى الأمور المتعلقة بما جاء في محضر الجلسة، وذلك من أجل تحقيق مصلحة الشركة من خلال ضمان استمرار سير الشركة دون عرقلة ذلك.

وقد جاء المشرع الأردني لينص على هذا الحق للمساهم من خلال منح المساهم الحق بمناقشة الأمور المعروضة على الهيئة العمومية، وطرح الأسئلة حولها، مما يحقق له المعرفة الكافية التي تضمن له الحق في رقابة فعالة على أعمال الإدارة في هذه الشركة، حتى لو كان هذا المساهم مسجلاً في سجلات الشركة قبل يوم واحد من موعد اجتماع الهيئة العامة، وهذه المدة تم تقليصها في التعديلات التي طرأت على قانون الشركات في عام (2017م) بعد أن كانت ثلاثة أيام، وهذا التعديل جاء متماشياً مع توجهات مركز إيداع الأوراق المالية بالنسبة للتعامل الإلكتروني الذي أصبح مُطلباً في هذا العصر؛ ففور تسجيل المساهم يُدرج اسمه في سجلات الشركة، وذلك يعني سرعة حصول المساهم على حقه في التصويت ومناقشة القرارات.

#### ثانياً: إلزامية القرارات الصادرة عن الهيئة العامة

إن القرارات المتخذة عن المناقشات التي أجرتها الهيئة العامة مع مجلس الإدارة تُعتبر قرارات هامة وجوهرية في تحديد التوجهات المستقبلية للشركة، كما أنه لا يوجد شك بإلزامية هذه القرارات ولكن بشرطين؛ الشرط الأول هو أن يكون الاجتماع الذي عقدته الهيئة العامة بنصاب قانوني مكتمل، أما الشرط الثاني فإنه يتعلق بالقرارات التي يجب أن تكون قد اتُخذت وفقاً لأحكام قانون الشركات الأردني والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

وبعد أن تم بيان الدور الرقابي الذي يمارسه المساهم من خلال ترجمة الحقوق القانونية المتمثلة بالحضور والتصويت والاطلاع من خلال توجيه الأسئلة والاستجابات لإدارة الشركة المساهمة العامة، فإنه لا بد من الإشارة الآن إلى ترجمته لتلك الحقوق من خلال حق المساهم بمقاضاة الشركة.

#### المطلب الثاني: حق المساهم في مقاضاة الشركة

يُعتبر أعضاء مجلس إدارة الشركة أمناء على الشركة، حيث يقع عليهم عبء إدارتها بالعناية المهنية اللازمة بكل نزاهة وشفافية، ولكن قد تصدر عن مجلس الإدارة ممارسات تؤدي إلى تخفيض قيمة مساهمة المساهم في الشركة وتقليص أرباحه في حال وُجدت<sup>(1)</sup>، وأن أي إخلال من قبل مجلس الإدارة يُعطي المساهمين الحق بإقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض.

(1) التل، محمد بسام، المرجع السابق، ص136.

(1) مرشدة، رامي علي سعد، الرقابة على أعمال الشركة المساهمة العامة في القانون الأردني: دراسة مقارنة، 2015، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، ص144، 145.

## أولاً: حالات إخلال رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة

1- مخالفة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة لأنظمة الشركة: نصّ قانون الشركات الأردني على أنّ رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن كل مخالفة ارتكبتها أي منهم أو جميعهم للقوانين والأنظمة المعمول بها ولنظام الشركة وعن أي خطأ في إدارة الشركة ولا تحول موافقة الهيئة العامة على إبراء ذمة مجلس الإدارة دون الملاحقة القانونية لرئيس وأعضاء المجلس، وتكون المسؤولية المنصوص عليها في هذه المادة إمّا شخصية تترتب على عضو أو أكثر من أعضاء مجلس إدارة الشركة أو مشتركة بين رئيس وأعضاء المجلس ويكونون جميعهم في هذه الحالة الأخيرة مسؤولين بالتضامن والتكافل عن التعويض عن الضرر الذي نتج عن المخالفة أو الخطأ، على أن لا تشمل هذه المسؤولية أي عضو أثبت اعتراضه خطياً في محضر للاجتماع على القرار الذي تَصَمَّن المخالفة أو الخطأ وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوة بهذه المسؤولية بعد مرور خمس سنوات على تاريخ اجتماع الهيئة العامة الذي صادقت فيه على الميزانية السنوية والحسابات الختامية للشركة.

وأكدت محكمة التمييز الأردنية على مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة تجاه الشركة والمساهمين والغير عند مخالفتهم لأنظمة الشركة؛ حيث قرّرت: "يُستفاد من حكم المادة (157) من قانون الشركات أنّ رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن كل مخالفة ارتكبتها أي منهم أو جميعهم للقوانين والأنظمة المعمول بها"<sup>(2)</sup>.

2- المسؤولية عن إفشاء أسرار الشركة: سبق أنّ بحثنا مسألة حظر إفشاء أسرار الشركة تحت عنوان الموازنة بين حقّ المساهمين في الاطلاع ومصلحة الشركة في المحافظة على أسرارها، أمّا بالنسبة لجانب المسؤولية فيكون التركيز على مقدار الأضرار التي لحقت بالشركة جراء هذا الإفشاء وإجازة القانون المطالبة بالتعويض عنها؛ حيث نصّ قانون الشركات على أنّه يحظر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة ومديرها العام أو أي موظف يعمل فيها أن يفشي إلى أي مساهم في الشركة أو إلى غيره أي معلومات أو بيانات تتعلق بالشركة وتعتبر ذات طبيعة سرية بالنسبة لها وكان قد حصل عليها بحكم منصبه في الشركة أو قيامه بأي عمل لها أو فيها وذلك تحت طائلة العزل والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة، ويستثنى من ذلك المعلومات التي تجيز القوانين والأنظمة المعمول بها نشرها، ولا تحول موافقة الهيئة العامة على إبراء رئيس وأعضاء مجلس الإدارة من هذه المسؤولية.

3- المسؤولية عن التقصير: في نطاق هذا النوع من المسؤولية نصّ القانون على أنّ رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مسؤولون بالتضامن والتكافل تجاه المساهمين عن تقصيرهم أو إهمالهم في إدارة الشركة غير أنه في حالة تصفية الشركة وظهور عجز في موجوداتها بحيث لا تستطيع الوفاء بالتزاماتها وكان سبب هذا العجز أو التقصير أو الإهمال من رئيس وأعضاء المجلس أو المدير العام في إدارة الشركة أو مدققي الحسابات للمحكمة أن تقرر تحميل كل مسؤول عن هذا العجز ديون الشركة كلها أو بعضها حسب

(2) انظر: تمييز، حقوق، أردني، رقم (854/2006)، هيئة خماسية، تاريخ 2006/9/21.



مقتضى الحال, وتحدد المحكمة المبالغ الواجب أدائها وما إذا كان المسببون للخسارة متضامنين في المسؤولية أو لا, يتبين لنا هنا من خلال هذا النص أنّ مسؤولية رئيس وأعضاء الشركة عن التقصير والإهمال في إدارة الشركة تجاه المساهمين هي من نوع المسؤولية التضامنية, وفي هذا ضمان من المشرع للمحافظة على حقوق المساهمين من أيّ أضرار قد تلحق بها جزاء هذا التقصير والإهمال.

### ثانياً: أحكام دعوى المسؤولية

إنّ حالات الإخلال السابقة تُعطي المساهمين الحقّ بإقامة نوعين من الدعاوى؛ النوع الأول من الدعاوى هو (دعوى الشركة) التي يُطالب فيها المساهم بالتعويض عن ضرر عام يُصيب كافة المساهمين بمن فيهم المساهم الذي أقام الدعوى, ويكون التعويض الذي يُحكم به في هذه الحالة من حقّ كافة المساهمين, بشرط أن يكون المساهم الذي أقام الدعوى متحفظاً بصفته مساهماً بالشركة, بالإضافة إلى وجود تباطؤ من الهيئة العامة بإقامة هذه الدعوى<sup>(1)</sup>, وفي هذه الحالة يكون المساهم نائباً عن الشركة, وأكدت محكمة التمييز على صفة النيابة القانونية للمساهم بقرارها أنّ حقّ إقامة الدعوى من الشركة وفي حال ممارسته يتم ضدّ نائب وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة يُقيمها المساهم بصفته نائباً قانونياً<sup>(2)</sup>, أمّا النوع الثاني من الدعاوى هو (الدعوى الفردية) التي يُقيمها المساهم عندما يلحقه ضرر بصفته الفردية, ويكون محلّها التعويض عن ضرر شخصي أصاب أحد المساهمين أو بعضهم<sup>(3)</sup>.

وبموجب هذا الحقّ فإنّ المساهم يستطيع رفع دعاوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة والمديرين, وله المطالبة بإبطال تصرفاتهم والتعويض عن الضرر الذي لحق بالشركة أو أضرّ به شخصياً نتيجة لممارساتهم, باعتبارهم الجهة التنفيذية المسؤولة عن تطبيق القوانين والتشريعات التي تحكم عمل الشركة والجهة المسؤولة عن تسيير أعمالها<sup>(4)</sup>, ويجب أن ننوّه هنا إلى أنّ مجلس الإدارة لا يحقّ له هنا الاحتجاج بالإبراء الصادر عن الهيئة العامة لردّ دعوى المسؤولية إلّا إذا سبق هذا الإبراء ببيان حسابات الشركة السنوية وإعلان تقرير مدققي الحسابات, كما أنّ هذا الإبراء لا يشمل إلّا الأمور التي تمكّنت الهيئة العامة من معرفتها.

أمّا بالنسبة للجانب الإجرائي فيما يخص الطعن القضائي بقرارات إدارة الشركة فإنّها تخضع لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني, ولا تخضع لقواعد قانونية خاصة بها, وبالنسبة للأشخاص المخولين لرفع هذه الدعاوى هم كلّ مساهم وكلّ صاحب مصلحة بذلك, وتكون المحكمة المختصة بنظر هذا الطعن هي محكمة البداية التي يقع المركز الرئيسي للشركة الأردنية أو مركز الفرع الرئيسي للشركة الأجنبية ضمن اختصاصها المكاني, ولا يُعطى الاختصاص في هذه الحالة للمحكمة الإدارية -سابقاً محكمة العدل العليا-, وهذا الحكم ثابت في قرار محكمة العدل العليا الأردنية, حيث نصّت على أنّه: "لا تختص محكمة العدل العليا في أيّ نزاع ينشأ عن تطبيق أحكام قانون الشركات إلّا إذا نصّ القانون على اختصاصها صراحةً, حيث حدّد المشرع في قانون الشركات القرارات التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا على سبيل الحصر..."<sup>(1)</sup>.

(1) العكيلي, عزيز, الوسيط في الشركات التجارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة), دار الثقافة, الأردن, 2010, ص300.

(2) تمييز, حقوق, أردني, رقم (25/1978), هيئة خماسية, منشورات مركز عدالة.

(3) الماخي, حسين, الشركات التجارية, دار النهضة العربية, مصر, 1991, ص329, 330.

(4) التل, محمد بسام, المرجع السابق, ص138.

(1) عدل عليا, أردنية, رقم (2014/164), هيئة خماسية, تاريخ 2014/7/8.

وبقي أخيراً أن نُشير إلى أن دعوى المسؤولية لها صفة الاستعجال لدى المحكمة المختصة بنظرها، وذلك بحكم قانون الشركات الأردني مصدر الحق بإقامة هذه الدعوى.

## الخاتمة

بعد أن تمّ بيان الدور الرقابي الذي يتحقّق للمُساهم من خلال ممارسته لحقوقه القانونيّة والقضائية، ومدى ترجمة الحقوق القضائية للحقوق القانونيّة وتمكينها من تحقيق هدفها الرقابي، وذلك من خلال تحليل نصوص قانون الشركات الأردني التي هي مصدر لهذه الحقوق، فقد تمّ التوصل إلى عدد من النتائج والتوصيات:

### النتائج:

- 1- تمديد مدّة دعوة المُساهم لحضور اجتماعات الهيئة العامّة من (14يوماً) إلى (21 يوماً) في التعديلات التي طالت قانون الشركات لعام (2017م) يصبّ في مصلحة المُساهم بحيث يعطيه الوقت الكافي للإعداد للاجتماع، ولكنّه من ناحية أخرى هو عبء يثقل كاهل الشركة خصوصاً أنّه يجب ألا يقل عدد اجتماعات مجلس الإدارة عن ستّة اجتماعات خلال السنة المالية، وأنّه يجب ألاّ ينقضي أكثر من شهرين دون عقد اجتماع.
- 2- شخصية المُساهم عند التصويت على قرارات مجلس الإدارة محلّ اعتبار تحت طائلة بطلان التصويت.
- 3- اشترط المشرّع على المُساهم للحصول على البيانات -غير المنشورة- بأن يدفع بدلاً نقدياً وأن يحصل على إذن من المحكمة، وطالما أنّ هذا الشرط ورد على البيانات غير المنشورة فإنّه لا يُشكّل قيداً على حقّ المُساهم بالاطلاع، وفي ذلك نوع من المحافظة على مصلحة الشركة.
- 4- وجود نقص تشريعي يتمثّل بعدم تحديد ضوابط زمنيّة ومكانيّة لحقّ المُساهم في الاطلاع، كذلك لم يتمّ تحديد معيار ثابت من شأنه تحقيق الموازنة بين حقّ المُساهم في الاطلاع على المعلومات من جهة وحقّ الشركة في المحافظة على أسرارها من جهة أخرى.
- 5- التعديل الذي طرأ على مدّة كون الشريك مدرجاً في سجلّات الشركة؛ لتصبح منذ يوم واحد بدلاً من ثلاثة أيام حتى يتمكّن من مُمارسة حقّه في تقديم الأسئلة والاستجابات، جاء متماشياً مع توجّهات مركز إيداع الأوراق المالية بالنسبة للتعامل الإلكتروني الذي أصبح مُتطلباً في هذا العصر.
- 6- للمُساهم حقّ في إقامة دعوى الشركة نيابةً عن الشركة المُساهمة العامّة مُستعملاً حقّها في التقاضي والمخاصمة، كما له الحقّ في إقامة الدعوى الفردية عند لحقاق ضرر شخصي به.

### التوصيات:

- تعديل نصوص المادتين (181/ج)، (274/أ) من قانون الشركات الأردني بإلغاء اشتراط الحصول على بدل نقدي بخصوص حقّ المُساهم في الاطلاع.
- اعتماد معيار الضرر الذي يلحق بالشركة جزاءً إفصاحها عن المعلومات المتعلّقة بها كمعيار ثابت وذلك بإدراجه في نصّ المادة (274) من قانون الشركات الأردني، كون هذا المعيار يُجسّد مبادئ الحوكمة من خلال دلالاته على موازنة حقيقية بين حقّ المُساهم وحقّ الشركة.
- اعتماد أسلوب التفسير الواسع للقيود الواردة على حقوق المُساهمين؛ تحقيقاً لمبادئ حوكمة الشركات

## قائمة المصادر والمراجع

## اولاً- الكتب:

- البستاني, سعيد يوسف, قانون الأعمال والشركات: القانون التجاري العام-الشركات-المؤسسة التجارية-الحساب الجاري والسندات القابلة للتداول, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2004.
- جاسم, فاروق إبراهيم, حقوق المساهم في شركة المساهمة العامة, ط1, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2008.
- جهلول, عمار حبيب, النظام القانوني لحوكمة الشركات, ط1, دار نيروز-منشورات زين الحقوقية, لبنان, 2011.
- الخضري, محسن أحمد, حوكمة الشركات, ط1, مجموعة النيل العربية, مصر, 2005.
- شاهين, محمد شوقي, الشركات المشتركة: طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن, دون دار نشر, مصر, 1989.
- العكيلي, عزيز, الوسيط في الشركات التجارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة), دار الثقافة, الأردن, 2010.
- الماحي, حسين, الشركات التجارية, دار النهضة العربية, مصر, 1991.
- محرز, محمد أحمد, القانون التجاري, دون دار نشر, مصر, 1995.

## ثانياً- الرسائل العلمية:

- أبو الفتح, عبد الصمد, الدور الرقابي للمساهم داخل شركات المساهمة العامة, 2010, رسالة ماجستير, جامعة الحسن الأول, المغرب.
- التل, محمد بسام, حقوق المساهمين في الشركة المساهمة العامة المحدودة في القانون الأردني, 2013, رسالة ماجستير, جامعة اليرموك, الأردن.
- الغريافي, سعيد بن عبد العزيز, الآثار المترتبة على حوكمة شركات المساهمة العامة, 2011, رسالة ماجستير, جامعة اليرموك, الأردن.
- مرashedة, رامي علي سعد, الرقابة على أعمال الشركة المساهمة العامة في القانون الأردني: دراسة مقارنة, 2015, رسالة دكتوراه, جامعة العلوم الإسلامية العالمية, الأردن.

## ثالثاً- الأبحاث:

- عبابنة, محمود, مدى كفاية نصوص قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته في تحقيق حوكمة الشركات المساهمة العامة في الأردن في ضوء مبادئ الحوكمة, مجلة دراسات, علوم الشريعة والقانون, الجامعة الأردنية, 2012, المجلد 39, العدد 1.

## رابعاً- الأحكام القضائية:

- تمييز, حقوق, أردني, رقم (854 / 2006), هيئة خماسية, تاريخ 2006/9/21.
- تمييز, حقوق, أردني, رقم (25 / 1978), هيئة خماسية, منشورات مركز عدالة.
- عدل عليا, أردنية, رقم (2014/164), هيئة خماسية, تاريخ 2014/7/8.

#### خامساً- القوانين والتشريعات:

- قانون الشركات الأردني رقم (22 لسنة 1997 وتعديلاته) المنشور في الجريدة الرسمية عدد (4204) بتاريخ 1997/5/15.
- قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (15 لسنة 2000) المنشور في الجريدة الرسمية عدد (4423) بتاريخ 2000/4/2.
- تعليمات حوكمة الشركات المساهمة المدرجة في بورصة عمان لسنة 2017م.

#### سادساً- المواقع الإلكترونية:

- عماوي, محمد, حقوق المساهمين, تاريخ المشاهدة 11/12 /2021, مدونة المحامي محمد عماوي القانونية, <https://www.amawi.info>.

📍 Al- Zaytoonah university- Amman- Jordan

### Contact us

🌐 <https://zjls.zuj.edu.jo/>

✉ [zjls@zuj.edu.jo](mailto:zjls@zuj.edu.jo)

☎ 0096264291511 ext 235

### Follow us on

📘 <https://www.facebook.com/zujjls.zuj>

🌐 <https://www.linkedin.com/company/78739128/admin/>

☎ 0786070349

