



جامعة الزيتونة الأردنية
Al-Zaytoonah University of Jordan



مجلة جامعة الزيتونة الأردنية
Al-Zaytoonah University of Jordan
لدراسات القانونية
for LEGAL STUDIES
JULIS



مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية

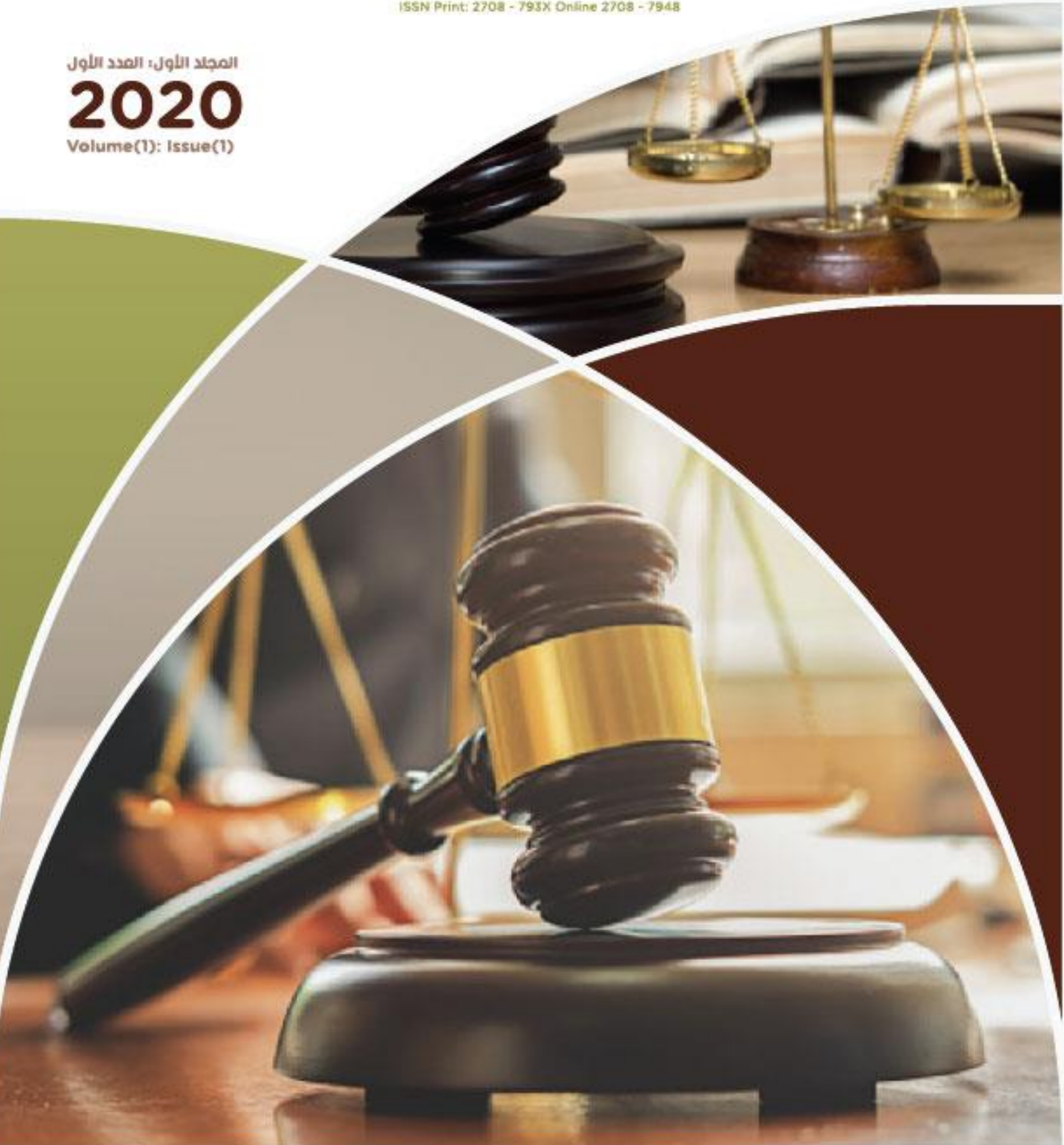
Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الأول، العدد الأول

2020

Volume(1): Issue(1)



مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

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

المجلد الاول: العدد الاول

Volume (1): Issue (1)

هيئة التحرير

د. علي عوض الجبرة
مساعد رئيس هيئة التحرير

د. سارة محمود العراسي
رئيس هيئة التحرير

اعضاء هيئة التحرير

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

أ. د. ياسين محمد الجبوري
د. منير محمد العفيشات
د. محمد حسين المجالي

د. سكينه محمد القطاونه

التدقيق اللغوي

د. بلال محمد عياصرة
(اللغة الانجليزية)

د. علاء الدين زكي موسى
(اللغة العربية)

سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

ايناس سامي عوض

تشرين الثاني 2020

تعليمات النشر

- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية من البحث/ المخطوط بصيغة (Word) إلى البريد الإلكتروني الخاص بمجلة جامعة الزيتونة للدراسات القانونية (zjils@zuj.edu.jo).
- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية تتضمن طلباً لنشر البحث في المجلة؛ وذلك بتعبئة النموذج المعتمد لهذا الغرض على موقع المجلة وفق معايير متطلبات البحث العلمي التابع لعمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- يجب أن تضمّ صفحة العنوان: عنوان البحث واسم الباحث/ أسماء الباحثين من أربعة مقاطع مع ذكر درجاتهم العلمية، كما تضم اسم المؤسسة التي يعمل بها الباحث/ الباحثين، والبريد الإلكتروني الخاص به/ بهم، واسم الدولة، بالإضافة إلى ذكر اسم الباحث الرئيس في حال تعدد أسماء الباحثين للبحث الواحد.
- على الباحث (الباحثين) تسليم ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بالإنجليزية، على ألا يتجاوز عدد كلماته عن 200 كلمة. وتتضمن الملخصات عنوان الدراسة، أولاً ثم الملخص، والذي يجب أن يتضمن الأهداف والمنهجية وأهم نتائج الدراسة. ويلي 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 العلميّة لكتابة البحث العلمي الرصين، من حيث صحة اللغة ومراعاة علامات الترقيم. ومن حيث هيكلية البحث العلمي القائم على الالتزام بالتعليمات الواردة في بنود (تعليمات التنسيق والتقسيم والتوثيق وكيفية كتابة المصادر والمراجع) الخاصة بالمجلة.
- على الباحث (الباحثين) تسليم المجلة إقراراً خطياً ينصّ على عدم إرسال البحث أو نشره في كتاب أو مجلة تابعة لمؤسسة علمية أخرى.
- يتعيّن 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، ويتكلّف الباحث أجور تحكيمه، ولا يسمح له بالتقدّم للنشر في المجلة ثانيةً.
- لا يجوز نشر البحث أو أجزاء منه في مكان آخر بعد إقرار نشره في مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير

فهرس الابحاث

الترقيم	الباحث/الباحثون	عنوان البحث	الصفحة
1	جعفر المغربي الفناطسة، خالد رضوان السمامعة، رائد لطفلي صبح	الحكم القضائي المنعدم وآثاره في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني "دراسة مقارنة" The Null Judgment According to the Jordanian Law of Civil Procedure: Analytical Applied Comparative Study	3
2	عاصم عادل محمد العضيلة	العملات الرقمية الافتراضية طريق لتمويل الإرهاب Virtual digital currency as a method for funding terrorism	32
3	هشام حامد الكساسبة، عبدالرؤوف أحمد الكساسبة، صفاء محمود السويلميين	الأسس الدستورية لتداول السلطة بعقد البيعة "دراسة تحليلية فقهية قانونية" Constitutional Foundations of Authority Devolution in Compliance with Homage Contract: An Analytical, Jurisprudential and Legality Study	57
4	عمار رجا عبيد الحنيفات	المسؤولية الجزائية عن تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19) Criminal liability for endangering third parties by transmitting Coronavirus infection (COVID-19)	79
5	رؤى أبراهيم خالد العزي، محمد مصطفى قادر الجشعمي	نقطة التفاعل بين السلطين التشريعية والتنفيذية حول المبادرة التشريعية في العراق بعد سنة 2003 Point of Interaction between the Legislative and Executive Authority about the Legislative Initiative in Iraq after 2003	103
6	قادي طارق، فتحي تيطراوي	الوساطة الإلكترونية في مجال منازعات التجارة الإلكترونية Electronic Mediation in the Field of E-Commerce Disputes	119

الحكم القضائي المنعدم وآثاره في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني "دراسة مقارنة"

The Null Judgment According to the Jordanian Law of Civil Procedure: Analytical Applied Comparative Study

جعفر المغربي الفناطسة (1)، خالد رضوان السمامعة(2)، رائد لطفي صبح(3)

الملخص

جاءت هذه الدراسة لتبين أن الحكم القضائي متى صدر يظل قائماً ومرتبياً آثاره - وأهمها حجية الأمر المقضي فيه - ما لم يتم إلغاؤه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً. فإذا كان الحكم مما لا يجوز الطعن فيه أصلاً، أو استنفد طرق الطعن، أصبح نهائياً لا يجوز المساس به. ولكن قد يلحق بالحكم القضائي عيب إجرائي جسيم يفقده صفة الحكم القضائي بحيث يكون الحكم والحالة هذه منعدماً إلا أن المشرع الأردني لم ينظم جزاء انعدام الحكم ومن هنا تظهر أهمية هذه الدراسة في تحديد مفهوم الحكم المنعدم وبيان آثاره.

الكلمات الدالة: منعدم، باطل، ولاية.

Abstract

The current study aims at pointing out that the court order, when delivered, shall remain valid and effective -mainly the power of the matter ordered- unless revoked by one of the challenge methods set by law. Hence, in case the order is of those that may not be challenged at all or that the challenge methods have been exhausted, then it shall be definite and may not be subject to prejudice for which adhering to its unenforceability may not be approached by filing a first instant case or disputing its execution and hence, the same shall neither exhaust the discretion of the judge nor produce the power of the ordered matter in which case the order shall not be subject to rectification as the rule denotes that the non-existent cannot be corrected. In fact, the said severe defect may be adhered to by any of the legal challenge methods while the judge, and in case of adhering to this order before him, may judge its non-existence by himself.

Keywords: Null, Void, Jurisdiction.

مقدمة

نظّم المشرّع للأفراد الوسيلة التي يتم فيها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحق أو حمايته، وحدد مقدماً الإجراءات التي يجب مراعاتها واحترامها. ورُتّب على عدم مراعاتها جزاءات قانونية يتم إيقاعها بمجرد حصول المخالفة، وليس للقضاء سلطة تقديرية فيها لأن هدف المشرّع منها هو تحقيق مصلحة معينة وبمجرد وقوع المخالفة يفترض وقوع الضرر. ويهدف المشرّع بصفة عامة من تنظيمه للجزاءات الإجرائية إلى حماية حقوق الخصوم وتحقيق العدالة، لذا نص المشرّع على عدة جزاءات تلحق بالعمل الإجرائي منها البطلان والسقوط واعتبار الخصومة كأن لم تكن وعدم القبول.

ويعد الانعدام أحد الجزاءات الإجرائية الخطيرة التي تلحق بالعمل الإجرائي، ويترتب عليه زوال الإجراء أو العمل واعتباره كأن لم يكن، ولا يرد عليه التصحيح. وبالرغم من أن المشرّع لم ينص صراحة على نظرية الانعدام، كأحد الجزاءات الإجرائية، إلا أن غالبية الفقه تبنى وجودها كجزاء على مخالفة مقتضيات وجود العمل الإجرائي.

وتظهر أهمية نظرية الانعدام في الحكم القضائي؛ فالقاعدة الفقهية تقرر أن الحكم القضائي متى صدر يظل قائماً ومرتباً آثاره وأهمها حجية الأمر المقضي فيه، ما لم يتم إلغاؤه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً، فإذا كان الحكم مما لا يجوز الطعن فيه أصلاً أو استنفذت طرق الطعن فيه أصبح صحيحاً ولا يجوز معاودة المساس به مرة أخرى إعمالاً لقاعدة عدم جواز المساس بالحكم. وأيضاً لا يجوز إلغاؤه أو التمسك ببطلانه عن طريق الدعوى أو المنازعة في تنفيذه⁽¹⁾. إلا أنه من المسلّم به أن هناك عيوباً جسيمة قد تلحق بالحكم القضائي تمنع من اعتباره موجوداً منذ صدوره، ولا يستنفذ سلطة القاضي ولا يترتب حجية الأمر المقضي. وفي هذه الحالة يكون غير قابل للتصحيح لأنه غير موجود ولا يمكن تصحيحه. ويمكن التمسك بهذا العيب من خلال الدعوى الأصلية أو الطلب العارض أو الدفع أو بالمنازعة في تنفيذه كما يمكن استخدام طرق الطعن القانونية للتمسك بهذه العيوب ويمكن للقاضي أن يقرر انعدامه من تلقاء نفسه إذا جرى التمسك بالحكم أمامه، ويطلق على الأمر الذي ترتبه هذه العيوب "الانعدام" تمييزاً له عن البطلان القابل للتصحيح⁽²⁾. ونظراً لعدم تنظيم المشرّع لجزاء انعدام الحكم وعليه فإن مشكلة البحث تبدو واضحة في تحديد مفهوم الحكم المنعدم وماهي حالاته وماهي الآثار المترتبة عليه.

(1) الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة ج2، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، سنة 2006، ص786. إبراهيم، محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي لسنة 1981، ص837.

(2) شربا، أمل، إشكالات التنفيذ الوقتية والحكم بها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 289 و290. راغب، وجدي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات سنة 1974 ص 403. زغلول، أحمد ماهر، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة "ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره"، بدون دار نشر، الطبعة الثانية لسنة 1996، ص119، 120.

أهمية البحث:

تعود أهمية هذه الدراسة إلى أن الانعدام هو جزء إجرائي ينال من الحكم القضائي المعيب بعيب جسيم يثير خطورة من حيث النتائج والآثار التي يترتبها، فهو يؤدي إلى زوال الحكم القضائي واعتباره غير موجود منذ بدايته، وهو بذلك يختلف عن البطلان الذي يبقى العمل موجودا حتى يتم الحكم ببطلانه، فأهمية البحث تبدو واضحة من خلال التمييز بين الحكم الباطل والمنعدم من جهة ثم توضيح الآثار القانونية المترتبة على الحكم المنعدم وموقف القضاء الأردني من هذه المسألة.

منهجية الدراسة:

سوف تعتمد هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل أحكام القضاء المقارن، مع بيان موقف القانون والقضاء الأردنيين.

خطة البحث:

سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الحكم القضائي المنعدم.

المبحث الثاني: حالات انعدام الحكم القضائي وآثارها.

المبحث الأول

مفهوم الحكم القضائي المنعدم

لبيان مفهوم الحكم القضائي المنعدم، لابد من تحديد ماهية الحكم المنعدم وبماذا يختلف عن الحكم الباطل سوف نتناول ماهية الحكم المنعدم، وتمييزه عن الحكم الباطل ونخصص لكل منهما مطلقا مستقلا.

المطلب الأول

ماهية الحكم القضائي المنعدم

سوف نتناول في هذا المطلب التعريف بالحكم القضائي المنعدم، ومن ثم بيان معيار الانعدام وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

تعريف الحكم القضائي المنعدم

إن مصطلح الحكم القضائي المنعدم هو مصطلح ثنائي مكون من الحكم القضائي والعدم، لذلك سوف نتناول تعريف هذين المصطلحين كلاً على حدة، للوصول إلى تعريف للحكم القضائي المنعدم.

أولاً: تعريف الحكم القضائي:

الحكم لغة من حكم بمعنى قضى، وقد حكم بينهم، وكذلك هو من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة، والمتقن للأمور⁽³⁾.

ويستعمل الحكم في الاصطلاح القانوني لأحد معنيين: معنى عام وواسع ينصرف إلى جميع القرارات الصادرة عن المحاكم. ومعنى خاص وضيق يقتصر على القرارات الصادرة عن المحاكم وفقاً لإجراءات معينة رسمها القانون في خصومات طرحت عليها وفقاً للقانون⁽⁴⁾.

ويطلق القانون المصري اصطلاح الحكم بصفة عامة على كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، وأياً كان مضمونه، أما ما يكون استعمالاً لسلطة القاضي الولائية، فإن القانون المصري يطلق عليها عادة اصطلاح أمر⁽⁵⁾.

ويرى غالبية الفقه أن المقصود بالحكم القضائي بمعناه الضيق هو الذي تصدره المحكمة المشكّلة تشكيلاً صحيحاً المتمتعة بسلطاتها القضائية في خصومة معروضة عليها، وفقاً لإجراءات شكلية معينة نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية من أجل حسم النزاع بين أطراف الخصومة⁽⁶⁾.

وقد تبنت محكمة التمييز الأردنية المعنى الضيق للحكم القضائي حين قضت بأحد أحكامها: "إن قانون أصول المحاكمات الحقوقية قصد بالحكم ذلك الحكم الذي يفصل النزاع"⁽⁷⁾.

وقد أشار المشرع الأردني إلى الحكم القضائي بمعناه الضيق في المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث نصت "يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وأسماء القضاة الذين اشتركوا

(3) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة المكتبة العصرية الدار النموذجية، صيدا لسنة 1420هـ / 1999م، ص148.

(4) راغب، وجدي، العمل القضائي المرجع السابق، ص666. أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1989، ص32. إبراهيم، محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي لسنة 1981، ص831.

(5) والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980، ص669.

(6) القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، عمان، ط2 دار الثقافة، لسنة 2013، ص351. أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص2. سيف، رمزي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1974، ص669. الأنطاكي، رزق الله، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، المطبعة التعاونية، دمشق، سنة 1983، ص642.

(7) تمييز حقوق رقم(84/730)، منشورات مركز عدالة.

في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم أو غيابهم وأسماء وكلائهم كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية وأسباب الحكم ومنطوقه".

واستنادا لما تقدم فإن للحكم القضائي أركاناً وشروط صحة لانعقاده، فلا بد من توافرها حتى يكتسب الحكم القضائي صفة الأحكام ويكون له حجة قضائية.

وهذه الأركان هي:

- 1- أن يصدر من هيئة قضائية لها ولاية القضاء ولو استثناءً.
- 2- أن تكون الخصومة مرفوعة وفق قواعد الأصول.
- 3- أن يكون محرراً أي مكتوباً.
- 4- ألا يكون موضوع الدعوى ممنوعاً في القانون أو مخالفاً للنظام العام.
- 5- أن يكون صادراً بما للمحكمة من سلطة قضائية.

أما شروط صحة الحكم فهي:

- 1- صحة تبلغ الخصوم للدعوى.
- 2- صحة التمثيل والصفة في الدعوى.
- 3- احترام حق الدفاع للخصوم.
- 4- تسبب الحكم واستيفاءه البيانات الجوهرية كافة.
- 5- صحة الإجراءات في الخصومة التي صدر فيها الحكم.

ثانياً: تعريف الانعدام:

اختلف الفقه في تحديد المقصود بالانعدام، وظهر هناك ثلاثة اتجاهات فقهية⁽⁸⁾:

الاتجاه الأول: الانعدام المنطقي:

يرى هذا الاتجاه أن العمل القانوني يعد منعماً إذا تخلف أحد عناصره التي لا يتصور وجوده من الناحية المنطقية بدونها، ويسمى بعض أنصار هذه الاتجاه الانعدام، بنظرية الانعدام المادي، وذلك لأنه في حالة الانعدام لا توجد مادية العمل⁽⁹⁾. ومثال ذلك انعدام الإرادة أو المحل في الإجراء، وكذلك الانعدام الشخصي، لذا تعتبر المطالبة

(8) انظر، والي وزغلول، فتحي وأحمد ماهر، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة سنة 1997، ص 512 ما بعدها. سرور، أحمد فتحي، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة بمصر، سنة 1959، ص 179 وما بعدها.

(9) والي وزغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 512. فودة، عبد الحكيم، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار المطبوعات جامعة الإسكندرية، لسنة 1993، ص 36 وما بعدها.

القضائية المرفوعة باسم شخص متوفى قبل رفع الدعوى منعدمة⁽¹⁰⁾، وكذلك الحكم الذي يصدر من شخص لم يكن قاضياً عند إصداره⁽¹¹⁾.

الاتجاه الثاني: الانعدام القانوني: (12)

وهو أن العمل القانوني يعد منعدماً إذا تخلف أحد عناصره اللازمة لوجوده من الناحية القانونية، فالقانون لا المنطق هو الذي يحدد عناصر الوجود التي إذا تخلف أحدها يعتبر العمل منعدماً. ومن الأمثلة عليه خلو الصحيفة من اسم المبلغ أو المبلغ إليه أو عدم بيان اسم المحكمة التي يجب الحضور أمامها.

الاتجاه الثالث: الجمع بين النظريتين

ذهب بعض الباحثين إلى الجمع بين النظريتين، بأن هناك انعداماً منطقياً إذا تخلف أحد العناصر المنطقية للعمل، وانعداماً قانونياً إذا توافرت العناصر المنطقية ولكن تخلف أحد العناصر القانونية اللازمة لوجوده، فمثلاً عنصر الشكل ليس عنصراً منطقياً لوجود العمل ولكنه عنصر قانوني وبغيره يعتبر العمل منعدماً. (13)

وقد أثارت نظرية الانعدام خلافاً فقهيّاً بين مؤيد ومعارض، حيث يرى الجانب المؤيد أنه ينبغي التمييز بين مقومات وجود الحكم ومقتضيات صحته، فالعيب الذي يشوب مقتضيات وجود الحكم يعد عيباً جسيماً لأنه مجرد الحكم من عناصره الجوهرية اللازمة لتكوينه بحيث لا يتصور وجوده بدونها. فتخلف أحد هذه المقتضيات يؤدي إلى نكوص الحكم عن أداء وظيفته القانونية، ولذا تتخلع عنه صفته أو طبيعته القضائية مما يعني انعدامه. أما العيب الذي يلحق بمقتضيات صحة الحكم فإنه لا يعد عيباً جسيماً لأنه لا يؤثر في وجود الحكم ولا يحول دونه ودون تحقيق وظيفته، وإن كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى القصور في أداء وظيفته على الوجه الأكمل، وهو ما ينال من صحته ويؤدي إلى بطلانه.

يقول أحد الفقهاء: "إذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفته كحكم وإذا شاب الحكم عيب جوهري أصاب كيانه، فإنه أيضاً يفقد صفته كحكم، إنما إذا كان العيب الذي يعتريه ليس من شأنه أن يفقده صفته كحكم، بل لا يعدو أن يكون شائبة تصيب صحته دون أن تمتد إلى انعقاده وكيانه فإنه يكون باطلاً وليس معدوماً⁽¹⁴⁾. فحالات الانعدام أعنف من حالات البطلان وأمعن في الخروج على القانون. وكثيراً ما تدق التفرقة بينهما، وتظهر أهميتها في أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً كل آثاره إلى أن يحكم ببطلانه بولوج طرق الطعن في الأحكام المقررة في التشريع، أما الحكم المعدوم فهو والعدم سواء، لا يرتب أي أثر قانوني، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه

(10) راغب، وجددي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة لسنة 2001، ص 457.

(11) والي وزغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 512.

(12) جميل الشراوي نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية 1999 ص 341.

(13) راغب، العمل القضائي، المرجع السابق، ص 402. السيد، عبد الفتاح، الوجيز في المرافعات المصرية سنة 1921، ص 626. فهمي، محمد حامد، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة سنة 1940، ص 645. زغلول، الحجية الموقوفة، المرجع السابق، ص 115-116.

(14) أبو الوفا - نظرية الأحكام، المرجع السابق - ص 320-321 وما بعدها.

وإنما يكفي إنكاره عند التمسك به بما اشتمل عليه من قضاء، ويجوز رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدامه ولا تزول حالة انعدام الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً⁽¹⁵⁾.

أما الاتجاه الرافض لنظرية الانعدام، فيرى عدم الأخذ بها، لكونها غير منطقية وقيامها على غير سند تشريعي وعدم إفادتها. ويمثل هذا الاتجاه الفقيه الدكتور فتحي والي⁽¹⁶⁾ الذي يقول "ورغم التأييد الذي لقيته فكرة الانعدام، فإننا نرى رفضها لما يلي:

أن القانون ينظم البطلان، ويقصد بالعمل الباطل العمل الذي لا تتوافر فيه المقترضات التي يتطلبها القانون في عمل معين مما يؤدي إلى عدم إنتاج آثاره القانونية ولا يمكن أن يقصد بالانعدام القانوني غير هذا. إن انعدام العمل أو الحكم أو عدم وجوده هو واقعة مادية حدثت بالفعل ومن ثم فلا يحتاج الأمر إلى حكم يقررها أو ينشئها؛ فالعدم لا يحتاج إلى ما ينشئه أو يقرر انعدامه والحكم الصادر بناء على دعوى الانعدام هو حكم كاشف له غير منشئ إذ يكشف عن واقعة مادية حدثت في الوجود فعلاً".

وبالرغم من الاختلافات الفقهية للانعدام فقد عرفه بعض الباحثين بأنه "وصف يلحق بالتصرف القانوني نتيجة لوجود عيب شديد الجسامه، صاحبه منذ نشأته، يجعله مشكلاً لاعتداء بالغ الجسامه على الشرعية، ولا يترتب عليه أية آثار قانونية"⁽¹⁷⁾.

أما الحكم القضائي المنعدم فهو الحكم الذي تجرد من أركانه الأصلية، فإذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفته كحكم وإذا شاب الحكم عيب جوهري أصاب كيانه، فإنه أيضاً يفقد صفته كحكم، أما إذا كان العيب الذي يعتريه ليس من شأنه أن يفقده صفته كحكم، بل لا يعدو أن يكون شائبة تصيب صحته دون أن تمتد إلى انعقاده وكيانه فإنه يكون باطلاً وليس معدوماً⁽¹⁸⁾.

وعليه يمكن تعريف الحكم القضائي المنعدم بأنه: الحكم الذي أصابه عيب جسيم في ركن من أركانه الأساسية بحيث يجرده من صفته كحكم.

(15) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، 331.

(16) والي، الوسيط، المرجع السابق، ص 472.

(17) هيكل، هشام رشاد، انعدام الحكم القضائي، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، لسنة 2010، ص 1.

(18) أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق - ص 320 وما بعدها.

الفرع الثاني

معيار انعدام الحكم القضائي

سنتطرق في هذا الفرع إلى موقف القانون والفقه والقضاء من معيار الانعدام على النحو الآتي:

أولاً: موقف القانون:

لم تنص أغلب قوانين المرافعات والأصول المدنية على فكرة الانعدام، كالقانون الفرنسي الجديد⁽¹⁹⁾ والقانون المصري والقانون الأردني وغيرها من القوانين⁽²⁰⁾، وقد تبنت هذه التشريعات فكرة البطلان كجزء قانوني لمخالفات العمل بالمتطلبات القانونية التي نص عليها القانون. فالمشرع الأردني نص في المادة (24) من قانون أصول المحاكمات المدنية على معيار للبطلان⁽²¹⁾، وهو معيار الضرر "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر للخصم"، والمقصود من ذلك أنه لا بطلان بغير ضرر، طالما أن الخصم لم يلحق به ضرر وأن الغاية من الإجراء قد تحققت⁽²²⁾.

ثانياً: موقف الفقه:

يرى الفقه أن المشرع وإن لم ينص أو يضع معياراً للانعدام فإن ذلك لا يعني أنه لم يأخذ به، فهذا لا يعني عدم وجود معيار لحالات الانعدام في الواقع العملي، لأن نظرية الانعدام تعتبر من النظريات المسلم بها بحكم طبيعة الأشياء، وقد أخذ بها الفقه⁽²³⁾ والقضاء⁽²⁴⁾ الإداري بخصوص القرار الإداري.

وتتوافر حالات الانعدام أيضاً في حالة عدم انعقاد الخصومة أو حالة عدم توافر الشروط الشكلية التي لا يقوم للحكم مقام دونها، وقد يرجع الانعدام إلى أسباب تشوب الإجراء أو الحكم وقت صدوره⁽²⁵⁾.

(19) كان القانون الفرنسي القديم ينص على حالات للانعدام، لذلك تبني الفقه والقضاء نظرية الانعدام انظر خاطر، طلعت يوسف، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، بدون طبعة سنة 2014، ص 19 هامش 2.

(20) من القوانين التي أشارت إلى الانعدام القانون الإيطالي الصادر سنة 1940، حيث نصت المادة (161) منه على "الحكم غير الموقع عليه من قبل القاضي لا يخضع لقبود الطعون المقررة للأحكام". مشار إليه والي، البطلان في المرافعات مرجع سابق، ص 462.

(21) تقابل لمادة (20) من قانون المرافعات المصري، حيث تبني المشرع المصري معيار الغاية من الإجراء للبطلان.

(22) الزعبي، عوض أحمد، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية لسنة 2010، 332 وما بعدها.

(23) كنعان، نواف، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الأفاق المشرقة ناشرون عمان، الطبعة الرابعة، لسنة 2014، ص 265 "إن القرار المنعدم هو القرار المشوب بمخالفة جسيمة تفقده صفته الإدارية".

(24) محكمة العدل العليا الأردنية - قرارها رقم 2006/41، تاريخ 2006/2/27، منشورات قرارك، نقابة المحامين - عرفت القرار المنعدم بقولها "استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان وهو القرار المشوب بعبء جسيم بحيث يفقده خصائص القرار الإداري وينحدر به إلى درجة الانعدام كأن يكون صادراً عن فرد عادي أو هيئة غير مختصة أصلاً بإصداره أو أن يصدر عن سلطة في أمور هي من اختصاص سلطة أخرى أو عن موظف ليس من صلاحياته أو من واجباته الوظيفية إصداره".

(25) خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 12.

ويرى بعض الباحثين⁽²⁶⁾ أن معيار الانعدام يتحقق في حالة تخلف الغاية وإحداث ضرر يلحق الخصم أو المصلحة العامة. في حين يرى بعضهم الآخر أن معيار الانعدام هو وجود عيب جسيم يؤدي إلى تجرد الحكم من عناصره الجوهرية اللازمة لتكوينه بحيث لا يتصور وجوده بدونها. فتخلف أحد هذه العناصر الجوهرية يؤدي إلى نكوص الحكم عن أداء وظيفته القانونية، وتتخلع عنه صفته أو طبيعته القضائية مما يعني انعدامه، أما العيب الذي يلحق بمقتضيات صحة الحكم فإنه لا يعد عيباً جسيماً لأنه لا يؤثر في وجود الحكم ولا يحول دونه ودون تحقيق وظيفته، وإن كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى القصور في أداء وظيفته على الوجه الأكمل، وهو ما ينال من صحته ويؤدي إلى بطلانه⁽²⁷⁾.

لذلك يرى هذا الفقه أن الحكم المعدوم هو والعدم سواء لأنه لا يرتب أي أثر قانوني، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه وإنما يكفي إنكاره عند التمسك فيه⁽²⁸⁾. فالحكم يعد منعماً إذا صدر من قاضٍ كان تعيينه باطلاً، أو كان موقوفاً عن العمل بصفة مؤقتة، أو تمت إحالته على التقاعد أو قدم استقالته قبل إصداره للحكم. ومن ناحية أخرى لم يتم اعتبار الحكم منعماً، وإنما باطلاً إذا لم يتم تمثيل النيابة في الدعوى تمثيلاً قانونياً أو لم يتم إدخالها وكان القانون يوجب إدخالها⁽²⁹⁾.

لذا يمكن القول إن معيار انعدام الحكم القضائي هو أن يكون قد اعترى ركنا من أركانه عيب جوهري أدى إلى فقدانه المقومات الأساسية لوجوده مما يفقده آثاره، فهذا العيب ينصب على أركان الحكم وليس على شروط صحته.

ثالثاً: معيار الانعدام لدى القضاء :

بالرغم من أن المشرع المصري لم ينص على الانعدام، إلا أن القضاء المصري تبني فكرة الانعدام، إذ قضت محكمة النقض المصرية: "... إن العيب الجسيم هو ذلك العيب الذي يجرد الحكم من أركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره"⁽³⁰⁾.

وفي حكم آخر لها قضت بأن "ثبوت وفاة الخصم المحكوم عليه قبل رفع الدعوى يكشف عن تخلف الركن الشخصي في الخصومة وهو ما يعد عيباً جسيماً يرتب انعدام الحكم"⁽³¹⁾.

(26) غنام، محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، طبعة جامعة الكويت، لسنة 1990، ص 37.
(27) راغب، العمل القضائي، المرجع السابق، ص 402. السيد، عبد الفتاح، الوجيز في المرافعات المصرية سنة 1921، ص 626. فهمي، محمد حامد، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة سنة 1940، ص 645. زغلول، الحجية الموقوفة، المرجع السابق، ص 115-116.
(28) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 333.
(29) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 324.
(30) نقض مصري رقم 248 لسنة 47، تاريخ 1981/4/21، وكذلك الطعن رقم 772 لسنة 45 ضمن مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية.
(31) نقض مصري تاريخ 1972/2/14 مشار إليه لدى زغلول، الحجية الموقوفة، ضمن الحاشية ص 116.

وقد أخذ القضاء السوري بفكرة انعدام الحكم القضائي إذ قضى بأن الانعدام ليس بحاجة إلى نص يقرره وإنما يتحقق متى فقد الإجراء ركنا أساسيا من أركان انعقاده⁽³²⁾. ولا يجوز للقاضي أن يشترك في إصدار القرار في مرحلتين من مراحل النقاض، تحت طائلة اعتبار القرار الأخير معدوماً، بسبب تشكيل المحكمة تشكيلاً غير صحيح، وبالتالي يحق لمدعي المخاصمة المطالبة بانعدام القرار للسبب المذكور أمام الغرفة التي أصدرته⁽³³⁾.

وقد فرّق القضاء السوري بين الانعدام والبطلان من حيث الأثر القانوني له وطرق الطعن به فقد قضى بأنه "إذا كان الحكم معدوماً، فللخصوم الخيار: إما أن يطعنوا به إذا كان قابلاً للطعن، أو أن يتقدموا إلى المحكمة التي أصدرته لتقرير انعدامه، لأن الانعدام لا يغير من طرق الطعن ولا من قواعد الاختصاص، وإنما يفيد أن القرار لا وجود له. وأن المحكمة مصدرة القرار هي المختصة للنظر في دعوى إعلان انعدام الحكم إذا أغلقت أبواب الطعن الأخرى⁽³⁴⁾.

وقد نهجت محكمة التمييز الأردنية ذات النهج، فقد أخذت بفكرة انعدام الحكم القضائي حين قضت بأنه "إذا لم يكن قرار الحكم بالإضافة إلى مسودته موقعة من الهيئة الحاكمة التي أصدرت الحكم فإن الحكم الابتدائي المطعون فيه والحالة هذه يكون باطلاً ومنعدماً لمخالفته أحكام المادتين (159 و 160) من قانون أصول المحاكمات المدنية لتعلق ذلك بالنظام العام"⁽³⁵⁾.

وفي حكم آخر لها قضت بأن "توقيع مسودة الحكم من القاضي المترئس وحده دون توقيعها من كامل الهيئة الحاكمة والنطق به بعد ذلك يؤدي إلى أن تنعدم صفته كحكم ولا يترتب عليه أي أثر"⁽³⁶⁾.

وقد فرقت محكمة التمييز بين الحكم المنعدم والحكم الباطل بقولها "إن الحكم المنعدم لا يترتب عليه أثر قانوني بعكس الحكم الباطل الذي يعد قائماً مرتباً كل آثاره القانونية حتى يحكم ببطلانه.

إن القرار الصادر بإجراء تصحيح الحكم المنعدم هو أيضاً في حكم العدم على اعتبار أنه داخل في عملية مركبة تأسست نتيجة حكم معدوم والعدم لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر"⁽³⁷⁾.

ويتضح لنا من خلال ذلك، أن القضاء وضع معياراً لانعدام الحكم القضائي بأن يكون هناك عيب جسيم أصاب ركنا من أركان الحكم أو عناصره الجوهرية بحيث يفقده وجوده وكيانه وآثاره.

(32) نقض سوري - هيئة عامة - قرار رقم 3 تاريخ 1992/10/7 - المحامون لعام 1992 ص 796.

(33) نقض سوري - الهيئة العامة - أساس 1052 - قرار 193 - تاريخ 2005/10/9 - مجلة القانون لعام 2005 - القسم المدني - قاعدة 13.

(34) نقض سوري - الغرفة المدنية - أساس 1174 لعام 1978 - قرار 1228 لعام 1978 - مجلة المحامون /2-3/ لعام 1979 - القاعدة 153.

(35) تمييز حقوق رقم (2018/3487)، تاريخ 2018/7/9، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

(36) تمييز حقوق رقم (1975/309)، تاريخ 1975/8/6، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

(37) تمييز حقوق رقم (2019/4755)، تاريخ 2019/11/11، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

المطلب الثاني

تمييز الحكم القضائي المنعدم عن الحكم الباطل

يخلط بعض الفقه والقضاء بين الانعدام والبطلان باعتبارهما جزءان إجرائيان يترتبان على مخالفة مقتضيات العمل الإجرائي، وللتفريق بينهما نعرض تالياً لبيان مفهوم البطلان وأنواعه وأهمية التمييز بينه وبين الانعدام.

الفرع الأول

مفهوم البطلان

سنحاول تعريف البطلان وبيان أنواعه

1- تعريف البطلان

يقصد بالبطلان: أنه تكييف قانوني لعمل مخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً⁽³⁸⁾.

وعرفه آخر بأنه "تكييف قانوني أو وصف قانوني لعمل إجرائي تم اتخاذه دون أن يكون مطابقاً لنموذجه القانوني، أو هو الوصف الذي يُمنح للعمل الإجرائي المعيب، بحيث يترتب على هذا الوصف عدم قدرة هذا العمل على إنتاج الآثار التي كان من الممكن إنتاجها بشكل صحيح"⁽³⁹⁾.

فالبطلان عبارة عن جزء قانوني نتيجة لمخالفة العمل الإجرائي للمقتضيات والشروط الشكلية التي نص عليها القانون، مما يؤدي إلى عدم إنتاجه لآثاره.

2- أنواع البطلان:

يقسم الفقه البطلان إلى نوعين:

النوع الأول: البطلان المطلق وهو الذي يترتب على مخالفة قاعدة آمرة من القواعد المقررة للمصلحة العامة كالبطلان المترتب على مخالفة قاعدة من قواعد التنظيم القضائي أو الأهلية، ويجوز التمسك به من قبل جميع الأطراف في أية مرحلة من مراحل الدعوى، حتى لأول مرة أمام محكمة التمييز، وللمحكمة أيضاً إثارته من تلقاء نفسها⁽⁴⁰⁾.

(38) والي وزغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 8.

(39) عمر، نبيل إسماعيل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، السنة 194، ص 530.

(40) نصت المادة (1/111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.. أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام يجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها".

النوع الثاني: بطلان نسبي وهو الذي يترتب على مخالفة قاعدة أمره مقررة لمصلحة الخصوم، ويستطيع الخصم الذي شرع البطلان لمصلحته أن يتمسك به في أول فرصة تتاح له⁽⁴¹⁾، أما الخصم المتسبب في البطلان فلا يجوز له التمسك به.

الفرع الثاني

الخلط بين الانعدام والبطلان

يرى جانب من الفقه أنه لا يوجد مبرر للأخذ بفكرة الانعدام، لأنها لا تقوم على أساس منطقي أو قانوني، وأن القانون نص فقط على البطلان، وأن البطلان والانعدام مصطلحان يقصد بهما عدم توافر مقتضيات العمل الإجرائي⁽⁴²⁾.

والحقيقة أن عدم التفرقة بين عدم الوجود وعدم الصحة أثارت خلطاً في القانون، فالمشرع الأردني في المادة (133) من قانون أصول المحاكمات المدنية نص على بطلان الحكم الذي يصدر عن القاضي في الحالات التي يكون فيها غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها⁽⁴³⁾، كأن يكون زوجاً لأحد الخصوم أو قريباً أو صهراً له حتى الدرجة الرابعة، أو أن يكون قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو سبق له نظرها قاضياً. رغم أن هذه الحالات تتعلق بالنظام العام ويترتب على مخالفتها انعدام الحكم وليس بطلانه⁽⁴⁴⁾. لأن العيب فيها يشوب ركناً من أركان العمل القضائي ومقتضياته، فهذه القواعد هي قواعد أمره تتعلق بالنظام العام. ومخالفتها تنزل بالقرار إلى مرتبة الانعدام المشمول بالخطأ المهني الجسيم⁽⁴⁵⁾.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في بعض قراراتها إلى أن عدم التوقيع على قرار الحكم يجعله باطلاً وليس منعدماً حيث قضت " إن الحكم المطعون فيه قد خلا من توقيع الرئيس والعضو الأيمن فإن هذا الحكم لا يعتد به ويجعله باطلاً مما يتعين نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁶⁾.

مع أن التوقيع على الحكم يعد من الأركان الشكلية للحكم القضائي، وإذا انتفى هذا الركن فإن الحكم يكون قد فقد ركناً من أركان وجوده ويكون منعدماً وليس باطلاً. وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز الأردنية في قرارات أخرى

(41) نصت المادة (1/110) من قانون أصول المحاكمات المدنية "الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام... يجب إيدؤها معاً قبل إيداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى ألا سقط الحق فيها".

(42) والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 400. والي وزغلول "نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 535.

(43) نصت المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على حالات على سبيل الحصر يكون فيها القاضي غير صالح للنظر بالدعوى ويكون ممنوعاً من سماعها بحكم القانون.

(44) غنام، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 45.

(45) نقض سوري - الهيئة العامة/مخاصمة - القضية 1401/2008 - قرار 42 لعام 2008 - تاريخ 2008/2/25 - مجلة المحامون 5/6 لعام 2009 - القاعدة 139 - الصفحة 700.

(46) تمييز جزاء رقم (2018/2023) تاريخ 2018/8/2، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

لها قضت بأن الحكم غير الموقع من القاضي الذي أصدره يكون منعماً وليس باطلاً⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾، وهذا يدل على أن محكمة التمييز لم تفرّق - أحيانا - بين انعدام وبطلان للحكم القضائي، وربما قد يكون هذا لأنها رأت أن أثرهما من حيث النتيجة يكون واحداً.

الفرع الثالث

أهمية التفرقة بين الانعدام والبطلان

إن أساس التفرقة بين الانعدام والبطلان، هو أن الانعدام يصيب أركان الحكم القضائي فيفقد كيانه ووجوده، أما البطلان فيشوب عنصراً من عناصر أركان الحكم، فيؤدي إلى عدم صحته. فالاختلاف بينهما هو خلاف بين الوجود والصحة؛ فجزاء عدم وجود مقتضيات الحكم هو الانعدام، أما جزء عدم صحتها فهو البطلان.

فالانعدام يختلف عن البطلان سواء من حيث الطبيعة أو من حيث الأسباب، وإن كانا يتفقان في عدم إنتاج الحكم لآثاره القانونية. فالانعدام لا ينتج أثره لأنه غير موجود أما البطلان فلا يترتب له آثار لعدم توافر شروط صحته رغم وجوده. وتظهر أهمية التفرقة بين الانعدام والبطلان في⁽⁴⁹⁾:

- 1- الانعدام يترتب بقوة القانون، فهو لا يحتاج إلى حكم قضائي، ولا حاجة للطعن في الحكم المنعّم للتوصل لإلغائه، وإنما يكفي مجرد إنكار وجوده عند التمسك به⁽⁵⁰⁾. أما الحكم الباطل سواء كان بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فيبقى منتجاً لآثاره إلى أن يحكم ببطلانه.
- 2- الانعدام لا يقبل التصحيح فهو كالموت، ولا يكتسب الحجية، ولا يستنفد سلطة القاضي الذي أصدره. بخلاف البطلان الذي يقبل التصحيح حتى صيرورة الحكم باتاً.
- 3- يترتب الانعدام كجزاء على مخالفة شرط جوهرى من شروط وجود الحكم التي تقرر للمصلحة العامة، أما البطلان النسبي فهو جزء على مخالفة قاعدة وضعت لمصلحة الخصوم.
- 4- الانعدام لا يحتاج إلى تنظيم تشريعي ولا مجال لتطبيق قاعدة لا بطلان بغير ضرر على الأحكام أو الإجراءات المنعّمة⁽⁵¹⁾.

(47) تمييز حقوق رقم (2018/3487)، تاريخ 2018/7/9، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين "إن عدم توقيع قرار الحكم يجعل منه حكماً منعماً لا يترتب عليه أية آثار قانونية إذ تتعدّم صفة الحكم ولا يترتب عليه أي أثر".

(48) تمييز حقوق رقم (2015/1574)، تاريخ 2015/8/20، منشورات قرارك، نقابة المحامين.

(49) الطراونة، حسن موسى، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني واللبناني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان سنة 2016، ص 121 وما بعدها. خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها. والي وزغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 523 وما بعدها. سرور، نظرية البطلان، المصدر السابق، ص 181.

(50) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 309.

(51) السبهان، فهد إبراهيم، استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة لسنة 1995، ص 230

وعليه فإنه تختلف آثار الحكم المنعدم عن الحكم الباطل من حيث أولاً استنفاد سلطة المحكمة فالحكم الباطل يستنفذ سلطة المحكمة في نظر الدعوى على عكس الحكم المنعدم. ثانياً الحكم الباطل يعتبر مكسباً لحجية الأمر المقضي به إلى أن يحكم ببطلانه على عكس الحكم المنعدم الذي ليس له هذه الحجية. ثالثاً الحكم الباطل يقوي الحق ويدعمه إلى أن يقضى ببطلانه أما الحكم المنعدم فلا يقوي أو يؤكد الحق لأنه غير موجود أصلاً⁽⁵²⁾

المبحث الثاني

حالات انعدام الحكم القضائي وآثارها

سوف نتناول في هذا المبحث حالات أو أسباب الانعدام في المطلب الأول، ومن ثم نبين آثار الانعدام للحكم القضائي في المطلب الثاني، وأخيراً سوف نبين كيفية الطعن فيه.

المطلب الأول

حالات انعدام الحكم القضائي

يرى الفقه⁽⁵³⁾ والقضاء⁽⁵⁴⁾ أن الحكم يصبح منعدماً إذا فقد ركناً من أركانه الأساسية وهي صدوره عن قاض ليس له سلطة الولاية في خصومة أو بسبب انعدام الخصومة أو بسبب عدم مراعاة الشكلية

الفرع الأول

الانعدام بسبب عيب ولاية المحكمة وتشكيلها

أولاً: الانعدام لمخالفة ولاية المحكمة:

الولاية القضائية تثبت للدولة وتمارسها عن طريق المحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها، حيث إن الحماية القضائية تعد من أهم الوظائف القانونية للدولة ومظهر من مظاهر سيادتها⁽⁵⁵⁾.

أما الاختصاص القضائي فهو أن كل محكمة من محاكم الدولة لها قضايا معينة تختص بها دون غيرها من المحاكم وذلك حسب نوعها أو قيمتها أو وفقاً لموطن الخصم أو المال المتنازع عليه. أو ما استنتج منها المشرع بنص خاص كمحكمة أمن الدولة والمحاكم العسكرية.

(52) عادل الزعبي أطروحة دكتوراة جامعة عمان العربية 2004 ص 50-52، عبد الوهاب عبد المنعم، الحكم القضائي المنعدم، مجلة الأبحاث القانونية المعقدة، العراق العدد 5، السنة 2016 ص 73-74

(53) راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 366. هندي، أحمد، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999، ص 214.

(54) نقض مصري مدني رقم 22 لسنة 189 تاريخ 1971/12/28 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص 1115.

(55) الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الأردني، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

وانتقاء الولاية يقصد بها خروج المسألة عن ولاية جهة قضائية، إما لخروجها عن ولاية القضاء الوطني بصورة عامة أو لخروجها عن ولاية القضاء العادي رغم دخولها في القضاء الوطني بنص القانون وذلك مثل المحاكم الخاصة العسكرية ومحكمة أمن الدولة أو القضاء الإداري أو القضاء الديني، ففي هذه الحالة يكون الحكم القضائي منعماً، وذلك نظراً لجسامة المخالفة الإجرائية، مما يفقد الحكم حجتيه أمام الجهة صاحبة الولاية⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: الانعدام لمخالفة تشكيل المحكمة:

يقصد بتشكيل المحكمة عدد القضاة الذين تتكون منهم، فالقانون يحدد عدد القضاة الذين تتشكل منهم المحكمة، وأن النظام القضائي الأردني يأخذ بصفة عامة بنظام تعدد القضاة، ولكنه يأخذ بنظام القاضي الفرد في محاكم الدرجة الأولى⁽⁵⁷⁾.

فالحكم الصادر عن محكمة مشكلة تشكياً مخالفاً للقانون، كأن يصدر الحكم من قاضيين بدلاً من ثلاثة فهنا يكون الحكم منعماً، أما إذا صدر الحكم عن محكمة لم تمثل النيابة العامة فيها بالرغم من أن القانون يوجب تمثيلها فيكون الحكم باطلاً وليس منعماً⁽⁵⁸⁾. أما إذا صدر الحكم من أربعة قضاة مع أن القانون اشترط ثلاثة قضاة فيكون الحكم باطلاً⁽⁵⁹⁾. ويجب أن يصدر الحكم عن قاضٍ معين وفقاً لحكم القانون وله ولاية وسلطة في إصدار الحكم، فإذا صدر الحكم عن قاضٍ لم يحلف اليمين أو كان تعيينه باطلاً أو قاضٍ زالت عنه ولاية القضاء يكون الحكم منعماً. والحكم الصادر عن قاضٍ ممنوع من نظر الدعوى لوجود سبب من أسباب عدم الصلاحية يكون أيضاً منعماً⁽⁶⁰⁾.

الفرع الثاني

انعدام الخصومة

يقصد بالخصومة القضائية مجموعة الإجراءات القضائية أو الأعمال الإجرائية المتتابعة التي يقوم بها الخصوم أو من يمثلهم والقاضي وأعوانه. وتبدأ بالمطالبة القضائية التي ترمي إلى الحصول على حكم في موضوعها يحقق الحماية القضائية⁽⁶¹⁾. وقد يرد الانعدام على الرابطة الإجرائية بأكملها لمخالفة شرط من شروط وجودها القانوني، فلا تقوم الخصومة بأكملها ولا تتصل المحكمة بها. وقد يلحق الانعدام بإجراء معين من إجراءات الخصومة لعدم توافر مقتضياته الموضوعية دون أن يمتد إلى عناصر الرابطة الإجرائية كافة.

(56) نقض مصري 1967/5/2 مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، ص 18، رقم 3، ص 931.
(57) انظر قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم 17 لسنة 2001 المنشور على الصفحة 1308 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4480 بتاريخ 2001/3/18.
(58) نقض مصري مدني 1990/3/1 رقم 100 سنة 53 مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 624.
(59) نقض مصري 1972/5/18، رقم 221، سنة 37 مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 959.
(60) هيكل، انعدام الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 179. غنام، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 45.
(61) الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 233. والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 293.

وتنعدم الخصومة في الحالات التالية:

أولاً: انعدام صفة الخصم:

الخصم هو من يقدم طلباً للقضاء للحصول على الحماية القضائية أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب⁽⁶²⁾، ويجب أن تتوافر فيهما أهلية الاختصاص والأهلية الإجرائية⁽⁶³⁾.

وتفقد الخصومة وجودها، وتكون منعدمة إذا فقدت أحد أركانها وهو صفة الخصم في الخصومة، لأن القانون يشترط أن تتضمن لائحة الدعوى أسماء الخصوم المدعي والمدعى عليه⁽⁶⁴⁾، فإذا افتقدت لائحة الدعوى لهذا البيان، يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة للجهالة في صفة الخصوم، بالتالي انعدام الإجراءات التي تتخذ فيها.

وتفقد الخصومة صفتها في الحالات التالية:

1- وفاة الخصم قبل رفع الدعوى:

تعد الخصومة منعدمة إذا كان أحد الخصمين لا وجود له قانوناً، أو متوفياً قبل بدئها، ويكون الحكم الصادر فيها منعدماً. أما إذا حدثت الوفاة بعد بدايتها فإنها لا تؤدي إلى انعدامها وإنما إلى انقطاعها⁽⁶⁵⁾. وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أنه إذا رفعت الدعوى على شخص ميت فإن الخصومة لا تكون منعدمة أو باطلة، وأنه في هذه الحالة يتوجب على المحكمة أن تكلف الخصم بإدخال ورثة المدعي عليه، وبتقديم لائحة دعوى معدلة، وذلك لأن الورثة هم امتداد لشخصية المتوفى. وفي هذه الحالة يتم مخاصمة الورثة بالإضافة للتركة.

2- فقدان الخصم أهلية التقاضي:

أهلية الاختصاص ليست كافية للقيام بالأعمال الإجرائية في الخصومة - مع أن تخلفها كما أسلفنا يؤدي لانعدام الخصومة والحكم الصادر فيها - وإنما يجب أن تتوافر أيضاً الأهلية الإجرائية وهي أهلية التقاضي، ويقصد بها صلاحية الشخص للقيام بالأعمال الإجرائية في الخصومة. ويرى جانب من الفقه أن انتفاء أهلية التقاضي تؤدي إلى عدم قبول الدعوى وانعدام الخصومة، وبالتالي انعدام الحكم الصادر فيها لأن صفة الخصم لم تتوافر للشخص الذي فقد أهليته، وبالتالي لم تتعد الخصومة، وانعقاد الخصومة ركن أساسي لقيامها بدونها تصبح الخصومة

(62) والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 297.

(63) صاوي، أحمد السيد، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، سنة 1976، ص 30.

(64) المادة (56) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988. وتعديلاته

(65) هيكل، انعدام الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 136. أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 321.

منعدمة⁽⁶⁶⁾. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حين قضت "إن اختصاص القاصر في الدعوى كبالغ دون اختصاصه في شخص الممثل القانوني له، أثره انعدام الحكم الصادر فيها"⁽⁶⁷⁾.

بينما يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه يترتب على تخلف أهلية التقاضي للخصم قبل رفع الدعوى بطلان إجراءات الخصومة وليس انعدامها، لأن الأهلية شرط للإجراء القضائي وليس شرطاً لقبول الدعوى⁽⁶⁸⁾.

أما القضاء السوري فقد اعتبر الحكم الصادر على مَنْ فقد أهليته قبل رفع الدعوى عليه معدوماً، أما إذا فقد الخصم أهليته أثناء نظر الدعوى، وصدر الحكم عليه كان الحكم باطلاً ولا يعد معدوماً، والعيب في الخصومة إذا كان قائماً قبل رفع الدعوى كالموت أو فقدان الأهلية أو نقصها يجعل الحكم الصادر تبعاً لذلك معدوماً⁽⁶⁹⁾.

ونحن نؤيد الرأي الراجح في الفقه لأن تخلف أهلية التقاضي للخصم قبل رفع الدعوى لا يجعل الخصومة منعدمة وإنما باطلة، لعدم صحتها⁽⁷⁰⁾، لكون أهلية التقاضي تتعلق بشروط صحة الخصومة، ولصحة الخصومة يتم إدخال الولي أو الوصي في الدعوى، وهذا مستفاد من نص في المادة (9/10) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني "إذا كان المدعى عليه قاصراً أو فاقداً الأهلية تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو الوصي عليه".

ثانياً: انعدام انعقاد الخصومة:

المطالبة القضائية هي الإجراء الواجب توافره لنشأة الخصومة، وتبدأ هذه المطالبة القضائية بقيد لائحة الدعوى في سجل قلم المحكمة وإرسال تبليغ للمدعى عليه وفقاً لنص المادة (56) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني⁽⁷¹⁾، وتتعدّد الخصومة بمجرد تمام تبليغ المدعى عليه أو حضوره للمحكمة أو تقديمه جوابه ومستنداته، وذلك إعمالاً لمبدأ المواجهة، وتمكين الخصم من الدفاع عن نفسه.

والتبليغ هو إعلان بوجود خصومة قضائية، فهو الوسيلة الرسمية التي يبلغ بها خصم (المدعى) واقعة معينة إلى علم خصمه (المدعى عليه) وذلك بتسليمه صورة عن لائحة الدعوى⁽⁷²⁾، وقد نظم المشرع الأردني طرقاً معينة للتبليغ⁽⁷³⁾.

(66) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 326. جميعي، عبد الباسط، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي للطبع والنشر، لسنة 1980، ص 240-241. خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 49.

(67) نقض مصري 21996/27 رقم 2509 س 60 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص 368.

(68) والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 489. راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص 543. سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية، لسنة 1973، ص 181، سيف، الوسيط، المرجع السابق، ص 162.

(69) نقض سوري الهيئة العامة أساس 797 قرار 280 تاريخ 2001/10/22 ونقض سوري - الغرفة المدنية الثانية - القضية 791 أساس لعام 2008 - قرار 945 لعام 2008 - تاريخ 2008/6/23 - مجلة المحامون /11-12/ لعام 2010 - القاعدة 782.

(70) تمييز حقوق رقم (2011/2803)، تاريخ 2011/10/27، منشورات قرارك، نقابة المحامين.

(71) انظر الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 259.

(72) صاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 309.

(73) انظر المواد (من 4 إلى 15) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

ويرى جانب من الفقه المصري أن عدم الإعلان أو بطلانه يؤدي إلى عدم انعقاد الخصومة، وبالتالي يكون الحكم الصادر فيها معدوماً⁽⁷⁴⁾.

وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها، ويترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح، إذ يعتبر الحكم الصادر فيها منعدماً، ومن ثم لا تكون له قوة الأمر المقضي، ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى بطلان فيه، بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده". وبذات الاتجاه أيضاً قضت محكمة النقض السورية بأنه "يعتبر الحكم القضائي معدوماً إذا ما صدر دون تبليغ الخصم بالدعوى⁽⁷⁵⁾".

ويرى جانب آخر من الفقه⁽⁷⁶⁾ - وبحق - أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه لأن هناك فرقا بين عدم وجود التبليغ وبين بطلان التبليغ لوجود عيب جوهري في إجراءاته. فإذا لم يتم إعلان المدعى عليه بالخصومة إطلاقاً، فإن الخصومة لا تتعقد وتكون جميع إجراءاتها منعدمة بمواجهة المدعى عليه، لأن عدم الإعلان هو بمثابة العدم والعدم لا يولد أثراً ولا يحتمل التصحيح. أما إذا كانت إجراءات الإعلان - أي التبليغ - باطلة لعيب في إجراءاتها، كما لو سلم التبليغ إلى شخص لا يصح تسليم التبليغ له، أو كان هناك خطأ في موعد الجلسة أو سلم إليه في الوقت غير المخصص للتبليغ⁽⁷⁷⁾ ولم يحضر المدعى عليه للمحكمة، فإن الإجراءات التي تتخذ في الخصومة تكون باطلة وليست منعدمة.

أما القانون الأردني فقد رتب البطلان على مخالفة مواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه⁽⁷⁸⁾، ولم يفرق بين عدم الإعلان لعيب جوهري في بيانات التبليغ أو في مواعيده وإجراءاته أو أنه تم بطريق الغش أو الاحتيال أو التزوير، وذلك نظراً لأهمية التبليغ، لأن بطلان التبليغ بسبب عيب جوهري فيه يؤدي إلى تفويت الغرض منه وهو علم الخصم بطلبات وادعاءات خصمه.

حيث أجاز القانون للمدعى عليه الذي لم يتبلىح أصولياً، بسبب قيام المدعي باستعمال وسائل احتيالية أو غش أو تزوير ورقة تبليغ لائحة الدعوى للحصول على حكم فيها، أن يطعن بالحكم الصادر بحقه خلال مواعيد الطعن العادية أو أن يطعن به بطريق طعن غير عادي يسمى إعادة المحاكمة وفقاً لنص المادة (213) من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽⁷⁹⁾.

(74) غنام، نظرية الانعدام، المرجع السابق ص 179. أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق ص 315.

(75) نقض سوري - الغرفة المدنية الثانية - قرار رقم 1449 - أساس 1020 لعام 1995 - تاريخ 1995/12/17 - مجلة القانون لعام 1996 - صفحة 255.

(76) انظر، خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 60 ما بعدها. الطراونة، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 115.

(77) نصت المادة (4) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "لا يجوز إجراء أي تبليغ أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحاً ولا بعد الساعة السابعة مساءً ولا في أيام العطل الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من المحكمة".

(78) المادة (16) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(79) انظر في أسباب إعادة المحاكمة، الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 446.

وفي تقديرنا أنه في الحالات الأخرى - خلاف حالة مخالفة مواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه - فإنه يمكن الأخذ بالرأي الثاني أعلاه في القانون الأردني، وهذا مستفاد من نص المادة (16) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي رتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والنظام الصادر بمقتضاه. فهناك فرق بين صدور الحكم دون تبليغ أو أن يتم التبليغ بطريق الغش والاحتيال أو التزوير خلافاً لقواعد وإجراءات التبليغ أو أن تكون ورقة التبليغ خالية من البيانات الجوهرية كاسم الخصم أو اسم المحكمة أو رقم الدعوى⁽⁸⁰⁾، وترتب عليه عدم حضور المدعى عليه وعدم علمه بالدعوى، وبين عدم مراعاة مواعيد وإجراءات التبليغ. ففي الحالة الأولى لا تتعدّد الخصومة وتكون جميع إجراءاتها منعدمة، فالخصومة فقدت ركناً من أركانها وهو الإعلان، مما يجعل جميع إجراءاتها منعدمة، أما في الحالة الثانية فإن العيب يشوب صحة إجراءات التبليغ التي نص عليها القانون، وهو أمر يرتب البطلان وليس الانعدام.

الفرع الثالث

الانعدام الشكلي للحكم

إن الحكم القضائي يصدر عن المحكمة المختصة وفقاً لشكلية معينة نص عليها القانون، فقواعد قانون أصول المحاكمات المدنية تتميز بأنها عبارة عن مجموعة من القواعد الشكلية التي تحكم الأوضاع القانونية للخصومة وإجراءاتها حتى صدور حكم نهائي⁽⁸¹⁾، وقد أوجب القانون بأن يصدر الحكم وفقاً لشكلية معينة، بأن يكون محرراً أي مكتوباً ومنتزعاً من البيانات كافة التي أشار إليها القانون وموقعاً من القاضي الذي أصدره.

وأما الأسباب الشكلية التي تؤدي إلى انعدام الحكم فهي:

أولاً: عدم تحرير الحكم:

تحرير الحكم هو عنصر من العناصر الضرورية لصحة الحكم، فهو يتضمن مجموعة من البيانات الخارجية اللازمة لإفراغ أعمال القاضي لإجراءات الخصومة بداخلها، وبه يتحقق المظهر الخارجي للحكم⁽⁸²⁾. وهو بذلك يعد شرط وجود للحكم وليس شرط إثبات، فلا يوجد الحكم إلا مكتوباً، فالحكم غير المكتوب لا وجود قانوني له، فهو حكم معدوم⁽⁸³⁾.

(80) تمييز حقوق كويتي رقم 80/85 تجاري تاريخ 1980/12/10، مجموعة القواعد القانونية في المواد التجارية والمدنية الصادرة عن محكمة التمييز الكويتية لسنة 1994، ص44.

(81) الزعيبي، الوجيز، المرجع السابق، ص15.

(82) شحاتة، محمد نور، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة 2007، ص614.

(83) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص318.

ويوجب القانون أن يكتب الحكم من مسودة ونسخة أصلية، والمسودة عبارة عن ورقة رسمية تثبت فيها المحكمة إرادتها القضائية مسببة في الدعوى المرفوعة أمامها⁽⁸⁴⁾، وتكتب عقب انتهاء المداولة وقبل النطق بالحكم، ويجب أن تشتمل على أسباب الحكم ومنطوقه وأن توقع من القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في المداولة⁽⁸⁵⁾، ومن ثم تقوم المحكمة بإصدار الحكم النهائي مشتملاً على البيانات كافة التي نص عليها القانون⁽⁸⁶⁾.

ويذهب بعض الفقه إلى أن مسودة الحكم لا تعدو أن تكون ورقة لتحضيره لا يترتب على عدم إيداعها بطلان الحكم⁽⁸⁷⁾، في حين يرى جانب آخر أن الحكم دونها يكون منعدماً⁽⁸⁸⁾.

أما الرأي الراجح في الفقه⁽⁸⁹⁾ فيذهب إلى أنه يترتب على عدم وجود مسودة لقرار الحكم بطلانه وليس انعدامه، وبهذا الرأي قضت محكمة التمييز الأردنية "ولما كان الثابت بأن الحكم الابتدائي المطعون فيه والحالة هذه لم تكن له مسودة وصدر قبل تجهيزها من قبل محكمة الدرجة الأولى الأمر الذي يكون معه هذا القرار باطلاً ومنعدماً لمخالفته أحكام المادتين (159 و160) من قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالنظام العام مما يتعين اعتبار القرار المستأنف منعدماً أو باطلاً فنقرر إعادة الأوراق إلى مصدرها لإصدار قرار وفقاً لأحكام المادتين (159 و160) من قانون أصول المحاكمات المدنية".

ثانياً: إغفال بعض بيانات الحكم:

بينت المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية البيانات التي يجب أن يصدر الحكم مشتملاً عليها، فهل إغفال أي من هذه البيانات يؤدي لانعدام الحكم؟

مع ملاحظة أن إغفال بعض البيانات قد يؤدي إلى بطلان الحكم أو انعدامه، وأهم البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم وأثرها إن غفل عنها ما يلي:

(84) سيف، الوسيط، المرجع السابق، ص714. راغب، العمل القضائي، المرجع السابق، ص687.

(85) المادة (159) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(86) المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(87) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المصدر السابق، ص99. تمييز حقوق رقم 2013/3544، منشورات فرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

(88) هيكل، انعدام الحكم القضائي، ص199.

(89) راغب، العمل القضائي، المرجع السابق، ص688. سعد، قانون القضاء الخاص، ج2، ص228.

- 1- عدم صدور القرار باسم حضرة صاحب الجلالة الملك المعظم يؤدي إلى بطلان الحكم وليس انعدامه⁽⁹⁰⁾، وقد كانت محكمة النقض المصرية ترتب البطلان على خلو الحكم من أنه صدر باسم الشعب⁽⁹¹⁾، إلا أنها عدلت عن موقفها وقررت أن عدم صدور الحكم باسم الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته⁽⁹²⁾.
- 2- عدم توقيع القاضي على مسودة الحكم أو على النسخة الأصلية يؤدي إلى انعدام الحكم⁽⁹³⁾.
- 3- عدم ذكر أسماء القضاة أو القاضي يترتب عليه بطلان الحكم وليس انعدامه، كما أن الخطأ المادي في اسم أحدهم لا يترتب عليه البطلان⁽⁹⁴⁾.
- 4- عدم ذكر اسم الخصوم بشكل كاف ناف للجهالة يؤدي لانعدام الحكم لافتقاده أحد الشروط الجوهرية لوجوده⁽⁹⁵⁾، أما ورود خطأ في اسم الخصم فإنه يمكن تصحيحه. ويرى جانب آخر من الفقه أن عدم ذكر أسماء الخصوم أو الخطأ الجسيم في أسمائهم وصفاتهم يؤدي لبطلان الحكم⁽⁹⁶⁾.
- 5- تخلف منطوق الحكم، فهو الذي يعبر عن رأي القاضي والنتيجة التي انتهت إليها المحكمة في الطلبات المعروضة عليها، كما أنه يحدد المراكز القانونية، وهو الذي يحوز قوة الأمر المقضي فيه⁽⁹⁷⁾. وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الحكم يكون باطلاً في هذه الحالة وليس منعماً⁽⁹⁸⁾، ويرى البعض الآخر أن الحكم يكون منعماً، لأن منطوق الحكم هو الذي يحدد المراكز القانونية وهو الذي يقبل الطعن⁽⁹⁹⁾.
- 6- انعدام أسباب الحكم، وهو أن يصيب عيب جوهري أسباب الحكم فتعدم كلياً بحث يخلو الحكم من التسبب أو جزئياً بأن يكون مسبباً بجزء منه فقط مما لا تستطيع محكمة التمييز بسط رقابتها القانونية على هذا التسبب. وإذا انعدمت أسباب الحكم كلياً يصبح الحكم منعماً لا وجود له، أما إذا كان الانعدام جزئياً فيكون الحكم معيباً جزئياً ويمكن الطعن فيه استناداً إلى هذا العيب.
- أما إذا كان العيب لعدم كفاية الأسباب أو لقصورها، فإنها لا تجعل الحكم منعماً، وإنما باطلاً.
- 7- خلو الحكم من اسم المحكمة وتاريخه يؤدي إلى بطلان الحكم وليس انعدامه⁽¹⁰⁰⁾.

(90) - تمييز حقوق رقم (2009/189)، تاريخ 2009/4/12، منشورات مركز عدالة.
(91) نقض مصري رقم 141 تاريخ 1956/6/28 و قرار رقم 142 تاريخ 1961/5/4، مجموعة القواعد القانونية والأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية العدد 1-3، ص 2245.
(92) نقض رقم 143 تاريخ 1974/1/21، مجموعة القواعد، المرجع السابق، ص 2254. انظر، عبد الرحمن، محمد سعيد، الحكم القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لسنة 2001، ص 211-212.
(93) تمييز حقوق رقم (2015/1574)، تاريخ 2015/8/20، منشورات قرا، نقابة المحامين.
(94) صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص 475.
(95) - خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 145.
(96) عبد الرحمن، الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 225.
(97) خاطر، نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 147. هيكل، انعدام الحكم القضائي، المرجع السابق، ص 199.
(98) فودة، البطلان، المرجع السابق، ص 210. والي، الوسيط، ص 634. عبد الرحمن، الحكم القضائي، ص 272.
(99) راغب، العمل القضائي، ص 696. خاطر، 0 نظرية الانعدام، المرجع السابق، ص 147.
(100) محكمة استئناف حقوق عمان رقم (2012/13581) تاريخ 2012/4/22، منشورات قرا، نقابة المحامين.

ونخلص مما تقدم إلى أن الانعدام يلحق بالحكم القضائي إذا لم يكن مكتوباً أو موقفاً من القاضي الذي أصدره ولم يتضمن منطوقه، أما ما يشوب الحكم من عيوب أخرى فإنه يؤدي إلى بطلانه.

المطلب الثاني

آثار انعدام الحكم القضائي وكيفية التمسك بالانعدام

إذا صدر الحكم القضائي صحيحاً، فإنه يترتب عليه عدة آثار أهمها أنه لا يجوز معاودة البحث في النزاع الذي فصل فيه، كون الحكم يحوز حجية الأمر المقضي به وأصبح في الدرجة التي صدر بها عنواناً للحقيقة. فإذا لحق الحكم عيباً فلا يمكن إعادة بحث أسبابه إلا من خلال طرق الطعن العادية أو غير العادية، أو من خلال دعوى البطلان. أما إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية لعيب جوهري أصاب كيانه فإنه يفقد صفته كحكم، ولا تستند المحكمة التي أصدرته سلطتها بالنظر فيه، ولا يترتب حجية الأمر المقضي فيه، ولا يرد عليه التصحيح. وتتناول في فرعين متتاليين الآثار المترتبة على الحكم المنعدم ومن ثم وسائل التمسك بالانعدام.

الفرع الأول

الآثار المترتبة على انعدام الحكم القضائي

إذا كان الحكم القضائي منعدمًا لعيب جوهري في ركن من أركان وجوده، فإنه يترتب عليه الآثار التالية:

أولاً: إذا انعدم الحكم لعيب جوهري في الخصومة وإجراءاتها، فإنه يترتب عليه أن العمل الإجرائي المعيب لا ينتج آثاره الإجرائية والموضوعية.

فإذا انعدمت الخصومة، فلا ينقطع التقادم المسقط للحكم بسبب المطالبة القضائية، وتزول مدة وقف التقادم خلالها بسبب رفع الدعوى، وتعتبر كأن لم تكن، ولا تعتبر الخصومة المنعدمة انقطاعاً للتقادم⁽¹⁰¹⁾، ولا يجوز التمسك بالعمل المنعدم في الخصومة الجديدة كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى الإجراء المنعدم.

ثانياً: عدم استنفاد المحكمة لسلطتها بصدور الحكم المنعدم.

إن الحكم القضائي بمجرد صدوره يخرج عن ولاية المحكمة فلا يجوز لها إعادة النظر به أو تعديله⁽¹⁰²⁾ أي أنه بمجرد صدوره تستنفد المحكمة سلطتها أو ولايتها إزاء النزاع أو المسألة التي فصلت فيها⁽¹⁰³⁾، وهذه القاعدة لا تنتج أثرها إلا بالنسبة للحكم القضائي الصحيح. أما إذا كان الحكم منعدمًا، فإنه لا تُستنفد ولاية القاضي الذي أصدر

(101) والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص572.

(102) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص669.

(103) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص669. الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص388.

الحكم أو سلطته، ويكون مختصاً بنظر طلب بطلان الحكم أو بإعادة النظر في موضوعه. وإذا تم الطعن بالحكم المنعدم، وقضت المحكمة ببطلانه فيجب أن تعيد الحكم إلى المحكمة التي أصدرته⁽¹⁰⁴⁾.

ثالثاً: عدم حيازة الحكم المنعدم لحجية الشيء المقضي فيه وقوة الأمر المقضي.

يكتسب الحكم القضائي بمجرد صدوره ميزةً يتمتع بمقتضاها على الخصوم إعادة طرح ذات الموضوع الذي فصل فيه مرةً أخرى على القضاء إلا بطرق الطعن المقررة قانوناً⁽¹⁰⁵⁾، وهذه الحجية ضرورية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية وتفايدي تعارض الأحكام⁽¹⁰⁶⁾. وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي سواء كان نهائياً أو غير نهائي، وتبقى هذه الحجية للحكم إلى أن يلغى بنتيجة الطعن فيه. أما قوة الأمر المقضي أو قوة الشيء المحكوم فيه فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية⁽¹⁰⁷⁾.

والحكم القضائي المنعدم لا يحوز حجية الأمر المقضي به، لأنه ليس له وجود قانوني، ويترتب على ذلك إمكانية رفع دعوى ببطلان الحكم، باعتباره تصرفاً قانونياً لأن الدعاوى لا ترفع ضد الأحكام، فالحكم القضائي المنعدم يصبح مجرد واقعة تتجرد منه صفته القضائية ولا يتمتع بأية حرمة أو حصانة قضائية ولا يصلح لترتيب أي أثر عليه، إذ إن الحكم المنعدم في حقيقة الأمر لا يعد عملاً قضائياً⁽¹⁰⁸⁾، كما لا يتحصن بفوات الطعن فيه، وإنما يظل الميعاد بالنسبة له مفتوحاً، فهو مجرد واقعة قانونية يمكن الإطاحة بها في أي وقت⁽¹⁰⁹⁾.

رابعاً: عدم قابلية الحكم المنعدم للتصحيح.

إن الإجراء المنعدم لا يمكن تصحيحه، وهذا ما يميز الانعدام عن البطلان، لأن الإجراء الباطل يمكن تصحيحه حتى ولو كان متعلقاً بالنظام العام. وعدم قابلية الإجراء المنعدم للتصحيح يتعلق بوجود الإجراء نفسه، لأن العيب الذي شاب الإجراء هو عيب جوهري يتعلق بوجود الشيء من الوجهة القانونية لا بصحته، حيث إن المعدوم لا يمكن رأب صدعه⁽¹¹⁰⁾، ولا يجوز التنازل عن الانعدام أو القيام بعمل يدل على تصحيحه، لأن هذا النزول لا يمنح الحكم الركن الأساسي الذي يفقده، وإن كان هذا النزول إقراراً من جانب الخصم بالحق الثابت لخصمه في الحكم المعدوم⁽¹¹¹⁾.

(104) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، 335.

(105) راغب، العمل القضائي، المرجع السابق، ص 158، سيف، الوسيط المرجع السابق، ص 699.

(106) سيف، الوسيط، المرجع السابق، ص 700. صاوي، أحمد السيد، الشروط الموضوعية للدفع بحجة المحكوم فيه، دار النهضة العربية، لسنة 1971، ص 87.

(107) الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، ص 390.

(108) والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 135 وما بعدها.

(109) علام، رمضان إبراهيم، الحكم القضائي المعدوم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الثانية لسنة 2013، ص 203.

(110) نقض مصري 1999/5/18 - طعن رقم 2718، س 67ق، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض 50، ص 689.

(111) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 319.

الفرع الثاني

وسائل التمسك بالانعدام

يثبت الانعدام متى فقد الحكم ركنا من أركانه الأساسية، دون حاجة إلى نص تشريعي يقره، أو إثبات أن هناك ضرراً أصاب الخصم المتمسك به، ولا يحول دونه تحقق الغاية من الإجراء⁽¹¹²⁾. والحكم المنعدم لا تلحقه الإجازة أو التصحيح، ولا يرتب أثراً. إلا أنه لا يكفي عدم الاعتداد بالحكم المنعدم بل لا بد من تقرير انعدامه، ويتم التمسك بانعدام الحكم القضائي بعدة وسائل:

1- التمسك بالانعدام بطرق الطعن في الحكم.

يستطيع الخصم الطعن بالحكم المنعدم لدى محكمة الاستئناف أو التمييز حتى لو بعد فوات مدة الطعن، إذ لا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه.

وكذلك يتم الطعن بالحكم المنعدم بإعادة المحاكمة، كما لو أن الحكم بني على غش أو احتيال أو تزوير أو لم يتم تمثيل الخصم في الدعوى تمثيلاً قانونياً⁽¹¹³⁾.

1- التمسك بالانعدام بطريق الدفع.

يمكن التمسك بانعدام الحكم القضائي عن طريق الدفع بانعدامه من خلال الدعوى التي تم التمسك به فيها، فإذا رفعت دعوى وتمسك أحد الخصوم فيها بحكم معدوم صدر في ذات الدعوى أو في دعوى أخرى من نفس المحكمة أو من محكمة أخرى، فإن هذا الحكم لا يصلح للاحتجاج به، ويمكن لأي من الخصوم الدفع بأن هذا الحكم منعدم، وليس لهذا الدفع ميعاد يسقط بفواته.

2- التمسك بالانعدام بدعوى أصلية.

خلافاً للقاعدة الفقهية أنه لا دعوى بطلان أصلية ضد الأحكام، إلا أنه استثناءً يجوز رفع دعوى أصلية لتقرير انعدام الحكم القضائي⁽¹¹⁴⁾، فيمكن رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم المنعدم وتقام هذه الدعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى.

وقد اختلف الفقه حول تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان الحكم المنعدم، فذهب بعضهم إلى أنها المحكمة التي أصدرت الحكم، لأنها لم تستنفد ولايتها⁽¹¹⁵⁾. في حين ذهب بعض آخر - وبحق -

(112) وجدي، مبادئ الخصومة، المرجع السابق، ص 366.

(113) المادة (213) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(114) الطراونة، نظرية البطلان المرجع السابق ص 118. عمر، نبيل، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورت الحلبي، بيروت سنة 2008، ص 1203.

(115) أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 335. والي، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 639.

أنها ترفع وفق قواعد الاختصاص أمام محكمة البداية باعتبارها صاحبة الولاية العامة، سيما أن دعوى البطلان غير مقدرة القيمة⁽¹¹⁶⁾.

3- التمسك بالانعدام عن طريق المنازعة في التنفيذ.

لما كان الحكم المعدم ليس له وجود قانوني، ولا تثبت له حجبية، فإنه يمكن التمسك بانعدامه عن طريق تقديم إشكال أو منازعة في تنفيذه، وفقاً للنظام القانوني المعمول به في الدولة. فمن صدر عليه حكم وكان مشوباً بعيب من العيوب التي تؤدي إلى انعدامه، وفاته مواعيد الطعن، ولم يرفع دعوى بطلان، فإنه يمكن أن يعترض على تنفيذ الحكم المنعدم لدى قاضي التنفيذ بأن يطلب منه وقف تنفيذ الحكم لانعدامه أو حتى يتم الفصل في صحته⁽¹¹⁷⁾.

ونرى أن قاضي التنفيذ لا يملك التصدي لانعدام الحكم إلا إذا كان العيب واضحاً وصريحاً؛ كأن يكون الحكم غير موقع، أما في الحالات الأخرى فإنه لا يملك تقرير الانعدام وإنما يتم وقف إجراءات التنفيذ بناء على طلب الخصم بشرط أن يقدم ما يثبت أنه قدم دعوى بطلان أمام المحكمة المختصة، ويتم تكليفه بتقديم كفالة تضمن الوفاء قبل نفاذ قرار الوقف⁽¹¹⁸⁾.

(116) زغلول، الحجبية الموقوفة، المرجع السابق، ص121.

(117) شربا، أمل، إشكالات التنفيذ الوقتية والحكم بها، مرجع سابق، ص 290. الطراونة، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص119.

(118) المادة (21) من قانون التنفيذ الأردني رقم (25) لسنة 2007 المنشور في الجريدة الرسمية عدد (4821) صفحة 2262 تاريخ 2007/4/16.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع "الحكم القضائي المنعدم وآثاره في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دراسة مقارنة" وقد انتهى بنا المطاف بعد توضيح ماهية الحكم المنعدم وبيان حالاته وآثاره إلى عدة نتائج وتوصيات نوجزها فيما يلي:

أولاً: النتائج.

- 1- الحكم القضائي المنعدم هو الحكم الذي أصابه عيب جسيم في ركن من أركانه، بحيث يجرده من أركانه الأساسية، ويفقده كيانه وصفته كحكم.
- 2- الحكم القضائي المنعدم لا يترتب أثر على صدوره ولا يكتسب حجية الأمر المقضي فيه، ولا يستنفذ سلطة المحكمة، ولا يرد عليه التصحيح ولا يقبل التنازل.
- 3- لم ينظم المشرع الأردني نظرية الانعدام، كما أن الفقه عموماً اختلف بجدوى الأخذ بها. ويرى الفقه المؤيد لها أن نظرية الانعدام لا تحتاج للنص عليها لأنها حالة بديهية تقوم على أساس منطقي وواقعي وتقرضها طبيعة الأشياء.
- 4- يمكن تقرير الانعدام بعدة وسائل؛ إما بطريق الدفع أو بطريق الطعن العادي وغير العادي أو من خلال رفع دعوى أصلية، أو إنكار الحكم المنعدم أمام دائرة التنفيذ.

ثانياً: التوصيات:

- 1- نتمنى على المشرع الأردني الأخذ بنظرية الانعدام كجزء قانوني على تخلف أركان العمل القضائي، وإعادة تنظيم نصوص البطلان، بما يتناسب والأخذ بهذه النظرية.
- 2- أسوةً بالمشرع السوري؛ نتمنى على المشرع الأردني أن يرتب الانعدام كجزء، إذا تبين أن الخصوم لا يملكون أهلية الاختصاص أو التقاضي قبل رفع الدعوى، وكان الخصم رافع الدعوى عالمياً بذلك.
- 3- نتمنى على المشرع الأردني أن يبين كيفية تقرير الانعدام، وأن ينظم دعوى البطلان ودعوى الانعدام ضد الأحكام من حيث إجراءاتها والمحكمة المختصة، بما يمنع الخلط بينهما.

المراجع

أولاً: المعاجم

الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، صيدا
الطبعة: الخامسة لسنة 1420هـ/1999م.

ثانياً: المراجع القانونية والفقهية.

- 1- إبراهيم: محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي لسنة 1981.
- 2- أبو الوفا: أحمد(1989) ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية،
الطبعة السادسة.
- 3- جميعي: عبد الباسط، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي للطبع والنشر، لسنة 1980.
- 4- خاطر: طلعت يوسف، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون،
المنصورة، دون طبعة سنة 2014.
- 5- راغب: وجدي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات سنة 1974.
- 6- راغب: وجدي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة لسنة 2001.
- 7- الزعبي: عوض أحمد، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار إثراء للنشر
والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية لسنة 2010.
- 8- الزعبي: عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية -دراسة مقارنة - ج2، الطبعة الثانية، دار وائل
للنشر، سنة 2006.
- 9- الزعبي: عادل، الحكم القضائي المنعدم، أطروحة دكتوراة جامعة عمان العربية 2004
- 10- زغلول: أحمد ماهر، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء
المصري، دراسة لقاعدة "ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره"، دون دار نشر، الطبعة الثانية لسنة
1996.
- 11- السبهان: فهد إبراهيم، استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير،
جامعة المنصورة لسنة 1995.
- 12- سرور: أحمد فتحي، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة بمصر، سنة
1959.
- 13- سعد: إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، لسنة
1973.
- 14- سيف: رمزي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة
سنة 1974.
- 15- السيد: عبد الفتاح، الوجيز في المرافعات المصرية سنة 1921.
- 16- شحاته: محمد نور، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة 2007.

- 17- شربا: أمل، إشكالات التنفيذ الوقتية والحكم بها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول.
- 18- صاوي: أحمد السيد، الشروط الموضوعية للدفع بحجة المحكوم فيه، دار النهضة العربية، لسنة 1971.
- 19- صاوي: أحمد السيد، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، سنة 1976
- 20- الطراونة: نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني واللبناني الطبعة الأولى، دار وائل لنشر، عمان، سنة 2016.
- 21- عبد الرحمن: محمد سعيد، الحكم القضائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لسنة 2001.
- 22- عبدالمنعم، عبد الوهاب الحكم القضائي المنعدم، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العراق العدد 5 السنة 2016
- 23- عمر: نبيل إسماعيل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، لسنة 1994.
- 24- عمر: نبيل، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورت الحلبي، بيروت سنة 2008.
- 25- علام: رمضان إبراهيم، الحكم القضائي المعدوم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الثانية لسنة 2013.
- 26- غنام: محمد غنام، نظرية الانعدام في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، طبعة جامعة الكويت، لسنة 1990.
- 27- فهمي: محمد حامد، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة سنة 1940،
- 28- فودة: عبد الحكيم، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعة الإسكندرية، لسنة 1993.
- 29- القضاة: مفلح عواد أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، عمان، دار الثقافة، ط2 لسنة 2013.
- 30- الأنطاكي: رزق الله، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، المطبعة التعاونية، دمشق، سنة 1983.
- 31- كنعان، نواف، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الآفاق المشرقة ناشرون عمان، الطبعة الرابعة، لسنة 2014.
- 32- هندي: أحمد، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999.
- 33- هيكل: هشام رشاد، انعدام الحكم القضائي، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، لسنة 2010.
- 34- والي: فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980.
- 35- والي وزغلول: فتحي وأحمد ماهر: نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الطباعة الحديثة، القاهرة سنة 1997.

36- والي: فتحي، نظرية البطلان في قانون المرفعات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، لسنة 1959.

37- والي: فتحي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1980.

ثالثاً: الدوريات ومجموعات الأحكام:

- 1- منشورات مركز عدالة، غير متاح إلا بالاشتراك.
- 2- منشورات قرارك، نقابة المحامين (متاح لأعضاء النقابة).
- 3- مجموعة القواعد القانونية في المواد التجارية والمدنية الصادرة عن محكمة التمييز الكويتية لسنة 1994.
- 4- مجموعة أحكام محكمة النقض الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية لغاية سنة 2000.
- 5- مجموعة أحكام محكمة النقض السورية/ المحكمة العليا/ نقابة المحامين السوريين.

رابعاً: القوانين:

- 1- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور على الصفحة 829 من عدد الجريدة الرسمية رقم(41065) بتاريخ 1996/3/16.
- 2- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 وتعديلاته المنشور على الصفحة (735) من عدد الجريدة الرسمية رقم(3545) بتاريخ 1988/4/2.
- 3- القانون المدني المصري وتعديلاته رقم (131) لسنة 1948.
- 4- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (18) لسنة 1999.
- 5- قانون أصول المحاكمات اللبناني مرسوم اشتراعي رقم (90) صادر في 1983/9/16
- 6- قانون المرافعات الفرنسي الجديد.
- 7- قانون المرافعات الفرنسي الملغي.
- 8- القانون الإيطالي لسنة 1940.

العملات الرقمية الافتراضية طريق لتمويل الإرهاب

Virtual Digital Currency as a Method for Funding Terrorism

عاصم عادل محمد العضاية*

الملخص

يقوم هذا البحث على دراسة وتحليل طبيعة العلاقة بين العملات الرقمية الافتراضية وجريمة تمويل الإرهاب والبحث في إمكانية استخدام هذه العملات في تمويل المنظمات الإرهابية وذلك لاعتبارات ما تتميز به تلك العملات من خصائص يمكن أن تتيح استخدامها لتمويل النشاطات الإرهابية، والبحث فيما إذا كانت المنظومة التشريعية الجزائية قادرة على مواجهة جريمة تمويل الإرهاب عبر العملات الرقمية.

تناولت هذه الدراسة مفهوم العملات الرقمية الافتراضية وخصائصها وآلية الحصول عليها وموقف المنظمات الدولية والدول منها وذلك في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فتناول المواجهة الجزائية لتمويل الإرهاب في التشريع الأردني والتشريعات المقارنة، أما في المبحث الثالث فتم تناول علاقة العملات الرقمية الافتراضية بتمويل الإرهاب والعوامل المساعدة على استخدامها وحالات ارتكابها والمؤشرات المؤكدة على إمكانية استخدامها في تمويل الإرهاب.

الكلمات الدالة: العملات الرقمية الافتراضية، تمويل الإرهاب، التنظيمات الإرهابية، التقدم التكنولوجي.

Abstract

This research is based on studying and analyzing the nature of the relationship between virtual digital currencies and the crime of terrorist funding, and looking into the possibility of using these currencies in funding terrorist organizations, due to considerations of the characteristics that these currencies have in such a way that could allow them to be used to fund terrorist activities, and to research whether the penal legislative system is capable to confront the crime of funding terrorism through digital currencies.

The study, in its first part, tackles the virtual digital currencies, their characteristics, mechanism as well as the position of international organizations and countries. The second part draws on the penal confrontation to fund terrorism in the Jordanian legislative system and respective comparative legislative systems. The third part highlights the relationship of the virtual digital currencies with funding terrorism, helping factors thereof, circumstances of their commitment alongside with the definite indicators of their possible use in funding terrorism.

Keywords: Virtual Digital Currency, Funding Terrorism, Terrorist Organisations, Technological Advancement.

مقدمة

إن ما يميّز حاضرتنا الذي نعيشه تسارع التقدم التكنولوجي على مختلف الأوجه وفي شتى المجالات وإن العملة الرقمية ما هي إلا وليدة لهذا التقدم التكنولوجي وهي تعد من أحدث الوسائل في يومنا هذا لنقل العملات وتداولها بشكل ميسر وعملي وبطريقة سهلة ومع ذلك فالعملة الرقمية تترك الباب مفتوحاً أمام المنظمات الإرهابية لاستخدام هذه الوسيلة الحديثة بما يحقق أهدافها لما فيها من ثغرات تتيح لتلك المنظمات الاستفادة من هذه الوسيلة لدعم أنشطتها الإرهابية وتمويلها.

إن التمويل هو أحد الأعمدة الرئيسية اللازمة لبقاء تلك التنظيمات وقدرتها على تنفيذ أنشطتها الإرهابية فتسعى وبشكل مستمر لتوفير القدر اللازم من مصادر التمويل للقيام بنشاطاتها مع البعد عن أعين السلطات الرسمية التي تركز كل جهودها لتجفيف تلك المصادر.

وإن ظهور العملة الرقمية أتاح الفرصة للتنظيمات الإرهابية لتحقيق ما تصبو إليه لتأمين مصادر تمويلها لما تمتاز به هذه العملات من اتساع نطاق استخدامها وانتشارها مع إمكانية تداولها ونقلها بسهولة وبجانب كبير من السرية التي تعود لكونها لا تصدر عن مؤسسات أو سلطات مالية رسمية تفرض عليها رقابتها. ومن هذا المنطلق جاءت أهمية هذه الدراسة لتسليط الضوء على طبيعة العملات الرقمية الافتراضية وماهيتها والكيفية التي يمكن معها استخدامها كوسيلة لتمويل نشاطات المنظمات الإرهابية.

إشكالية الدراسة

تتجلى إشكالية هذه الدراسة في البحث في النقطتين التاليتين:

- 1- مدى إمكانية استخدام العملات الرقمية الافتراضية -كظاهرة حديثة- في نشاط جريمة تمويل الإرهاب سيما أن التنظيمات الإرهابية أصبحت تمتلك مقومات تكنولوجية على درجة عالية من التقدم والتطور.
- 2- مدى قدرة المنظومة التشريعية الجزائية على مواجهة أنشطة تمويل الإرهاب عبر استخدام هذه العملات الرقمية ذات الطابع التكنولوجي.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

- 1- الوقوف على مفهوم العملات الرقمية وآلية إنتاجها والتداول بها.
- 2- تحديد موقف المنظمات الدولية والدول من استخدام هذه العملات.
- 3- بيان البنين القانوني لجريمة تمويل الإرهاب في التشريع الأردني والتشريعات المقارنة.
- 4- تسليط الضوء على علاقة التداول بالعملات الرقمية الافتراضية وتمويل النشاطات الإرهابية.

مخطط الدراسة

تم تقسيم الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العملة الرقمية الافتراضية.

المبحث الثاني: جريمة تمويل الإرهاب وارتباطها بالعملات الرقمية الافتراضية.

المبحث الثالث: علاقة العملات الرقمية الافتراضية بتمويل الإرهاب.

المبحث الأول: ماهية العملة الرقمية الافتراضية.

المطلب الأول: مفهوم العملات الرقمية الافتراضية

سنتناول في هذا المطلب مفهوم العملات الرقمية الافتراضية من خلال التعريف بها وبيان أهم خصائصها المميزة لها وآلية الحصول عليها والتداول بها.

الفرع الاول التعريف بالعملة الافتراضية:

في الواقع أنه لا يوجد اتفاق عام حول تعريف العملة الرقمية وذلك بسبب الغموض الذي يحيط بهذا المفهوم أو المصطلح نتيجة لحدائته⁽¹⁾، وأطلق على هذا المصطلح مجموعة من الأسماء وجميعها تشير لذات المضمون ومنها (النقد الافتراضي، والنقود الرقمية، والعملية الرقمية، و النقود الإلكترونية، والعملات الافتراضية)، كما ظهرت مجموعة من التعريفات للعملية الرقمية ومن هذه التعريفات أنها " تمثيل رقمي لقيمة نقدية ليست صادرة عن بنك مركزي أو سلطة عامة وليست مرتبطة بالضرورة بالعملية الورقية ولكنها مقبولة لدى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين كوسيلة للدفع ويمكن نقلها وتخزينها أو تداولها إلكترونياً"⁽²⁾.

وعُرفت كذلك بأنها " عملة افتراضية تعمل خارج النقد الرسمي فهي تمثيل رقمي للقيمة النقدية صادرة عن غير البنك المركزي و المؤسسات الائتمانية تستمد قيمتها من الثقة الكائنة في القبول الطوعي لها"⁽³⁾.

وتُعرف العملات الرقمية بأنها عبارة عن تمثيل رقمي للقيمة يصدر من خلال مطورين على اعتبارها وحدة حسابية ويمكن الحصول عليها وتخزينها والوصول إليها والتعامل بها إلكترونياً وتستخدم لمجموعة من الأغراض عند اتفاق الأطراف⁽⁴⁾.

(1) علي قادر شورش، أثر استخدام العملة الرقمية في السياسة النقدية، بحث منشور، مجلة جامعة التتمية البشرية، مجلد 5، العدد 1، كردستان العراق، 2019، ص73

(2) د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، 2004، ص 221.

(3) د. شريف محمد غانم، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، دبي، 2003 ص 31.

(4) Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations, International Monetary Fund, January 2016, p7.

ومن خلال ما تم تناوله من تعريفات للعملة الرقمية فإنه يمكننا أن نقف على المرتكزات الرئيسية التي تقوم على أساسها هذه العملات وهذه المرتكزات هي:

- 1- أنها عملات رقمية إلكترونية ليس لها حيز فيزيائي ملموس ويمكن تداولها إلكترونياً.
- 2- إنها تعمل خارج حدود النظام النقدي الرسمي والمتمثل بالبنوك المركزية والمؤسسات الائتمانية.
- 3- أنها عملة رقمية غير مرتبطة بأية عملات ورقية.
- 4- هي عملات رقمية مقبولة في التداول بين الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين قبولاً طوعياً وهذا يشكل مصدر الثقة بها.

أما الأصل التاريخي لظهور العملات الافتراضية:

فقد ظهرت فكرة العملة الافتراضية من خلال مبرمج حاسوبي استخدم اسماً مستعاراً هو (ساتوش ناكاموتو)،⁽⁵⁾ قدم ذلك المبرمج بحثاً نشره في عام 2007 وكان عنوان هذا البحث (البتكوين: نظام عملة " اللند للند الإلكترونية) وتم النشر في موقع خاص بالتشفير الإلكتروني وبيّن هذا البحث طريقة عمل عملة البتكوين وآلية حمايتها من التزوير والإنفاق المزدوج وفيما بعد في عام 2008 تم تسجيل الموقع الخاص بهذه العملة على الرابط www.bitcoin.org⁽⁶⁾.

إلا أنه فيما بعد ذلك ظهر هذا الشخص وهو رجل الأعمال الأسترالي (كريغ ستيفين رايت) وادعى أنه هو مخترع هذه العملة الرقمية (عملة البتكوين) وقدم عدداً من الأدلة التي تثبت صحة أقواله وذلك من خلال إظهاره لكمية من العملات المعروف بأنها كانت مملوكة لمخترع البتكوين وأظهر كذلك مفتاح التشفير الذي استخدم في إرسالها.⁽⁷⁾

ثم بعد ذلك بدأ التداول بهذه العملة (أي بتكوين) عام 2009 وكان سعر تداولها في ذلك الوقت 0,0001 وفيما بعد ارتفعت في عام 2011 إلى (35) دولاراً ووصلت في عام 2017 إلى (1000) دولار ثم بعد ذلك تصاعدت البتكوين بشكل سريع حتى أصبحت في شهر ديسمبر من عام 2017 بمبلغ (19) ألف دولار وفيما بعد وفي عام 2018 عاودت الانخفاض.⁽⁸⁾

(5) Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, p. 1-8. To

<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> .

(6) د. عبدالله راضي الشمري، التأصيل الفقهي للعملات الافتراضية، بحث منشور في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص 67.

(7) د. عبدالله بن سليمان بن عبد العزيز البحوث، النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، جامعة عين شمس، العدد 1، يناير 2017، القاهرة، ص 22.

(8) باسم أحمد عامر، العملات الرقمية (البتكوين نموذجاً) ومدى توافقها مع ضوابط النقود الإسلامية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية و الدراسات الإسلامية، المجلد 16، العدد 1، يناير 2019، ص 272.

وبعد ذلك ظهرت العديد من العملات الافتراضية التي دخلت محلاً للتداول وتشير آخر الدراسات و الإحصائيات إلى أن عددها قد بلغ (2116) عملة وذلك حسب ما نشر على موقع coinmarketcap.com، كما أنه قد تم إنشاء أسواق وبورصات خاصة بتداول هذه العملات الافتراضية⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: خصائص هذه العملة:

- 1- عملة رقمية لامركزية فلا تتحكم بها هيئة مركزية واحدة كما أنها لا تحمل أرقاماً متسلسلة فكل جهاز يقوم بالتعدين عنها ومعالجتها يشكل جزءاً من الشبكة الخاصة بها وتعمل هذه الأجهزة معاً.
 - 2- تعد العملة الرقمية سهلة الدفع فإنها تمكن مستخدميها من حرية التحكم بأموالهم فإنه يمكن إرسالها و استقبالها دون أية قيود فهي تعتبر طريقة سهلة للتسوق في الكثير من الأعمال التجارية الإلكترونية التي تقبل الدفع بها⁽¹⁰⁾.
 - 3- عملة سرية ومعماة ومفاد ذلك أنها عملة مشفرة والمعلومات المتاحة عنها لا تُظهر معلومات عن أصحاب الحسابات، أما أنها سرية فإنه لا يمكن تتبع الحركات المتعلقة بها.
 - 4- العمومية والمحدودية فإنها ذات طابع عمومي فلا ترتبط بموقع جغرافي محدد، وأما المحدودية فإنها ذات عدد محدود بحيث لا يتجاوز عدد هذه العملة (البتكوين) 21 مليون وحدة داخل حدود التداول⁽¹¹⁾.
 - 5- إن عملية نقلها تتم بصورة سريعة وبرسوم منخفضة خلافاً للعملات التقليدية التي تحتاج في حال نقلها إلى رسوم تدفع للوسطاء ذات قيمة مرتفعة وتحتاج عملية نقلها إلى وقت.
 - 6- استخدام تقنية بلوك تشين.
- تستخدم العملة الرقمية (بتكوين) قاعدة بيانات خاصة بها تمثل دفتر محاسبي يتم من خلاله معالجة الصفقات وتدوينها بما يتيح لكل الأطراف تتبع المعلومات عبر شبكة آمنة لا تستدعي التحقق من طرف ثالث، كما أنه لا يمكن التعديل أو التغيير على هذه السجلات.

الفرع الثالث: آلية الحصول على العملة الرقمية والتداول بها:

أولاً: آلية الحصول على العملة الرقمية

إن العملات الرقمية كما أشرنا سابقاً عملات لا مركزية ولا تصدر عن مؤسسة نقدية رسمية وبالتالي فإن الحصول عليها - أي البتكوين - يمكن أن يكون بإحدى طريقتين: إما من خلال الشراء أو التنقيب (التعدين).

(9) د. عمر عبد عباس الجُميلي، العملات الافتراضية واقعها وتكيفها الفقهي وحكمها الشرعي، بحث منشور في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص176.

(10) Brittemira Abdi, " Future Currency Is Bitcoin here to stay? A case study on the cryptocurrency, Bitcoin (Unpublished Master Thesis), Real Estate & Construction Management, Stockholm, 2014 .

(11) J. (Everette) and others: Risks and vulnerabilities of virtual currency, cryptocurrency as a payment method, Public-Privat Analytic Exchange Program 2017, p.3.

1- الشراء (12).

إن هذه الطريقة تقوم على أساس شراء العملة الرقمية (البتكوين) من خلال وسطاء أو مواقع إلكترونية تمتلك البتكوين، فيتم دفع ثمن الوحدات الرقمية محل الشراء بأي عملة نقدية كالدولار مثلاً ومن خلال وسيلة دفع يتم الاتفاق عليها مع الطرف الآخر.

وفي هذه الحالة فإنه يتم الحصول على العملة الرقمية (البتكوين) من خلال الشراء دون أن يتم إنتاجها من خلال التنقيب أو التعدين لإنتاج وحدات عملة جديدة وإنما يتم نقل ملكيتها بين الأشخاص فيما بينهم.

إن هذه الطريقة تعتبر سهلة وميسرة ومتاحة للجميع وكل ما تتطلبه إنشاء حساب إلكتروني و محفظة إلكترونية وجهاز حاسوب أو أي جهاز إلكتروني يتم من خلالها جميعاً شراء الرقمية

2- التعدين أو التنقيب (13).

هي طريقة صعبة ومعقدة للغاية كما لا يمكن القيام بها من قبل أي أحد فإنها سميت بذلك نتيجة لتشابهها مع عملية استخراج معدن الذهب من باطن الأرض.

كما أن عملية التعدين و التنقيب عن البتكوين تحتاج إلى معدات متخصصة للقيام بذلك وإن ذلك يتم من خلال شراء جهاز خاص بالتوليد وهو جهاز يتمتع بمواصفات فنية عالية من حيث القوة والسرعة والأداء ويعمل هذا الجهاز على حل المعادلات الرياضية أو الخوارزميات وفي النهاية فإنه ينتج ويولد البتكوين مع مرور الوقت.

وفي الحقيقة أن هذه العملية هي عملية فنية تحتاج كما أشرنا إلى أجهزة متخصصة وإلى اشخاص متخصصين ومجمل فكرة التعدين يصعب فهمها كونها عملية متعلقة بحل معادلات وخوارزميات وفك لشفيرات هذه المعادلات.

ثانياً: آلية التداول بالعملات الافتراضية:

إنه يمكن لأي شخص أن يقوم بإنشاء حافظة (تشبه الحافظة العادية للأموال) سواء أكان ذلك على الحاسوب أم الهاتف الذكي وبعد إنشاء هذه الحافظة (الحساب) فإنه يكون بمقدرته شراء هذه العملة من خلال مبادلتها بالدولار أو بأي عملة ورقية أخرى عن طريق التبادل أو عبر البطاقات الائتمانية أو الدفع النقدي من طرف ثالث (14).

وبعد توريد العملة إلى الحافظة فإنه يمكن للشخص مالك هذه الحافظة القيام بعمليات البيع والشراء وذلك من خلال جزئين: الأول المفتاح العام والثاني المفتاح الخاص، فالمفتاح العام هو ما يطلق عليه عنوان البتكوين وهو ما يقدمه المستخدم للآخرين متى أراد الدفع، وأما المفتاح الخاص فهو خاص بالحافظة الفردية ويمثل التوقيع على التعامل ويمكن من خلاله التحقق من أن الأموال قد أرسلت من مالك المحفظة فبمجرد أن يكون للشخص حافظة رقمية من خلال تحميل برنامج بلوك تشين (الكتل المتسلسلة) فإن هذا البرنامج يقوم على تخزين بيانات الحساب ويعطي كل مستخدم هوية منفردة خاص به فيقوم هذا الشخص بإرسال رسالة تفيد نقل مبلغ من المال إلى حساب شخص آخر الذي يقوم بدوره بقبولها فيدخل المبلغ في حسابه فهذه العملية تقوم مباشرة بنقل المبلغ من حساب إلى آخر بقبول الرسالة وذلك دون تدخل طرف ثالث.

(12) باسم أحمد عامر، مرجع سابق، ص274.

(13) ذات المرجع و الموضوع.

(14) J. (Everette) and others , op.cit , p.11

المطلب الثاني: موقف المنظمات الدولية والدول من هذه العملات الافتراضية

لقد اختلفت الآراء والاتجاهات بين الفقهية والاقتصادية والمنظمات الدولية والمؤسسات المالية القانونية وشرعية التعامل بالعملات الافتراضية وذلك بين مؤيد ورافض للتعامل بها.

لذلك فإننا في هذا الاتجاه سنعرض لمواقف مجموعة من المنظمات الدولية والمؤسسات المالية المحلية.

الفرع الأول: موقف المنظمات الدولية.

1- صندوق النقد الدولي.

لم يتبنَّ صندوق النقد الدولي أي اتجاه مؤيد أو رافض للعملات الافتراضية إلا أنه ناقش ميزات وعيوبها فقد أشار إلى أنها تمثل التطور في التجارة الإلكترونية وإنها تتميز بالسرعة وسهولة إتمام التعاملات التجارية، وأما عيوبها فقد أشار الصندوق إلى سهولة استخدامها لتحقيق أهداف غير مشروعة كتجارة المخدرات وغسل الأموال وتمويل الإرهاب ولمحاربة هذه المخاطر دعا الصندوق الجهات المسؤولة عن إصدارها إلى تنظيمها ومراقبتها وبيان سلبياتها وإيجابياتها والتعاون الدولي لسن التشريعات التي تكافح مخاطرها⁽¹⁵⁾.

2- الاتحاد الأوروبي.

أصدر وزراء مالية الاتحاد الأوروبي خلال اجتماع لهم في عام 2015 قراراً يقضي بضرورة سن تشريعات تشدد على العملات الافتراضية وبالأخص عملة البيتكوين وذلك بسبب كثرة تداولها واستخدامها في تمويل التنظيمات الإرهابية نتيجة لما تتميز به هذه العملات من خصوصية، كما أن المحكمة الأوروبية وفي أكتوبر عام 2015 قد أصدرت قراراً بدعم شرعية عملة البيتكوين واعتبرتها عملة تقابل السلع⁽¹⁶⁾.

إلا أن البنك المركزي الأوروبي قد حظر على الدول الأوروبية الأعضاء من إصدار عملات افتراضية مما أحبط محاولات استونيا من إصدار عملات افتراضية إلكترونية⁽¹⁷⁾.

3- صندوق النقد العربي.

لم يصدر صندوق النقد العربي أي تصريح يبيّن فيه موقفه من العملات الرقمية وجواز استخدامها إلا أن مدير الصندوق قد أكد على أن تنامي استخدام هذه العملات وبصورة كبيرة ينتج عنه مصاعب وتحديات على البنوك المركزية العربية، كما أن تنامي استخدام هذه العملات في التحويلات عبر الحدود يشكل تحدياً وتداعيات وعدم استقرار على القطاع المالي والمصرفي بما في ذلك المصارف المركزية، كما أن المصارف المركزية في العالم تتجه وبصورة متسارعة لدراسة إمكانية إصدار عملات افتراضية رقمية⁽¹⁸⁾.

(15) عبدالله ناصر عبيد نصري الزعابي، التنظيم القانوني للعملات الرقمية في التشريع الإماراتي والمقارن "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر 2018، ص 24.

(16) د. عبدالله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث، مرجع سابق، ص 42.

(17) د. ثائر محمود العاني و آية عبد المجيد ضياء الدين، ورقة عمل حول العملات الافتراضية البيتكوين وموقف الدول منها، القطاع الاقتصادي، جامعة الدول العربية، 2018، ص 5.

(18) المرجع السابق، ص 3

الفرع الثاني: موقف بعض الدول العربية

لقد تباين موقف التشريعات الداخلية من العملات الافتراضية فقد حظر بعضها التعامل بها والبعض الآخر اعتبرها عملة نقدية رقمية وقبل التعامل بها، كما اختلفت طريقة معالجة هذه التشريعات لها سواء أكانت التشريعات مؤيدة أم رافضة لها.

1- المملكة الأردنية الهاشمية.

لقد نظم المشرع الأردني مسألة إصدار العملة الأردنية وآلية التعامل مع العملات الأجنبية وذلك بموجب أحكام قانون البنك المركزي الأردني وتعديلاته رقم 23 لسنة 1971م، فعرف العملة الأجنبية في المادة 2/أ والتي جاء فيها " أية عملة أو مطالبة أو رصيد أو ائتمان بعملة غير العملة الأردنية ".

فقد خول قانون البنك المركزي الأردني صلاحية إصدار أوراق النقد والمسكوكات للبنك المركزي وذلك بموجب أحكام المادة 4/ب/7، كما ربط هذه الصلاحية وبصورة حصرية بالبنك المركزي وذلك في المادة (27) من ذات القانون.

ومنح ذات القانون مجلس إدارة البنك المركزي صلاحية الترخيص بالتعامل بالعملة الأجنبية وسحب ذلك الترخيص وذلك في المادة (12 ح/)، كما أن القانون قد حدد للبنك المركزي الجهات التي يجوز له التعامل معها في العملات الأجنبية وذلك حسب (33) والتي جاء فيها " لا يجوز أن يتعامل البنك المركزي بالعملة الأجنبية، إلا إذا نص قانون آخر على خلاف ذلك، إلا مع: أ- البنوك ب- الحكومة ج- المؤسسات العامة ومؤسسات الإقراض المتخصصة

د - البنوك المركزية والتجارية والمؤسسات المالية الأجنبية هـ - الحكومات والمؤسسات الحكومية الأجنبية - والمؤسسات المالية الدولية والإقليمية " (19).

ومن خلال النصوص السابقة التي تم استعراضها يتضح لنا ما يلي:

1- إن المشرع الأردني قد عرّف العملة الأجنبية وبيّن أشكالها وأوصافها بحيث أن هذا التعريف واسع يمكن أن يسع في طياته العملة الرقمية الافتراضية.

2- إن البنك المركزي الأردني هو المختص وبصورة منفردة بإصدار العملة الأردنية.

3- إن مجلس إدارة البنك المركزي هو المختص بمنح الترخيص الخاص بالتعامل بالعملات الأجنبية

4- حظر القانون على البنك المركزي الأردني التعامل بالعملات الأجنبية إلا مع البنوك والمؤسسات الحكومية سواء أكانت محلية أم أجنبية والمؤسسات المالية الدولية والإقليمية.

إن موقف المشرع الأردني يمكن استظهاره من خلال ما سبق في ثلاثة محاور هي:

المحور الأول: حظرت المادة (33) على البنك المركزي قبول العملات الأجنبية والتعامل بها إلا من مصادر محددة تتمثل بالبنوك والمؤسسات المالية الحكومية الأردنية والأجنبية والمؤسسات المالية الدولية والإقليمية.

المحور الثاني: ما يخص التصريح لغير البنوك الأردنية أو المؤسسات المالية والمصرفية فقد منح البنك المركزي صلاحية الترخيص لهذه الجهات بالتعامل وسحب هذا الترخيص مما يعني أن التعامل بالعملات الأجنبية في

(19) انظر قانون البنك المركزي رقم 35 لسنة 1971 وتعديلاته و المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 2301 صفحة 807 بتاريخ 1971/5/25.

المملكة الأردنية الهاشمية موقوف على ترخيص وبموجب هذه الصلاحية فقد قرر البنك المركزي الأردني حظر التعامل بالعملات الافتراضية (Bitcoin) بموجب قراره الصادر تحت رقم 3451 /5/1/1 الذي عمم بتاريخ 2014/2/20 على البنوك العاملة والشركات المالية وشركات الصرافة وشركات بطاقات الدفع وشركات الدفع والتحويل الإلكتروني.

كما عاد البنك المركزي وأكد على ذات القرار وحظر كافة أشكال التعامل بالعملات الافتراضية ولم يحصر الحظر على عملة واحدة بل شمل جميع العملات الافتراضية وذلك بموجب القرار رقم 3777/3/10 الصادر بتاريخ 2018/3/14⁽²⁰⁾.

المحور الثالث: أما هذا المحور فهو متعلق بتعامل الأفراد وتداولهم في العملات الافتراضية فالمرشع الأردني لم يعالج هذه الحالة سواء بالحظر أو بالإباحة فلم يصدر أي قرار بهذا الشأن.

كما أن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات الأردنية قررت عدم السماح بدخول أجهزة (Bitcoin miner) إلى المملكة الأردنية وذلك لما يكتنف التعامل بهذه العملات من مخاطر عالية تتمثل في تذبذب قيمتها بشكل كبير بالإضافة إلى مخاطر الجرائم المالية والقرصنة الإلكترونية.

2- الجمهورية الجزائرية.

إن التشريع الجزائري في قانون المالية رقم (11/17) لسنة 2018 يعتبر أكثر التشريعات العربية وضوحاً في مسألة التعامل مع العملات الافتراضية فقد قرر في المادة (117) حظر التعامل بالعملات الافتراضية وتداولها فقد جاء في المادة المذكورة " يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها " ⁽²¹⁾.

وإن النص أعلاه يتبنى حظراً عاماً يشمل في نطاق سريانه من حيث المخاطبين المؤسسات المالية الجزائرية والأفراد الطبيعيين وأما من حيث النشاط فقد حظر البيع أو الشراء والاستعمال والحيازة.

برر المشرع الجزائري موقفه المتشدد من العملات الافتراضية بحماية الاقتصاد الوطني من التقلبات غير المبررة لهذه العملات والسعي الدؤوب لإقامة نظام مراقبة أكثر قوة وفاعلية لتتبع التعاملات الإلكترونية التي يمكن أن تستغل في تجارة المخدرات وغسيل الأموال وتمويل الإرهاب فإن طبيعة هذه العملات لا تتيح لأي نظام مراقبتها لكونها تتمتع بالسرية العالية بما لا يتناسب وطبيعة النظام المالي القائم في الجزائر ⁽²²⁾.

3- دولة الإمارات العربية المتحدة.

لم يصدر عن دولة الإمارات العربية المتحدة أي قرار رسمي بقبول هذه العملات أو رفضها غير أن أصوات الخبراء القانونيين والاقتصاديين والأمنيين قد اتجهت إلى التوصية بإصدار عملة إماراتية رقمية مشفرة باستخدام تقنية بلوك تشين ووضع إطار قانوني لتنظيمها وتداولها، إلا أن مصرف الإمارات العربية المتحدة قد أصدر بياناً صحفياً

(20) موقع البنك المركزي الأردني.

(21) انظر قانون رقم 11/17 المؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1439 هجري الموافق 27 سبتمبر سنة 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2017، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 2017.

(22) د.محمد بلاق، العملات الافتراضية في التشريع الجزائري الواقع والأفاق، في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص 557.

حذر فيه من التعامل بالعملات الافتراضية وأكد على عدم منح أي ترخيص لأية شركة بهذا الخصوص في دولة الإمارات العربية (23).

مؤخراً في 20 يناير من عام 2019 أعلنت وكالة الأنباء الإماراتية عند تطلعها لإصدار عملة افتراضية الاشتراك مع المملكة العربية السعودية وتم الإعلان أن هذه العملة في البداية سوف تطبق في البنوك فقط وذلك كخطوة أولى لتمكين السلطات المالية من فهم تقنيات العملات الافتراضية بصورة أوضح (24).

المبحث الثاني: جريمة تمويل الإرهاب وارتباطها بالعملات الرقمية الافتراضية:

إن العمل الإرهابي أحد الأنشطة التي تحتاج إلى مصادر مالية لتنفيذ أهدافها ونشاطاتها وهذا ما يطلق عليه تمويل الإرهاب الذي يعرف بأنه عملية تهدف إلى إمداد التنظيمات الإرهابية بالأموال والمعدات اللازمة لتنفيذ مخططاتها الإرهابية وأعمالها الإجرامية.

المطلب الأول: المواجهة الجزائية لجريمة تمويل الإرهاب في التشريع الأردني.

في هذا المطلب سنتناول المواجهة الجزائية بجريمة تمويل الإرهاب في التشريع الأردني وذلك في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنتناول المواجهة الإجرائية لجريمة تمويل الإرهاب في التشريعات المقارنة الجزائري والإماراتي.

عالج المشرع الأردني مسألة تجريم تمويل الإرهاب في ثلاثة مواضع تشريعية مختلفة وذلك يشير إلى حجم الاهتمام البالغ الذي كرسه المشرع الأردني لتناول هذه الجريمة التي تعتبر على قدر عالٍ من الخطورة في مختلف الصُعد السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

وفي ذلك سنشير إلى تلك المواضع الثلاثة وهي على النحو التالي:

الفرع الأول: في قانون العقوبات

لقد عالج المشرع الأردني جريمة تمويل الإرهاب المادة (147/ 2) التي جاء فيها "

2- يعد من جرائم الإرهاب الأعمال المصرفية المشبوهة المتعلقة بإيداع الأموال أو بتحويلها إلى أي جهة لها علاقة بنشاط إرهابي وفي هذه الحالة تطبق الإجراءات التالية:

- أ- منع التصرف بهذه الأموال وذلك بقرار من المدعي العام إلى حين استكمال إجراءات التحقيق بشأنها.
- ب- قيام المدعي العام بالتنسيق والتعاون مع البنك المركزي وأية جهة ذات علاقة، محلية كانت أو دولية، بالتحقيق في القضية وإذا ثبت له أن تلك العملية المصرفية علاقة بنشاط إرهابي فيتم إحالة القضية إلى المحكمة المختصة.
- ج- يعاقب من يرتكب هذه الجريمة بالأشغال المؤقتة ويعاقب الإداري المسؤول في البنك أو المؤسسة المالية الذي أجرى العملية وهو عالم بذلك بالحس، وتتم مصادرة الأموال التي تم التحفظ عليها "

(23) د. جمال عبد العزيز العثمان، الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية و الموقف التشريعي منها، في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص605.

(24) خبر صحفي منشور ومتاح على موقع [https:// Arabbit.net](https://Arabbit.net) تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/12/12.

من خلال النص السابق يتضح لنا أن المشرع الأردني قد جرم فعل تمويل الإرهاب الذي يتم من خلال العمليات المصرفية وذلك استجابة للمطالب الدولية التي تؤكد على تجفيف مصادر تمويل الإرهاب ومحاربتة اقتصادياً (25). وقد تطلب المشرع الأردني لقيام جرم تمويل الإرهاب المشار إليه في المادة (2/147) من قانون العقوبات توافر ركني الجريمة: الركن المادي والركن المعنوي

فالركن المادي بيّن المشرع فيه طبيعة النشاط الجرمي الذي يتطلبه لقيام جريمة تمويل الإرهاب فحدده بالقيام بالعمليات المصرفية التي تتم عبر المؤسسات المالية والمصرفية واشترط في ذلك النشاط الجرمي شرطين رئيسيين لا بد من توافرها وهما: أن يتم التمويل الإرهابي من خلال عمليات مصرفية بإيداع أموال أو تحويلها وأن تتم العمليات المصرفية المشبوهة لمصلحة أية جهة لها علاقة بنشاط إرهابي (26).

أما بخصوص الركن المعنوي فقد أعتبر المشرع الأردني جريمة تمويل الارهاب عبر العمليات المصرفية من الجرائم القصدية التي لا يمكن أن تقع عن طريق الخطأ فتطلب فيها قصداً جرمياً عاماً دون أن يلتفت لتوافر نية خاصة لدى الجاني، فيكفي أن يكون الجاني عالماً بطبيعة نشاطه الجرمي وعناصر جريمته وعالماً أنه يمارس نشاطه الجرمي عبر عمليات مصرفية لدعم نشاطات إرهابية، كما أنه لا بد أن تتجه إرادة الجاني للقيام بعمليات مصرفية مشبوهة ولمصلحة نشاطات إرهابية وبالتالي لا بد أن يكون مريداً للنشاط غير مكره عليه (27).

وبعد توافر أركان جريمة تمويل الإرهاب عبر العمليات المصرفية فقد قرر المشرع عقوبة الأشغال المؤقتة لمن يقوم بعملية تمويل الإرهاب عبر المصرف كما يقرر عقوبة الحبس للمسؤول الإداري في البنك الذي تمت العملية المصرفية المشبوهة من خلاله.

الفرع الثاني: في قانون منع الإرهاب رقم 55 لسنة 2007 وتعديلاته.

فقد تناول هذا القانون جريمة تمويل الإرهاب في المادة (3/أ) منه و التي جاء فيها "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، تعتبر الأعمال التالية في حكم الأعمال المحظورة:

أ - القيام بأية وسيلة مباشرة أو غير مباشرة بتقديم الأموال أو جمعها أو تدبيرها بقصد استخدامها لارتكاب عمل إرهابي أو تمويل الإرهابيين سواء أوقع العمل أو لم يقع داخل المملكة أو خارجها متعلق بمواطنيها أو مصالحها". ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الأردني قد بيّن طبيعة البنبان القانوني لجريمة تمويل الإرهاب وذلك ببيان الأركان والشروط الواجب توافرها لقيام جرم تمويل الإرهاب وهي على النحو التالي:

(25) د. عبد الإله النوايسة، التكييف الجرمي لتمويل الإرهاب " دراسة في التشريع الأردني "، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، العدد 24، سبتمبر 2005، ص 338.

(26) د. عبد الإله النوايسة، مرجع سابق، ص 353.

(27) المرجع السابق، ص 363 وما بعدها.

أولاً: الركن المادي: فإن هذا الركن يتكون من ثلاثة عناصر رئيسية وهي على النحو التالي:

القيام باستخدام الوسائل المباشرة وغير المباشرة لعملية التمويل عبر أحد النماذج التالية (28):

- تقديم الأموال بإعطائها من خلال الوسائل المتاحة إلى شخص إرهابي أو منظمة إرهابية وذلك بقصد استخدام تلك الأموال لارتكاب أعمال إرهابية.
- جمع الأموال وتحصيلها من مصادر مختلفة وتزويدها للشخص الإرهابي أو المنظمة الإرهابية لتنفيذ أعمال إرهابية.
- تدبير الأموال فإن هذه الوسيلة تتطلب من الشخص مرتكب جرم تمويل الإرهاب إدارة المال محل جريمة التمويل وبعد ذلك تزويدها للشخص الإرهابي أو المنظمة الإرهابية بهدف استخدامها لارتكاب أعمال إرهابية.

ويمكن أن تنطوي تحت هذه الوسيلة استثمار المال وتوظيفه وإدارته في أي نشاط أو مشروع اقتصادي

تجاري لتحقيق الأرباح واستمرار مصادر الدخل وزيادة عوائدها بهدف دعم وتمويل الأنشطة الإرهابية.

النتيجة الجرمية: إن جريمة تمويل الإرهاب من الجرائم الشكلية التي يكتمل ركنها المادي بمجرد القيام بالسلوك الجرمي دون تحقق نتيجة جرمية معينة ودون الالتفات إلى ما يمكن أن يحدث أو ينجم عن ذلك السلوك الجرمي من أضرار.

وبالتالي فإن النتيجة الجرمية في جريمة التمويل الإرهابي تعتبر متحققة بمجرد وضع المال تحت تصرف الإرهابيين دون أن يتطلب المشرع لقيام الركن المادي استخدام هذه الأموال في القيام بأعمال إرهابية (29).

ثانياً: الركن المعنوي: إن القصد الجرمي المطلوب في جريمة تمويل الإرهاب الواردة في قانون منع الإرهاب هو قصد جرمي عام يتطلب توافر عنصري القصد العام وهما العلم والإرادة وذلك من خلال علم الجاني بأن الأموال المقدمة من قبله قد تستخدم في ارتكاب أعمال إرهابية سواء استخدمه أم لا، كما أنه يجب أن تتجه إرادة الجاني لتقديم الأموال لجماعة أو منظمة إرهابية وذلك دعماً وتمويلاً لعمليات تلك الجماعات سواء أكانت هذه الأعمال الإرهابية ستقع على أراضي المملكة أم خارجها (30).

كما أن قانون منع الإرهاب قد أشار في المادة (3/ هـ) منه إلى استخدام الوسائل الإلكترونية وذلك للقيام بعملية تمويل الإرهاب واستخدام العبارات التالية: استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو مواقع الشبكة الإلكترونية أو أية وسيلة من وسائل الإعلام والنشر وذلك بهدف تمويل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية (31).

(28) أحمد خلفان المرشدة، المواجهة الجنائية لتمويل الإرهاب في التشريعات الجنائية لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص 51 وما بعدها.

(29) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم 2871 لسنة 2018، الصادر بتاريخ 2018/12/31، المنشور لدى نقابة المحامين الأردنيين، منشورات قرارك.

(30) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية قرار رقم 2231 لسنة 2018، منشورات قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

(31) انظر المادة (3/ هـ) من قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم 55 لسنة 2006 وتعديلاته.

ويرى الباحث أن هذه الصورة من صور التمويل تتحقق من خلال استخدام مواقع التواصل الاجتماعي و المواقع الإلكترونية وذلك من خلال استخدام هذه المواقع على النحو التالي:

1- الإعلان من خلال هذه المواقع عن جمع التبرعات للجماعات الإرهابية أو تقديم التبرعات من خلال هذه المواقع.

2- الإعلان عن التبرعات بالعملات الافتراضية الرقمية باستخدام تقنية (بلوك تشين).

الفرع الثالث: قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 46 لسنة 2007 وتعديلاته.

عالج المشرع الأردني جريمة تمويل الإرهاب في القانون المشار إليه أعلاه وذلك عندما بين البنين القانوني لهذه الجريمة في المادة (3/ب) والتي جاء فيها "يحظر تقديم الأموال أو جمعها أو تأمين الحصول عليها أو نقلها بأية وسيلة كانت سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة وإن كانت من مصادر مشروعة، لإرهابي أو منظمة أو هيئة أو جمعية أو جماعة إرهابية أو لعمل إرهابي مع العلم بذلك، سواء استخدمت هذه الأموال كلياً أو جزئياً أم لم تستخدم وسواء وقعت هذه الأعمال أم لم تقع".

كما بين العقوبة المترتبة على جريمة تمويل الإرهاب في المادة (3/24) والتي اعتبر فيها أن الفعل هذا يشكل جنائية تستوجب عقوبة الأشغال المؤقتة مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف دينار مع مصادرة الأموال وجميع الوسائط المستخدمة أو المنوي استخدامها في الجريمة⁽³²⁾.

لم يأت مذهب قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب مختلفاً عما تناوله قانون منع الإرهاب من حيث الوسائل التي تستخدم فيه لارتكاب جرم تمويل الإرهاب فإن الاختلاف شكلي يظهر في المصطلحات المستخدمة في كلا القانونين فقد استخدم قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب تقديم الأموال وجمعها وتأمين نقلها بأية وسيلة كانت، أما قانون منع الإرهاب فقد استخدم ذات مصطلح تقديم الأموال وجمعها واستخدم مصطلحاً آخر لم يشر إليه قانون مكافحة غسل الأموال وهو مصطلح تدبير الأموال.

وبالتالي فإن قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب قد انفرد باستخدام مصطلحي نقل الأموال وتأمين الحصول عليها وإن هاتين الوصيلتين في مضمونهما أن المشرع قد جرم نقل الأموال للإرهابيين أو المنظمات والجماعات الإرهابية، وإن النقل يعني تحريك الأموال من مكان إلى آخر سواء أكان الناقل مالكاً للمال أو وسيطاً في عملية النقل داخل حدود الدولة ذاتها أو عبر الحدود فإن الناقل يعتبر مسؤولاً عن جريمة تمويل الإرهاب ما دام عالماً بأنه ينقل أموالاً ستؤول إلى أشخاص أو جماعات إرهابية، أما تأمين الحصول على الأموال فيعني ذلك قيام الشخص محل الاتهام في جرم تمويل الإرهاب بأي فعل من شأنه أن يسهل على الأشخاص الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية الحصول على الأموال كأن يزودهم بمعلومات مهمة تسهل عليهم الحصول عليها⁽³³⁾.

وعند الحديث عن المواجهة الجزائية لجريمة تمويل الإرهاب في التشريع الأردني فإنه يتبادر في الأذهان تساؤل مضمونه أي النصوص التي تم استعراضها هو مجال للتطبيق في حال عرض على القضاء واقعة تمويل إرهاب، وواقعة تمويل إرهاب باستخدام العملات الرقمية الافتراضية؟

(32) انظر المادة (3/24) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 46 لسنة 2007 وتعديلاته.

(33) أحمد خلفان المرشدة، مرجع سابق، ص 51، 55.

إن هذه الحالة تشكل تنازعاً ظاهرياً للنصوص حيث إن الجريمة أو الواقعة الجرمية الواحدة تقع تحت طائلة غير نص تشريعي تتزاحم هذه النصوص فيما بينها للانطباق على تلك الواقعة (34).

عالج المشرع الأردني هذه المسألة بموجب نص المادة (2/57) التي جاء فيها "على أنه إذا انطبق على الفعل وصف عام ووصف خاص أخذ بالوصف الخاص"، وإن هذا النص كرس قاعدة النص الخاص يغلب على النص الخاص ومفاد ذلك النص أن الخاص أولى بالتطبيق من النص العام كلما كان يتضمن العناصر التي يحتويها النص العام كاملة وأضاف عليها عنصر أو أكثر إضافي لا يتضمنها النص العام شريطة أن لا يعتبر المشرع العنصر الإضافي جريمة بحد ذاتها (35).

إن ذلك يدفعنا لاستعراض النصوص محل التنازع وتطبيقاتها على الواقعة المعروضة، وذلك على النحو التالي:
1- عالج قانون العقوبات حالة محددة من حالات تمويل الإرهاب التي تتم عبر الجهاز المصرفي من خلال عمليات مصرفية مشبوهة تتمثل بالإيداعات والتحويلات المصرفية مما يعني أن تمويل الإرهاب في قانون العقوبات الأردني يتحدد بالتمويل عبر العمليات المصرفية المشبوهة.

وبالتالي فإن المشرع في هذا النص اشترط أن تتم الجريمة - أي تمويل الإرهاب - عبر عمليات مصرفية كالإيداع والتحويل ومن خلال المؤسسات المصرفية وبالتالي إذا تم التمويل من خلال عمليات مصرفية فإن النص الوارد في قانون العقوبات يعتبر نصاً خاصاً كونه اشترط عنصراً خاصاً يتعلق بكيفية التمويل وطريقته.

2- أما بالنسبة لقانون منع الإرهاب فقد أكد على ضرورة عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ورد النص عليها في أي قانون آخر يعاقب مرتكب جرم تمويل الإرهاب بالأشغال المؤقتة وذلك بموجب أحكام المادة (7/ج).

أما بالنسبة لجريمة التمويل الإرهابي الواردة في (3/أ) فإنها تخضع للشرط الوارد في المادة (7/ج) فإذا كان النص الوارد في قانون العقوبات أو قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب يفرض عقوبة أشد فإنه محل للتطبيق إلا أن هذا القانون قد بين في المادة (3/هـ) منه إمكانية وقوع جريمة تمويل الإرهاب عبر استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو عبر مواقع إلكترونية فإن وسيلة ارتكاب جريمة التمويل تعتبر في هذه الحالة عنصراً إضافياً للتجريم مما يعني اعتبار نص المادة (3/هـ) نصاً خاصاً لجريمة التمويل الإرهابي الإلكتروني التي يدخل في نطاقها ارتكاب جريمة التمويل من خلال استخدام العملات الرقمية الافتراضية.

3- أما بالنسبة لقانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب فقد أشارت المادة (24) منه إلى ضرورة مراعاة عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ورد النص عليها سواء أكانت في قانون العقوبات أم أي قانون آخر وبينت الفقرة (3) من ذات المادة أن العقوبة المقررة لتمويل الإرهاب هي الأشغال المؤقتة عشر سنوات وغرامة لا تقل عن مائة ألف دينار مع مصادرة الأموال محل الجريمة.

وبذلك فإن قانون مكافحة غسل الأموال يفرض أشد عقوبة لجريمة تمويل الإرهاب مما يؤكد وجوب وضعه موضع التطبيق في مواجهة جرائم تمويل الإرهاب باستثناء الحالتين المشار إليها أعلاه وهما:

- وقوع جرم تمويل الإرهاب عن طريق العمليات المصرفية ومن خلال المؤسسات المصرفية.

(34) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، 2005، ص 83.

(35) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني دراسة مقارنة، 1998، 69.

- تمويل الإرهاب الإلكتروني الذي أشارت إليه المادة (3/هـ) من قانون منع الإرهاب ومنها التمويل عبر العملات الرقمية الافتراضية.

وفي نهاية حديثنا فلا بد لنا من التأكيد على أن قانون منع الإرهاب رقم (55) لسنة (2007) وتعديلاته يعتبر محلاً للتطبيق في الحالة التي يتم ارتكاب نشاط تمويل الإرهاب من خلال استخدام العملات الرقمية الافتراضية وذلك كون هذا القانون أوجد شرطاً خاصاً للتجريم يتمثل بما ورد في المادة (3/هـ) منه التي تشمل إمكانية وقوع جريمة تمويل الإرهاب عبر استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو عبر مواقع إلكترونية فإن وسيلة ارتكاب جريمة التمويل تعتبر في هذه الحالة عنصراً إضافياً للتجريم مما يعني اعتبار نص المادة (3/هـ) نصاً خاصاً لجريمة التمويل الإرهابي من خلال استخدام العملات الرقمية الافتراضية.

المطلب الثاني: في التشريعات المقارنة

الفرع الأول: التشريع الجزائري.

عالج المشرع الجزائري جريمة تمويل الإرهاب شأنه شأن الكثير من التشريعات العربية ووردت هذه الجريمة في موضعين تشريعيين ضمن المنظومة التشريعية في الجمهورية الجزائرية وهما:

- 1- قانون العقوبات المعدل بالأمر رقم (11/95) المؤرخ في (25) فبراير (1995) اعتبر هذا القانون جريمة تمويل الإرهاب من عداد الجرائم الإرهابية فأكد على تجريم كل من يمول بأية وسيلة كانت أفعالاً تستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية وسلامة ترابه واستقرار المؤسسات وسيرها العادي ورتب لها عقوبة جنائية وهي الحبس من (5) سنوات إلى (10) سنوات والغرامة المالية من 100.000 دينار جزائري إلى 500.000 دينار جزائري⁽³⁶⁾.
- 2- القانون المعدل والمتمم لقانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها رقم 6/15 لسنة 2015، فقد أقر هذا القانون باعتبار أن تمويل الإرهاب من بين الجرائم الإرهابية التي تستوجب أن يعاقب مرتكبها بنفس العقوبة المقررة في قانون العقوبات، وبين المشرع طرق ارتكاب هذه الجريمة فاعتبر كل من قدم أو جمع أو سير أو بادرت بطريقة مشروعة أو غير مشروعة أو بأية وسيلة كانت بصفة مباشرة أو غير مباشرة أموالاً بهدف استخدامها كلياً أو جزئياً لارتكاب جرائم موصوفة بأنها إرهابية أو محاولة ارتكابها بصورة شخصية أو علم بأنها ستستعمل لغرض إرهابي⁽³⁷⁾.

الفرع ثاني: التشريع الإماراتي.

استشعر المشرع الإماراتي خطر تمويل الإرهاب وأهمية مكافحة هذه الجريمة فاتخذ مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى تجفيف منابع تمويل الإرهاب وذلك للحد من الأنشطة الإرهابية فأصدر تشريعات تتعلق بمكافحة الإرهاب وتمويله وكان أول هذه التشريعات قانون رقم (1) لسنة (2004) الذي يتعلق بمكافحة الجرائم الإرهابية ومن بينها

(36) انظر المادتين (87) مكرر و (877) مكرر (4) من قانون العقوبات المعدل بالأمر رقم 11/95 تاريخ 25 فبراير 1995، وللمزيد من التفصيل انظر: د. الطيب بلواضح و د. محمد قسبية، مكافحة جريمة تمويل الإرهاب على المستويين الدولي والوطني، بحث منشور، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 7، جامعة المسيلة الجزائر، ص6.

(37) انظر المادة (3) من قانون رقم 6/15 مؤرخ في 15 فبراير سنة 2015 معدل و متمم لقانون رقم 1/5 المؤرخ في 6 فبراير 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 8 في 15 فبراير 2015.

جريمة تمويل الإرهاب فقد عالجها من خلال مادتين هما: (12 و 13) منه، وبعد ذلك أصدر المشرع الإماراتي قانوناً يلغي القانون السابق ويحل مكانه بموجب قانون رقم (7) لسنة (2014) الذي أكد على تجريم تمويل الإرهاب في المادتين (29، 30) الواقعتين في الفصل الرابع منه.

ولم تقف جهود المشرع الإماراتي في مكافحة جريمة تمويل الإرهاب عند هذا الحد بل أصدر قانوناً رقم 9 لسنة 2014 الذي يتعلق بمكافحة غسل الأموال والذي تضمن نصوصاً وأحكاماً تجرم تمويل الإرهاب، كما أنه في آخر المطاف أصدر قانوناً رقم (20) لسنة (2018) الذي من شأنه مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة وبين في هذا القانون عقوبات وإجراءات إضافية لتجريم تمويل الإرهاب.

المبحث الثالث: علاقة العملات الرقمية الافتراضية بتمويل الإرهاب.

إن مسألة علاقة العملات الرقمية الافتراضية وعمليات تمويل الأنشطة الإرهابية للجماعات والمنظمات الإرهابية قد كانت محل خلاف في الرأي بين مؤيد لهذه الفكرة ومعارض لها فقد اعتمد معارضو هذا الربط مجموعة من المبررات التي تؤكد عدم جاذبية العملات الافتراضية للمنظمات الإرهابية ونشاطاتها ومن هذه المبررات (38):

- 1- إن العملات الرقمية الافتراضية عرضة للتغير السريع وغير المتوقع في قيمتها السوقية.
- 2- إن محافظ العملات الرقمية الافتراضية عرضة وبشكل دائم للسرقة من قبل القراصنة على شبكة الإنترنت.
- 3- غموض آلية وعملية تحويل العملات الافتراضية إلى عملات ورقية والعكس أو تحويلها إلى سلع أو خدمات.
- 4- تبني كثير من الدول تقنيات حديثة يمكنها تتبع استخدام تلك العملات الافتراضية مما يجنب تلك التنظيمات استخدامها لتمويل عملياتها ونشاطاتها الإرهابية.

إلا أننا في هذه البحث نحاول أن نثبت العلاقة بين العملات الرقمية الافتراضية وتمويل الإرهاب والأنشطة الإرهابية وذلك من خلال استعراض العوامل المساعدة لاستخدام العملات الافتراضية في تمويل الأنشطة الإرهابية والوقوف على الحالات والصور التي يمكن أن تستخدم بها تلك العملات لتمويل الإرهاب.

المطلب الأول: العوامل المساعدة لاستخدام العملات الافتراضية في تمويل الأنشطة الإرهابية.

سوف نعرض في هذا المطلب لمجموعة من العوامل والمبررات التي يمكن من خلالها إثبات وجود علاقة بين العملات الرقمية الافتراضية وأنشطة تمويل الإرهاب.

أولاً: القدرات التقنية العالية لدى التنظيمات الإرهابية.

أصبحت الجماعات والتنظيمات الإرهابية في وقتنا الحاضر تمتلك القدر الكبير من القدرات التقنية والتطور التكنولوجي وذلك عبر انضمام مجموعة من الأشخاص ذوي القدرات التقنية العالية تحت مظلة هذه التنظيمات الإرهابية، فإن ذلك جعلنا نرجح أن العملات الافتراضية تكتسب قدراً عالياً من الاهتمام لدى التنظيمات الإرهابية (39). إن هنالك مؤشرات قوية تؤكد لنا هذا الاهتمام البالغ الذي تحظى به العملات الافتراضية وتظهر هذه المؤشرات من خلال الانفتاح الملحوظ والكبير لتلك التنظيمات على شبكة الإنترنت ومن أبرز الأمثلة على ذلك الانفتاح الكم

(38) حسن محمد، البنكيون ودورها في تمويل الحركات الإرهابية، تعليقات، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، أغسطس 2017، ص6.

(39) حسن محمد مصطفى، دور عملة البيتكوين في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، بحث منشور على صفحة حفریات و التي تصدر عن مركز دال للبحوث و الإنتاج الإعلامي، مصر، على الموقع www.hafryat.com، ص 24.

الكبير من الحسابات التابعة للتنظيمات الإرهابية على مواقع التواصل الاجتماعي سواء على موقع تويتر أو الفيس بوك.

ثانياً: اللامركزية (الاستقلال عن الرقابة المالية).

في الواقع العملي وحسب الأنظمة القانونية المعمول بها فإن المؤسسات المالية (البنوك) والمؤسسات المصرفية تخضع لرقابة ومتابعة من السلطات النقدية في أية دولة، أي أن البنوك والمصارف تخضع لرقابة البنك المركزي مما يصعب معه اختراق هذه المؤسسات واستغلال أعمالها المصرفية لتكون محلاً لنشاط تمويل الإرهاب نتيجة للالتزامات القانونية الناتجة عن الرقابة عليها.

أما بالنسبة للعمليات الافتراضية فهي لا تخضع للرقابة والإشراف من المؤسسات النقدية في أية دولة وذلك نتيجة لعدم إصدارها من أي بنك مركزي أو مؤسسة نقدية رسمية⁽⁴⁰⁾.

إن عدم مركزية العملات الافتراضية وبعدها عن الرقابة المالية للجهات الرسمية يجعل منها أسلوباً مميزاً تسعى التنظيمات الإرهابية لاستخدامه لتمويل نشاطاتها الإرهابية نتيجة لصعوبة تعقب تلك المعاملات المالية وتحديد أطرافها والجهات المتعاملة بها والسلع والمنتجات المستخدمة في عملية التداول.

ثالثاً: إخفاء الهوية واستخدام الأسماء المستعارة.

إن استخدام العملات الافتراضية يتيح للأشخاص المتعاملين بها إخفاء هوياتهم واستخدام أسماء مستعارة حيث إن التداول عبر هذه العملات الافتراضية لا يتطلب التحقق من شخصية المتداول، كما أن عمليات البيع و الشراء بين الأشخاص لا تتطلب كذلك تقديم أية بيانات أو معلومات شخصية لطرفي العلاقة⁽⁴¹⁾.

وهذه الخاصية من خصائص العملات الافتراضية الرقمية تشكل عامل الجذب الأكبر للتنظيمات الإرهابية لاستخدامها والتداول عبر منصاتها وذلك نتيجة لعدم قدرة أجهزة العدالة الجزائية من معرفة أطراف عمليات التداول وتتبع أنشطة تمويل الإرهاب والحركات المالية المرتبطة بهذه التنظيمات.

رابعاً : نقل الأموال بسهولة.

إن عمليات نقل الأموال الورقية بين البنوك أو بين الدول تعتبر من العمليات التي تحتاج للقيام بها مجموعة من الإجراءات وتتم وفقاً للمحددات والضوابط التي لا بد من مراعاتها ومنها تحديد المبالغ المحولة بحد أعلى لا يمكن تجاوزه وتأخر عمليات التحويل نتيجة لارتباطها بموافقات لا بد من الحصول عليها وذلك على خلاف ما هو الحال عليه في العملات الرقمية الافتراضية فإنها تتجاوز هذه المحددات والضوابط مما يؤدي إلى سهولة نقل الأموال وتحويلها عبر شبكات الإنترنت⁽⁴²⁾.

(40) زكريا سلامة الشطناوي و أمجد سالم لطايفة، مخاطر العملة الافتراضية (البتكوين) من منظور الاقتصاد الإسلامي، مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 28، عدد 1، 2019، ص55.

(41) حسن محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 12.

(42) د.أحمد إبراهيم دهشان، العملات الافتراضية وإشكالية أثارها على الاقتصاد المحلي والعالمي، المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص834.

إن هذه الميزة تسهل على الجماعات والتنظيمات الإرهابية ممارسة نشاطاتها من خلال تلقي الأموال ونقلها من مكان إلى آخر بسهولة دون وجود أية عوائق تتعلق بتحديد مقدار الأموال المنقولة وتتجاوز عائق الموافقات الرسمية اللازمة في عمليات التحويل التقليدية عبر المؤسسات المصرفية.

المطلب الثاني: حالات ارتكاب جريمة تمويل الإرهاب عبر العملات الافتراضية.

ففي هذا المطلب سنحاول أن نعرض مجموعة من الحالات التي يمكن توقع ارتكاب جريمة تمويل الإرهاب من خلال استخدام العملات الرقمية الافتراضية والمؤشرات التي تؤكد على إمكانية استخدام هذه العملات في تمويل الإرهاب.

الفرع الأول: حالات يمكن من خلالها ارتكاب جريمة تمويل الإرهاب عبر العملات الرقمية.

وفيما يلي سنعرض لمجموعة من الحالات التي يمكن من خلالها استخدام العملات الرقمية الافتراضية في ممارسة نشاط تمويل الإرهاب.

أولاً: قبول التبرعات عبر العملات الافتراضية.

إن التبرع للجماعات الإرهابية هو أي فعل من شأنه إعطاء الأموال إلى شخص إرهابي أو منظمة إرهابية على سبيل الهبة أو المنح بقصد استخدام تلك الأموال المتبرع بها في ارتكاب جريمة ذات طابع إرهابي. إن جمع التبرعات المالية لدعم النشاطات الإرهابية قد ترتكب من خلال أشخاص أو من خلال منظمات أو جمعيات خيرية وذلك على النحو التالي:

1- تمويل الإرهاب من خلال قيام أشخاص منتمين للتنظيمات الإرهابية أو متعاطفين معها بتقديم التبرعات لتلك التنظيمات الإرهابية أو جمع التبرعات من خلال هؤلاء الأشخاص للتنظيمات بهدف استخدامها لتمويل النشاطات الإرهابية لتلك الجماعات ومن الأمثلة على ذلك الإعلان عن جمع التبرعات بالعملة الرقمية سواء أكان الإعلان من الجماعات الإرهابية ذاتها أم من قبل أشخاص متعاطفين معها. وتؤكد الأدلة على أن التنظيمات الإرهابية كداعش والنصرة وغيرهما تستخدم تلك العملات الرقمية الافتراضية وبصورة كبيرة بهدف جمع التبرعات لدعم أنشطتها (43).

2 - تمويل الإرهاب عبر الجمعيات الخيرية.

الواقع أن الجمعيات الخيرية تؤدي دوراً إنسانياً واجتماعياً وتعزز الروابط الاجتماعية وتهدف إلى العناية بذوي الحاجة من الفقراء والأيتام وتعتمد في ذلك للقيام بدورها على جمع التبرعات والهبات من الأشخاص والجهات المتبرعة، إلا أن التنظيمات الإرهابية قد تتسلل لتستخدم هذه الأموال المتبرع بها للجمعيات من الآخرين في تمويل أنشطتها الإرهابية (44).

وفي هذه الحالة فإنه يمكن جمع التبرعات وتحويلها عبر منصات تداول العملات الرقمية إلى هذه العملة وإيداعها عبر عمليات إيداع في محافظ وحسابات ذات علاقة بالتنظيمات الإرهابية، ومن الممكن كذلك قيام التنظيمات

(43) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, National Security Implications of Virtual Currency, Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif, 2015, p.19.

(44) د. محمد مؤمن، جريمة تمويل الإرهاب في القانون المغربي، مجلة محاكمة، العدد 14، إبريل 2018، ص 101.

الإرهابية بإنشاء جمعيات تحت غطاء جمع التبرعات الخيرية وتلقي التبرعات بمختلف الطرق ومنها العملات الافتراضية الرقمية لتمويل الأنشطة الإرهابية.

ثانياً: يمكن استخدام العملات الرقمية الافتراضية من قبل التنظيمات الإرهابية عبر شراء السلع والخدمات دون وجود أية رقابة على عمليات التداول التي تتم في منصات تداول العملات الرقمية.

كما يمكن أن تستخدم العملات الافتراضية الرقمية كوسيلة للدفع والوفاء مقابل السلع والخدمات المعروضة للبيع على صفحات المواقع غير المشروعة وإن هذه المواقع تعرض منتجات يمكن استخدامها و الاستفادة منها من قبل التنظيمات الإرهابية، كما يمكن أن يتم إجراء عمليات التداول بالشراء أو البيع للسلع المتاحة عبر تلك المواقع السوداء.

ثالثاً: كما أن التطور التكنولوجي والتقني الذي أصبحت تتمتع به غالبية الجماعات والتنظيمات الإرهابية فإنه يمكن استغلاله و الالتجاء إلى إنشاء عملة رقمية افتراضية من خلال التعدين عنها واكتشاف الشيفرات الخاصة بالتعدين عبر استخدام أجهزه حاسوبية متطورة يتم من خلالها إنتاج وحدات عملة رقمية وإيداع تلك الوحدات المنتجة في حسابات التنظيم الإرهابي واستغلالها للتداول ونقلها من حساب إلى آخر بهدف تحويلها إلى عملة ورقية أو استخدامها لشراء بعض السلع التي تقبل الدفع بتلك العملات الرقمية بهدف تمويل نشاطاتها الإرهابية.

رابعاً: كما أشرنا سابقاً إلى حجم التطور التكنولوجي التقني لدى التنظيمات الإرهابية فإن هذا التطور قد يترتب عليه لجوء بعض تلك التنظيمات الإرهابية لإصدار عملة رقمية افتراضية خاصة بها ومرتبطة معها سواء أكان هذا الارتباط معلنا عنه أم ذا طابع سري.

الفرع الثاني: المؤشرات التي تؤكد على إمكانية استخدام هذه العملات في تمويل الإرهاب.

على الرغم الميزات التي تقدمها العملات الرقمية الافتراضية في مجال التجارة الإلكترونية وسهولة التعامل بها عبر شبكة الإنترنت إلا أنها تتميز بمخاطر مرتفعة تجعل منها وسيلة ملائمة تستخدمها التنظيمات الإرهابية في تمويل عملياتها الإجرامية.

وفي هذا السياق سنعرض لمجموعة من الحالات العملية التي تؤكد الاهتمام المتزايد لدى التنظيمات الإرهابية في العملات الرقمية الافتراضية ومن هذه الحالات ما يلي:

أولاً: مؤشرات ظهرت من الجماعات الإرهابية تؤكد استخدامها للعملات الرقمية الافتراضية.

يعتبر تنظيم داعش أحد أكثر التنظيمات الإرهابية استخداماً للعملات الرقمية الافتراضية فقد أصدر أحد المؤيدين لتنظيم الدولة (داعش) وهو المدعو نقي الدين المنذر وعبر مدونة (دار الخلافة وثيقة بعنوان " بتكوين وصدقة الجهاد " وبين فيها الأحكام الشرعية لاستخدام البيتكوين وأكد على ضرورة استخدامها لتمويل الأنشطة الإرهابية وجاء في الوثيقة أن هذه العملات الرقمية تعتبر حلاً عملياً للتغلب على الأنظمة المالية للحكومات (45).

(45) أحمد سلطان، كيف تمويل الجماعات الإرهابية عملياتها ب العملات الرقمية، دراسة منشورة على الصفحة الإلكترونية www.almarjie-paris.com/10575 المرجع دراسات وأبحاث استشرافية حول الإسلام الحركي، تصدر عن مركز سيمو، باريس، بتاريخ 19 / أغسطس / 2019، تاريخ الاطلاع 2020/1/20، ص3.

وفي يناير (2015) قام المدعو باسم أبو مصطفى أحد كبار حملة التبرعات لداعش بالدعوة إلى ضرورة استخدام شبكة الإنترنت السوداء لجمع الأموال من خلال العملات الرقمية الافتراضية لدعم تنظيم الدولة الإرهابي داعش (46).

كما أن مناصري التنظيم الإرهابي داعش ومن خلال الموقع الدعائي للتنظيم (أخبار المسلمين) قد خصصوا روابط للتبرع للتنظيم عبر العملات الرقمية الافتراضية تحت اسم صندوق الكفاح الإسلامي وهو صندوق رقمي على شبكة الإنترنت السوداء (دارك ويب) (47).

وفي فترة لاحقة كانت هنالك محاولات لجذب التبرعات عبر العملات الرقمية الافتراضية من خلال إطلاق (صدقة كوينز) على موقع سمي صدقة كوينز هو موقع تابع للجماعات الإرهابية على شبكة الإنترنت السوداء (المظلم) وله كذلك قناة على تطبيق تليجرام للتواصل الاجتماعي وأعلن الموقع عن تلقي التمويل عبر عملة البيتكوين و الإيثريوم و المونيرو وبين وبين الموقع أن عملية التبرع سريّة ناشراً بذلك حساب محفظته بالبيتكوين، ويهدف هذا الموقع الإلكتروني إلى تمويل العديد من المشروعات ومن بينها مشروع يسمى " لنذهب للصيد " وهو خاص بتوفير الأموال اللازمة لتسليح وتدريب القناصة التابعين لهيئة تحرير الشام وتنظيم القاعدة وشراء سيارات الدفع الرباعي وبنادق الصيد والمناظير، كما أطلق مجموعة من القياديين في هيئة تحرير الشام الإرهابية دعوى لموقع صدقة كوينز من خلال فيديو بثته قناة صدقة كوينز على تطبيق تليجرام. (48)

أما بالنسبة لتنظيم القاعدة فقد حاول من خلال "موقع مركز العماد" وهو أحد المواقع الإلكترونية المحسوبة على تنظيم القاعدة الإرهابي جمع التبرعات وتلقيها عبر عملة البيتكوين وذلك بهدف دعم المركز الذي يعتبر منصة للترويج لفكر تنظيم القاعدة الإرهابي، كما روج لذات الفكرة حساب على موقع تويتر مسمى (الملحمة) ودعا إلى التبرع من خلال عملة البيتكوين. (49)

ثانياً: تقارير ودراسات تؤكد استخدام التنظيمات الإرهابية للعملات الرقمية.

كشفت عدد من التقارير والدراسات التي تم إجراؤها لجوء الجماعات الإرهابية لاستخدام العملات الرقمية الافتراضية في تمويل نشاطاتها الإرهابية ومن بين هذه التقارير تقرير لمجموعة (هاك تيفيسيش) وهي مجموعة هاكرز محترفة مستقلة قد تطوعت لمكافحة إرهاب داعش على الإنترنت فقد بينت هذه المجموعة أن تنظيم داعش يمتلك محافظ مالية من عملة البيتكوين وإن هذه المحافظ هي مصدر تمويل هجمات باريس في نوفمبر 2015 (50).

قرر الاتحاد الأوروبي في نوفمبر 2015 فرض قيود على التعاملات المالية التي تتم عبر العملات الرقمية الافتراضية بتيكويون وذلك بعد أن تداول الإعلام الفرنسي تقريراً لمجموعة قراصنة تطلق على نفسها (أنونيموس) فقد

(46) د. رغبة البهي، العملات الافتراضية وسيلة جديدة لتمويل الإرهاب.. أفكار مقترحة للمواجهة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.ecsstudies.com/6484، بتاريخ 18 / July / 2019، ص4.

(47) أحمد سلطان، مرجع سابق، 3.

(48) كريم كيلاني، صدقة كوينز: أول موقع " جهاد البيتكوين"، مقال منشور على موقع المنصة، بتاريخ 28/ أغسطس / 2018، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/1/10، <https://almanassa.com/ar/story/10844>.

(49) أحمد سلطان، مرجع سابق، ص5

(50) ذات المرجع والموضع.

أكدت هذه المجموعة امتلاك تنظيم داعش حساباً لعملة البيتكوين يحتوي على (9298) بيتكوين تستخدم لتمويل هجمات إرهابية جديدة في جميع أنحاء العالم (51).

كما أن مجلة (Government Executive.com) الأمريكية الحكومية و المختصة في الأعمال قد أشارت في تقرير لها على موقعها الإلكتروني نقلاً عن رئيس شبكة إنفاذ الجرائم المالية بوزارة الخزانة الأمريكية قلقه الشديد من العملات الرقمية وإمكانية استخدامها في تمويل الإرهاب وكيف يمكنها نقل أموالهم وأشار كذلك التقرير إلى ما نشرته شبكة سكاي نيوز البريطانية التي قالت إن إحدى المدونات المؤيدة لتنظيم داعش قد ناقشت إمكانية استخدام بيتكوين لتمويل مساعي التنظيم لفرض أفكارها في كل من العراق وسوريا (52).

الخاتمة:

تعتبر العملات الرقمية الافتراضية إحدى منجزات التطور التكنولوجي الذي نعيشه في وقتنا الحاضر، كما أنها في ذات الوقت قد تشكل تحدياً كبيراً عندما تقرر التنظيمات الإرهابية استخدامها لتأمين التمويل المالي اللازم لنشاطاتها المشبوهة وإن هذا التحدي الكبير هو ما دفعني لبحث مدى إمكانية استخدام هذه العملات الرقمية الافتراضية في أنشطة تمويل الإرهاب ومدى إمكانية مواجهة هذا الخطر المتزايد تشريعياً.

وبعد أن تناولنا جميع الجوانب المتعلقة بموضوع البحث فقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وهي على النحو التالي:

أولاً: النتائج.

توصلت الدراسة لمجموعة من النتائج أهمها:

- 1- تبين أن مفهوم العملات الرقمية الافتراضية يتمحور حول مجموعة من المميزات الأساسية التي تتميز بها العملات الرقمية وهي أنها عملات ذات طبيعة إلكترونية ليس لها حيز فيزيائي وأنها تعمل خارج إطار النظام النقدي الرسمي وغير مرتبطة بعملة ورقية مقبولة للتداول وتحظى بقبول طوعي.
- 2- أظهرت الدراسة تباين الآراء والاتجاهات من مسألة مدى مشروعية استخدام العملات الرقمية الافتراضية بين رافض رفضاً مطلقاً لها وبين متردد بين الرفض والقبول، فكان موقف المشرع الأردني بتحويل البنك المركزي صلاحية إصدار العملات و ترخيصها الذي بدوره حظر التداول بها من قبل البنوك و المؤسسات المصرفية ولم يبد رفضاً أو قبولاً لاستخدام الأفراد لهذه العملات مما يعني تركه لها بدون تنظيم.
- 3- أظهرت الدراسة أن المشرع الأردني جرم تمويل الإرهاب في ثلاثة مواضع تشريعية مختلفة وهي قانون العقوبات وقانون منع الارهاب وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب مما أدى إلى ظهور إشكالية التنازع الظاهري بين تلك النصوص.

4- تبني قانون منع الإرهاب تجريم استخدام الوسائل الإلكترونية في تمويل الإرهاب مما يجعل ذلك النص محلاً للتطبيق على جرائم تمويل الإرهاب من خلال استخدام العملات الرقمية الافتراضية إلا أن هذا النص لم يكن خاصاً

(51) حسن محمد، مرجع سابق، ص10.

(52) المرجع السابق، ص11.

ومتعلقاً بنشاط تمويل الإرهاب عبر الوسائل الإلكترونية بما فيها استخدام العملات الرقمية الافتراضية وإنما تناول جميع جرائم الإرهاب الإلكتروني وبصورة عامة.

5- تؤكد الدراسة على ثبوت العلاقة بين العملات الرقمية الافتراضية ونشاطات تمويل الإرهاب وذلك من خلال المؤشرات التي تظهرها ميزات تلك العملات التي تتمتع بسهولة وسرعة التداول والنقل والسرية التامة الناشئة عن عدم مركزيتها وخضوعها للرقابة المالية، كما أكدت الدراسة تزايد حالات استخدام هذه العملات من قبل التنظيمات الإرهابية و المؤيدين لتوفير المصادر المالية لتغطية النشاط الإرهابي.

ثانياً: التوصيات.

لقد خلصت الدراسة الى مجموعة من التوصيات هي على النحو التالي:

- 1- نتيجة لندرة الدراسات المتعلقة بالعملات الرقمية الافتراضية في الأردن فإننا نوصي بتكثيف الدراسات ومن جميع النواحي القانونية والشرعية والاقتصادية وذلك للوقوف على حقيقة وطبيعة هذه العملات.
- 2- ضرورة تبني المشرع الأردني نصوصاً واضحةً وصريحةً يبين فيه توجهاته من التداول بالعملات الرقمية الافتراضية سواء أكان ذلك بالإجازة مما يفرض عليه تنظيمها تنظيمًا دقيقاً يوفر قدرًا من الحماية للمتعاملين بها ويجنب المجتمع مخاطر استخدامها لأغراض جرمية ومنها جريمة تمويل الإرهاب.
- 3- تضمين قانون منع الإرهاب أو قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب نصاً واضحاً وصريحاً يجرم استخدام العملات الرقمية الافتراضية في مجالات تمويل النشاطات الإرهابية وذلك لتجنب المخاطر، والوقاية من استخدام هذه العملات الرقمية في مجال تمويل الإرهاب.
- 4- العمل على تطوير قدرات وإمكانيات أجهزة إنفاذ القانون وذلك من خلال توفير تقنيات برمجية متطورة يمكنها تعقب حركات التداول بالعملات الرقمية الافتراضية وتأهيل العاملين في تلك الأجهزة لنجاح مهمتهم.
- 5- السعي نحو خلق مجموعة من التفاهات والاتفاقيات الدولية لتمكين أجهزة إنفاذ القانون في الدول الأطراف من تبادل المعلومات والخبرات في مكافحة ظاهرة استخدام العملات الرقمية الافتراضية في تمويل النشاطات الإرهابية.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

- 1- د.أحمد ابراهيم دهشان، العملات الافتراضية وإشكالية آثارها على الاقتصاد المحلي و العالمي، في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في (16-17 / إبريل 2019)، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- 2- أحمد خلفان المرشدة، المواجهة الجنائية لتمويل الإرهاب في التشريعات الجنائية لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019.
- 3- أحمد سلطان، كيف تمول الجماعات الإرهابية عملياتها بالعملات الرقمية، دراسة منشورة على الصفحة الإلكترونية www.almarjie-paris.com/10575 المرجع دراسات وأبحاث استشرافية حول الإسلام الحركي، تصدر عن مركز سيمو، باريس، بتاريخ (19 / أغسطس / 2019)، تاريخ الاطلاع (20/1/2020).
- 4- د. الطيب بلواضح و د. محمد قسبية، مكافحة جريمة تمويل الإرهاب على المستويين الدولي والوطني، بحث منشور، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد (7)، جامعة المسيلة الجزائر.
- 5- باسم أحمد عامر، العملات الرقمية (البتكوين أنموذجاً) ومدى توافقها مع ضوابط النقود الإسلامية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية و الدراسات الإسلامية، المجلد (16)، العدد (1)، يناير (2019).
- 6- تقرير صحفي منشور ومتاح على موقع ([https:// Arabbit.net](https://Arabbit.net)) تم الاطلاع عليه بتاريخ (12/12/2019).
- 7- د. ثائر محمود العاني و آية عبد المجيد ضياء الدين، ورقة عمل حول العملات الافتراضية البتكوين وموقف الدول منها، القطاع الاقتصادي، جامعة الدول العربية، (2018)، ص5.
- 8- د. جمال عبد العزيز العثمان، الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية و الموقف التشريعي منها، في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في (16-17 / إبريل 2019)، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- 9- حسن محمد، البتكوين ودورها في تمويل الحركات الإرهابية، تعليقات، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، أغسطس (2017).
- 10- حسن محمد مصطفى، دور عملة البتكوين في تمويل الجماعات و التنظيمات الإرهابية، بحث منشور على صفحة حفريات التي تصدر عن مركز دال للأبحاث والإنتاج الإعلامي، مصر، على الموقع www.hafryat.com.
- 11- د. شريف محمد غانم، محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، دبي، (2003).
- 12- د. رعدة البهي، العملات الافتراضية وسيلة جديدة لتمويل الإرهاب. أفكار مقترحة للمواجهة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني (www.ecsstudies.com/6484)، بتاريخ (18 / July / 2019).
- 13- زكريا سلامة الشطناوي و أمجد سالم لطايفة، مخاطر العملة الافتراضية (البتكوين) من منظور الاقتصاد الإسلامي، مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية و الاجتماعية، مجلد (28)، عدد(1)، 2019.

- 14- د. عبد الإله النوايسة، التكييف الجرمي لتمويل الإرهاب " دراسة في التشريع الأردني "، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، العدد (24)، سبتمبر (2005)، (ص 338).
- 15- د. عبدالله راضي الشمري، التأصيل الفقهي للعملات الافتراضية، بحث منشور في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في (16-17 / إبريل 2019)، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- 16- د. عبدالله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث، النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، جامعة عين شمس، العدد 1، يناير 2017، القاهرة.
- 17- عبدالله ناصر عبيد نصري الزعابي، التنظيم القانوني للعملات الرقمية في التشريع الإماراتي والمقارن " دراسة تحليلية مقارنة "، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر (2018).
- 18- علي قادر شورش، أثر استخدام العملة الرقمية في السياسة النقدية، بحث منشور، مجلة جامعة التنمية البشرية، مجلد (5)، العدد (1)، كردستان العراق، (2019).
- 19- د. عمر عبد عباس الجميلي، العملات الافتراضية واقعا وتكيفها الفقهي وحكمها الشرعي، بحث منشور في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في 16-17 / إبريل 2019، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- 20- د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني دراسة مقارنة، 1998.
- 21- كريم كيلاني، صدقة كوينز: أول موقع " جهاد البيتكوين، مقال منشور على موقع المنصة، بتاريخ 28/أغسطس /2018، تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/1/2020، <https://almanassa.com/ar/story/10844>.
- 22- د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، 2004.
- 22- د. محمد بلاق، العملات الافتراضية في التشريع الجزائري الواقع والآفاق، في المؤتمر الدولي الخامس لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، العملات الافتراضية في الميزان، المنعقد في (16-17 / إبريل 2019)، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- 23- د. محمد مومن، جريمة تمويل الإرهاب في القانون المغربي، مجلة محاكمة، العدد 14، أبريل 2018.
- 24- د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، 2005.

ثانياً: المراجع الأجنبية.

- 1-Brittemira Abdi , " Future Currency Is Bitcoin here to stay? A case study on the (Unpublished Master Thesis) ,Real Estate & Construction cryptocurrency, Bitcoin .Management, Stockholm, 2014
- 2- Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim,Cynthia Dion-Schwarz,National Security Implications of Virtual Currency,Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif,2015.
- 3- J. (Everette) and others: Risks and vulnerabilities of virtual currency, cryptocurrency as a payment method, Public-Privat Analytic Exchange Program 2017.
- 4- Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations, International Monetary Fund, .January 2016, p7
- 5- Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, p. 1-8. To <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

ثالثاً: القوانين .

- 1- قانون البنك المركزي رقم 35 لسنة 1971 وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 2301 صفحة 807 بتاريخ 1971/5/25.
- 2- قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم 55 لسنة 2006 وتعديلاته.
- 3- قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 46 لسنة 2007 وتعديلاته.
- 4- قانون رقم 6/15 مورخ في 15 فبراير سنة 2015 معدل و متمم لقانون رقم 1/5 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 8 في 15 فبراير 2015.
- 5- قانون رقم 11/17 المؤرخ في 8 ربيع الثاني عام 1439 هجري الموافق 27 سبتمبر سنة 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2017، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 76 لسنة 2017.

الأسس الدستورية لتداول السلطة بعقد البيعة

"دراسة تحليلية فقهية قانونية"

Constitutional Foundations of Authority Devolution in Compliance with Homage Contract: An Analytical, Jurisprudential and Legality Study

هشام حامد الكساسبة (1)، عبدالرؤوف أحمد الكساسبة(2)، صفاء محمود السويلمي(3)

الملخص

تُبنى الدولة على عناصر تُكوّنها متمثلة بالشعب والأقليم والسلطة السياسية، ولا تقوم بدونها، وقد أخذ عنصر السلطة السياسية أهمية كبيرة كونه المُخول للقيام بوظائف الدولة بجوانبها المتعددة وصولاً إلى الأهداف المرجوة، ولكي تقوم بهذا العمل فإنها تختار نظاماً سياسياً يحقق ذلك من خلال النص عليه دستورياً. ويتعدد الأنظمة السياسية وُجد في الإسلام أساس تعاقدية يبين كيفية تداول السلطة وهو عقد البيعة، وله نظام قانوني له طبيعته الخاصة، ويندرج تحته هيئة تسمى أهل الحل والعقد - غالباً - بصفته الجانب الممثل للحكمة والعلم والمعرفة بممثليها، وبيان شروط المُرشح للخلافة. وترتبط بعقد البيعة آثار قانونية تترتب في حال الأخذ به في النظام السياسي داخل الدول، منها واجبات الخليفة ووظائفه الدينية والسياسية، وحقوق الخليفة كحق الطاعة والنصرة، وحقوق الأمة على الخليفة كحق رقابة أعمال الخليفة وتصرفاته وصولاً لعزله.

الكلمات الدالة: السلطة السياسية، تداول السلطة، عقد البيعة، عقد البيعة العامة، عقد البيعة الخاصة.

Abstract

Any state is built on three constituents without which it cannot survive: people, territory, and political authority. The third constituent is the most important as it is entitled to carry out the States multi-dimensional functions with a view to arriving at the desired goals. To do so, the State chooses the political system that actualizes this through constitutional provisions. As political systems diversify, there is in Islam a contractual foundation which demonstrates the way of authority devolution; it is the homage contract that has its distinctive legal system incorporated in a certain group of specialists known as "the resolution and solution body". It is the entity that represents sagacity, science, and knowledge embodied in its representatives who determine specifications of caliphate candidate. Certain legal effects are associated with the homage contract when adopted by the states' political system. These effects, inter alia, are: Caliph's duties, his political and religious responsibilities, in addition to his rights such as obedience and support. The nation also has the right to trace his doings and conduct until his dismissal.

Keywords: Authority Devolution; General Homage Contract; Homage Contract; Political Authority; Special Homage Contract.

مقدمة

يفترض فلاسفة العقد الاجتماعي أنّ الإنسان، قبل أن يُقرّر الانخراط في الحياة الاجتماعية، كان يعيش حياة بدائية فطرية منعزلة، يتمتع فيها بفرديته، وحقوقه وحرية، دون أن يخضع فيها لأي نوع من القيود، أو يعترف بأي شكل من أشكال الخضوع، وأنّ إرادات الأفراد المتساوين قد تلاقت فيما بينها، فاتفقوا على الانتظام في حياة الجماعة والخضوع للسلطة، فأنها بذلك الحياة الفطرية التي كانوا يعيشونها، وقد سُمّي هذا الاتفاق بالعقد الاجتماعي (Contract Social)⁽¹⁾.

لكنّ الواقع يدحض افتراضات أولئك الفلاسفة، فالإنسان اجتماعي بطبعه، فهو يجد نفسه على الدوام محكوماً بوضع اجتماعي، يتفاعل من خلاله مع غيره من الأفراد بوصفهم جميعاً أفراد اجتماعيين⁽²⁾، الأمر الذي يفترض ويتضمن وجود السلطة، وهو ما يدفعنا إلى وصف نظرية العقد الاجتماعي بأنها نظرية خيالية.

وعلى الرغم من ذلك فإنّ الواقع التاريخي يبرز حقيقة قيام السلطة في الدولة الإسلامية في طور الخلافة على أساس تعاقدية واقعي، ووفقاً لاتفاق رضائي، سمّاه الفقهاء والمُفكِّرون الدستوريون المسلمون، بعقد البيعة أو عقد الإمامة، فبيّنوا شروط انعقاده، والآثار المترتبة عليه، وأنه بموجب هذا العقد يتولى المرشّح لشغل منصب رئيس الدولة الإسلامية مهامه الدستورية، فيصبح خليفةً أو إماماً شرعياً.

وقد عرّف العلامة ابن خلدون الخلافة في مُقدّمته بقوله: "الخلافة هي حمل الكافة على مُقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها... فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا"⁽³⁾.

• مشكلة الدراسة:

تمثل في مهمة الخليفة هي حفظ الدين وسياسة الدنيا وقيادة الأمة وتوجيهها، ولذلك كان لا بدّ من وضع ضوابط دقيقة للطريقة التي يصل بموجبها أي شخص لذلك المنصب، ويكاد يتفق مُعظم فقهاء المسلمين على اعتبار عقد البيعة الذي يُعدّ المرشّح للخلافة أحد أطرافه وأفراد الأمة الإسلامية طرفه الآخر⁽⁴⁾، هو الطريقة الصحيحة والشرعية لتولي منصب الخلافة حيث يُشير الدكتور وهبة الزحيلي إلى أنّ فقهاء الإسلام قد ذكروا أربع طرق لتولي منصب الخلافة وهي: النص، البيعة، ولاية العهد، القهر والغلبة، ولكنه يؤكّد على أنّ طريقة الإسلام

(1) د. الجرف، طعيمة: "النظريات والنظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري"، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1962، ص 5 - 6.

(2) نصّار، ناصيف: "منطق السلطة - مدخل إلى فلسفة الأمر"، الطبعة الأولى، دار الأمواج، بيروت، 1988، ص 17.

(3) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد: "مُقدِّمة ابن خلدون"، الطبعة الخامسة، اعتناء ودراسة أحمد الزعبي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، 2015، ص 222؛ ويُضيف ابن خلدون: "... تُسمّى خلافة وإمامة، والقائم بها خليفة وإماماً، فأما تسميته إماماً فتشبيهاً بإمام الصلاة في اتباعه والافتداء به لهذا يقال الإمامة الكبرى وأما تسميته خليفة فلكونه يخلف النبي في أمته فيقال خليفة بإطلاق وخليفة رسول الله..."، المرجع نفسه، ص 223.

(4) بوترة، محمود: "رئيس الدولة في الإسلام (بين نصوص الشريعة وتراث الفقه)"، ط3، دار المصطفى، دمشق، 2015، ص 77.

الصحيحة عملاً بمبدأ الشورى والفروض الكفائية هي طريقة واحدة ألا وهي بيعة أهل العقد والحل للمرشح للخلافة وانضمام الأمة باختياره⁽⁵⁾.

• أهمية الدراسة:

ليبان أنّ عقد البيعة يُرتّب حقوقاً والتزامات متبادلة على طرفيه: الخليفة من جهة وأفراد الأمة الإسلامية من جهة أخرى، وهو إذ يُرتّب تلك الحقوق والواجبات فإنّ ذلك يتمّ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أي أن تلك الحقوق والواجبات مُستمدة من مبادئ الإسلام المُبيّنة في القرآن الكريم والسُنّة النبوية وإجماع فقهاء المُسلمين.

هذا وقد عرّف ابن خلدون البيعة في مُقدّمته بقوله: "... البيعة هي العهد على الطاعة، كأنّ المُبايع يُعاهد أميره على أن يُسلّم له النظر في أمر نفسه وأمور المُسلمين، لا يُنازعه في شيء في ذلك ويُطيعه فيما يُكلّفه به من الأمر على المنشط والمكروه"⁽⁶⁾.

ولعلّ أصل عقد البيعة في الإسلام يرجع إلى البيعة التي تمّت بين رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وجماعة من أهل يثرب، والتي سُمّيت بـ (بيعة العقبة الأولى)⁽⁷⁾.

• أهداف الدراسة:

الوصول إلى بيان طبيعة وتكييف عقد البيعة، وإظهار واجبات الخليفة ووظائفه من دينية وسياسية، وبيان حقوقه كحق الطاعة والنصرة، واستظهار حقوق الأمة على الخليفة وأهمها مراقبة أعماله وتصرفاته المتعلقة بالشؤون العامة، وحق عزلة إذا توافرت موجبات العزل.

• أسئلة الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. بيان الطبيعة القانونية لعقد البيعة؟
2. تحديد نطاق مهمة أهل الحل والعقد، وهل مبايعتهم تؤدي لتولي الخلافة؟
3. بيان شروط المرشح للخلافة؟

(5) د. الزحيلي، وهبة: "الفقه الإسلامي وأدلته"، الجزء السادس، ط10، دار الفكر - دمشق، 2014، ص 673.

(6) ابن خلدون، عبد الرحمن: مقدمة ابن خلدون، ص 241؛ ويُضيف: "... كانوا إذا بايعوا الأمير وعقدوا عهده جعلوا أيديهم في يده تأكيداً للعهد، فأشبه ذلك فعل البائع والمُشتري: فسُمّي بيعة، مصدر باع، وصارت البيعة مصافحة بالأيدي هذا مدلولها في عرف اللغة ومعهود الشرع..."، المرجع نفسه، ص 241؛ هذا وقد تمّ ذكر كلمة البيعة في القرآن الكريم في ثلاث آيات:

1- قال تعالى: "إنّ الذين يبايعونك إنّما يبايعون الله يدُ الله فوق أيديهم فمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجراً عظيماً"، سورة الفتح، الآية 10.

2- وقال تعالى: "لقد رضي الله عن المؤمنين إذ يبايعونك تحت الشجرة فعلم ما في قلوبهم فأنزل السكينة عليهم وأثابهم فتحاً قريباً"، سورة الفتح، الآية 18.

3- كما قال تعالى: "يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبايعنك على أن لا يُشركن بالله شيئاً ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن أولادهن ولا يأتين بهتاناً يفتريهن بين أيديهن وأرجلهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن واستغفر لهن الله إنّ الله غفور رحيم"، سورة الممتحنة، الآية 12.

(7) بوترة، محمود: المرجع السابق، ص 84.

4. إبراز واجبات الخليفة وحقوقه؟

5. إظهار حقوق الأمة على الخليفة وامتيازاتهم؟

• المنهجية:

سيستبع الباحث في إعداد هذا البحث المنهج التحليلي، من خلال استقراء الأحكام والآراء الفقهية للباحثين في الفكر القانوني الدستوري الإسلامي المتعلقة بعقد البيعة في الفقه الدستوري الإسلامي، لكي يسلط الضوء على موضوع حقوق وواجبات الخليفة والطريقة الشرعية لتوليه السلطة بموجب عقد البيعة، ومدى توازن تلك الحقوق والواجبات مع حقوق وواجبات الأمة الإسلامية تجاهه.

ونحاول في هذا البحث توضيح الأحكام الخاصة بعقد البيعة بوصفه الأساس التعاقدية الذي تبنى عليه السلطة في الفقه الدستوري الإسلامي، وذلك في محثين:

المبحث الأول: النظام القانوني لعقد البيعة.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عقد البيعة.

المبحث الأول

النظام القانوني لعقد البيعة

يُعدّ اختيار الحاكم للقيام بالولاية العامة وما يرتبط به من مفاهيم ومسميات مختلفة من أهم الأمور التي تأخذ بها الأنظمة بشتى أنواعها، وذلك من خلال طرق متعددة قد تكون مباشرة أو غير مباشرة أو شبه مباشرة، إلا أن نظام الحكم في الإسلام اختار ما يسمى بطريقة أهل الحل والعقد، الذي له الدور الأبرز في اختيار الخليفة بعدما توافرت فيه عدة شروط، ولبيان ذلك سوف نتناول هذا المبحث من خلال ما يلي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد البيعة:

يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أنّ عقد البيعة وهو ما يُعبّر عنه بمُصطلح (الاختيار) هو عقد حقيقي، غرضه إعطاء الخليفة المنتخب الولاية العامة⁽⁸⁾.

(8) د. السنهوري، عبد الرزاق: "فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية"، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية، ترجمة ناديا عبد الرزاق السنهوري ود. توفيق محمد الشاوي، الهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة، 1989، ص 148؛ "الاختيار و /أو الانتخاب في القوانين الوضعية يُعدّ الوسيلة الوحيدة لإسناد السلطة في النظام الديمقراطي إلا أن هناك اختلافاً في تكييف هذه الوسيلة الديمقراطية"، د. الخطيب، نعمان، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2017، ص 244.

- ويؤكد الدكتور محمود حلمي على أنّ النظام الإسلامي يؤسس قيام الدولة على أساس التعاقد، والعقد يتم بين الشعب والخليفة، بقصد التعاون على البرّ والتقوى، ورفع الإثم والغُدوان، وأنّ هذا العقد يُكَيّف على أنه عقد رضائي يبرم بين طرفيه بالإرادة والاختيار، ويُعتبر بمثابة توكيل من المجموع الذين اختاروه بملء خريتهم، ومُطلق إرادتهم، ليكون حاكماً عليهم ومُنقِذاً لشرعية الله بينهم، راعياً لشؤونهم، عاملاً على توفير أسباب السعادة لهم في حياتهم؛ حلمي، محمود: "المبادئ الدستورية العامة"، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 125.

وهذا ما يؤيدّه الدكتور توفيق الشاوي بقوله: إنّ "... الأساس التعاقدى الذي يستمد الحاكم ولايته منه هو عقد البيعة، ذلك أنّ العقد يفرض على الطرفين التزامات معينة، وهذه الالتزامات بعضها يُستمد مباشرةً من أحكام الشريعة، وهي مفترضة ويلتزم بها الطرفان دون حاجة إلى ذكرها والإشارة إليها، ولكن إلى جانب ذلك توجد التزامات اختيارية، إذ يمكن لكل من الطرفين أن يفرض لنفسه شروطاً مكملة، أو منفصلة، مؤكّدة للحقوق المقرّرة للشريعة... لقد تجاوز الأساس التعاقدى لولاية الحكم في الشريعة نظرية العقد الاجتماعي الأوروبية لأنه أقام المجتمع والحكم على أساس عقد فعلي وواقعي وليس مجرد افتراض نظري..."⁽⁹⁾.

ويشير أحد الباحثين: إلى أنّ علماء الشريعة الإسلامية يعدون عقد البيعة من قبيل عقد الوكالة⁽¹⁰⁾، وبالتالي تجري على الخلافة أحكام الوكالة من أنها لا تورث، وأنه إذا ما انقضت خلافة الخليفة سواء بوفاته أو بعزله، فإنّ من ولاهم من أمراء أو وزراء، لا يتم عزلهم تبعاً لعزله، ذلك لأنّ تصرفات الوكيل تتصرف إلى الأصيل، وبالتالي فإنّ الوزراء والأمراء والولاة ليسوا وكلاء الخليفة، لكنهم وكلاء أفراد الأمة الإسلامية⁽¹¹⁾.

وإن كان علماء آخرون يرون أنّ عقد الإمامة ليس عقد وكالة، كونه ينتج روابط مختلفة عن الروابط التي ينتجها عقد الوكالة، ذلك لأنّ الأمة لا تستطيع فسخ عقد الإمامة إلا في حالة كفر الإمام أو فسقه أو عجزه، بينما يستطيع الموكل أن يفسخ عقد الوكالة متى شاء، إضافة إلى أنّ الإمام يلتزم بأحكام الشريعة، ولا يستطيع الأمة باعباره وكيلها أن تلزمه بواجبات تخالف تلك المبادئ، بينما يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بتنفيذ تعليمات موكله⁽¹²⁾.

ومهما يكن من أمر الخلاف بين العلماء في تكييف طبيعة عقد البيعة الذي يتم بموجبه تسلّم من توافرت فيه شروط الترشّح لمنصب الخلافة لمنصبه، فإنّه من العقود الملزمة للجانبين التي تستلزم رضا الناخبين بالشخص المنتخب، وضرورة ألاّ يشوب هذا الرضا شائبة الإكراه، وإلاّ عدّ العقد باطلاً، كما أنّهُ لا بُدّ من قبول من وقع عليه الاختيار لانعقاد العقد⁽¹³⁾ كما أنّ عقد البيعة يخضع في إبرامه وتنفيذه وآثاره لأحكام الشريعة الإسلامية المتمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

ولمّا كان العقد يتم في المرحلة الأولى بين المرشّح للخلافة وبين أهل الحل والعقد وهو ما يُسمّى بِـ (البيعة الخاصة)، ثم يمرُّ بالمرحلة الثانية وهي (البيعة العامة)، وفيها يكون الشخص الذي تم اختياره للخلافة من قبل أهل الحل والعقد طرفها الأول، وتكون الأمة طرفها الثاني؛ لذلك لا بُدّ من إيضاح مفهوم أهل الحل والعقد

(9) الشاوي، توفيق: "فقه الشورى والاستشارة"، ط2، دار الوفاء، المنصورة، 1992، ص 435.

(10) موسى، محمد يوسف: "نظام الحكم في الإسلام"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر تاريخ لسنة النشر، ص 23.

(11) العبودي، محسن: "رئيس الدولة في النظم المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 43.

(12) العبودي، محسن: المرجع نفسه، ص 44.

(13) السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 148.

والشروط الواجب توافرها فيهم، كما يجب ذكر الشروط الواجب توافرها بالمرشّح للخلافة على ضوء ما ذكره علماء الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أهل الحل والعقد:

هم الحكماء من المسلمين القادرين على إبداء الرأي السديد منهم وهم على درجة من الدين والخُلق والعلم بأحوال الناس كما أنهم من العالمين المختصين بالمسائل المُراد أخذ الرأي أو المشورة فيها، فالمسائل العامة لا تُعرض على كافة المسلمين وإنما على أهل الحل والعقد وخاصة المتخصصين في موضوعها⁽¹⁴⁾.

وقد بيّن محمد رشيد رضا في تفسيره لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم... " (15) أنّ أهل الحل والعقد هم: " الأمراء، والحكام، والعلماء، ورؤساء الجند، وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع إليهم في الحاجات والمصالح العامة... فهؤلاء إذا اتفقوا على أمر وجب أن يُطاعوا فيه بشرط أن يكون مناً، وألاً يُخالقوا أمر الله ولا سُنّة رسوله صلّى الله عليه وسلّم التي عُرفت بالتواتر، وأن يكونوا مختارين في بحثهم في الأمر... وأن يكون ما يتفقون عليه من المصالح العامة... " (16).

أي أنّ أهل الحل والعقد أو أهل الاختيار أو أهل الشورى هم أئمة المسلمين وفقهائهم ورؤساء عشائرهم وأمراء الجند وذوو الشوكة والمكانة والرأي فيهم، وهؤلاء يُعدّون ممثلين حقيقيين للأمة، وهم يُعبّرون عن أهداف الأمة وتطلعاتها ورغباتها⁽¹⁷⁾.

ويُشير الفقهاء المسلمون إلى ضرورة توافر شروط معينة في أهل الحل والعقد، نظراً لأهمية الدور الذي يضطلعون به، والمتمثل في اختيار رئيس الدولة، إضافة إلى أنهم بعد أن تتم البيعة له يصبحون بمثابة هيئة استشارية، لا بُدّ من رجوع رئيس الدولة إليهم فيما يعرض له من أمور ومستجدات، لم يرد لها حكم في الكتاب أو السنة. وهذه الشروط ثلاثة هي: " أحدها العدالة الجامعة لشروطها، والثاني العلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط المعتمدة فيها؛ والثالث الرأي والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة أصلح ويتبدير المصالح أقوم وأعرف... " (18).

ويقصد بالعدالة الجامعة لشروطها الاستقامة والأمانة والورع والتقوى والأخلاق الفاضلة ولا يقوم أهل الحل والعقد باختيار الخليفة إلا بعد البحث في مدى تحقق الشروط المطلوبة للمنصب في المرشح والمفاضلة بين المرشحين، وهم من يوجب العقد، ويُعدّون مسؤولين عن إتمامه وإنفاذه، لكن يجب الانتباه إلى أنهم عندما يباشرون هذه

(14) الحلو، ماجد راغب: "الدولة في ميزان الشريعة"، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 385.

(15) سورة النساء: الآية 59.

(16) رضا، محمد رشيد: "تفسير القرآن الحكيم"، الجزء الخامس، ط2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1973، ص 182.

(17) العبودي، محسن: المرجع السابق، ص 45.

(18) الماوردي، أبو الحسين علي بن محمد: "الأحكام السلطانية"، ط1، دار الفكر، بيروت، دون ذكر تاريخ نشر، ص 6، وفي ذات المعنى:

الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي: "الأحكام السلطانية"، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 19.

المسؤولية لا يتصرفون في حق أنفسهم وإنما يباشرون هذه المسؤولية نيابة عن الأمة في استعمال ما هو حق أصلي لها، فهم منتدبون منها أو هم ممثلوها⁽¹⁹⁾.

المطلب الثالث: المرشح للخلافة:

نظراً لأهمية منصب الخليفة في حياة الأمة الإسلامية، وللدور الكبير الذي يلعبه من يشغل هذا المنصب في حراسة الدين، وتنظيم الشؤون الدنيوية كونه هو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية، فقد ذكر العلماء والفقهاء المسلمون عدداً من الصفات التي لا بُدَّ من توافرها فيمن يُرَّشَّح لمنصب الخلافة، وهذه الصفات منها ما تم اتفاق الفقهاء عليه ومنها ما هم مختلفون فيه، ومن تلك الصفات:

أولاً: الإسلام:

لا يختلف فقهاء المسلمين حول ضرورة أن يكون رئيس الدولة مسلماً، ذلك لأنَّ الدولة الإسلامية إنما تقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية، وهي تستند إلى قيم الدين الإسلامي بوصفه عقيدة، وشريعة، ومنهج حياة، وبالتالي لا بُدَّ أن يكون رئيس الدولة الذي هو قدوة للأمة وقائد لها⁽²⁰⁾ في تمثل أحكام الدين الإسلامي مسلماً، بل متمسكاً بالإسلام عقيدة وسلوكاً، إضافة إلى أنَّ من واجب أفراد الأمة طاعة الخليفة عملاً بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم... " ⁽²¹⁾ وقد أوضح البيان الإلهي أنَّ شرط طاعة أولي الأمر أن يكونوا من المسلمين، ولمَّا كان للخليفة ولاية عامة على أفراد الأمة، لذلك وجب أن يكون من المسلمين؛ لأنه لا ولاية للكافر على المؤمنين وذلك لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً " ⁽²²⁾، ونوضح هنا إلى أنه من أسباب عزل الخليفة ارتداده عن الإسلام إلى الكفر.

ثانياً: العلم المؤدي إلى الاجتهاد:

يقضي منصب الخلافة ممن يقوم به " تصريف أمور الأمة على النهج القويم، وإجرائها على الصراط المستقيم، واستيفاء الحقوق، وإقامة الحدود والفصل في الخصومات بين الناس، وحفظ العقائد بإقامة الحجج، وحل الشبه، فإذا لم يكن الإمام عالماً مجتهداً مستقلاً بالفتوى في النوازل والوقائع فكيف يستطيع أن ينهض بمتطلبات منصب الخليفة " ⁽²³⁾.

وإن كان بعض علماء الحنفية لم يشترطوا القدرة على الاجتهاد في الإمام واكتفوا بأن يتمتع بعلم المُقلِّد⁽²⁴⁾.

(19) الرئيس، محمد ضياء الدين: "النظريات السياسية الإسلامية"، ط4، دار المعارف، القاهرة 1967، ص 177.

(20) الصبَّاحي، يحيى السيد: "النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 385.

(21) سورة النساء: الآية 59.

(22) سورة النساء: الآية 141.

(23) طعيمة، صابر: "الدولة والسلطة في الإسلام"، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2005، ص 71.

(24) طعيمة، صابر: المرجع نفسه، ص 71.

وقد عبّر الفراء عن هذا الشرط بقوله " أن يكون أفضلهم بالعلم والدين " (25).

ثالثاً: العدالة الجامعة لشروطها:

يعني هذا الشرط كما ذكرنا الورع، والأمانة، والتقوى، وخشية الله، وقد عرّفها بعض الفقهاء بأنها: "استواء أحوال المرء في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله، ويعتبر في العدالة شيئان: 1- الصلاح في الدين وهو نوعان؛ أحدهما: أداء الفرائض. والثاني: اجتناب المحارم بأن لا يأتي كبيرة ولا يدمن على صغيرة... 2- كما يعتبر من العدالة استعمال المروءة أي... فعل كل ما يجمّله ويزيّته عادة كالسخاء، وحسن الخلق، واجتناب ما يديّسه ويشينه عادةً في الأمور الدنيوية... (26).

وفي ذلك يقول الماوردي: "... العدالة وهي معتبرة في كل ولاية، والعدالة: أن يكون صادق للهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقفاً للمآثم بعيداً عن الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه فإذا تكاملت فيه فهي العدالة التي تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته " (27).

وعند الحنفية ليست العدالة شرطاً لصحة الولاية، وبالتالي يمكن أن يتقلدها الفاسق ولكن مع الكراهة، وإذا كان الإمام عدلاً ثم جار وفسق لا يُعزل ولكن يستحق العزل إن لم يُثر عزله الفتنة (28)، ولعلّ ما دفع أولئك الفقهاء إلى إقرار ولاية الفاسق هو دفع الفتنة بعد أن وصل إلى منصب الخلافة بعض الأشخاص عن طريق الغلبة ولذلك فقد اختاروا أخفّ الضررين.

رابعاً: الذكورة:

ذلك لأنّ طبيعة منصب الخلافة تتطلب اتخاذ قرارات حاسمة تتعلق بحياة الأمة وأفرادها، وتقوم على أساس تحكيم العقل وحده وليس العاطفة، وهو ما تفتقده كثير من النساء بسبب تغييبهن للاعتبارات العاطفية، إضافة إلى أنّ أعباء الخلافة وما تتضمنه من إمكانية خوض المعارك والحروب تتطلب وجود رجل في هذا المنصب، وقد استدلت القائلون باشتراط الذكورة في الإمام بقوله تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضّل الله بعضهم على بعض " (29)، فإذا أجزنا للمرأة تسلّم منصب الخلافة فإننا نفتح بذلك باباً لقوامة النساء على الرجال (30)، وليس ذلك انقصاصاً من شأن المرأة، إنما هو موضوع اختصاص وترجيح للصفات المطلوبة للمنصب، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم عدد من الأحاديث التي تنهى عن تولي النساء لمنصب الإمامة الكبرى، نذكر منها: عن أبي بكر رضي الله عنه قال: " لقد نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام الجمل بعد ما كدت

(25) الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 20.

(26) البهوتي، منصور بن يونس: "الروض المربع"، الجزء الثالث، مكتبة الرياض، 1390 هـ، ص 421.

(27) الماوردي: المرجع السابق، ص 66.

(28) الصبّاحي، يحيى السيد: المرجع السابق، ص 389.

(29) سورة النساء: الآية 24.

(30) طعيمة، صابر: المرجع نفسه، ص 54.

أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم، قال: لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (31).

خامساً: الحرية:

لا يجوز تولية العبد أو الرقيق منصب الخلافة لأنه لا ولاية له على نفسه، فمن باب أولى أن تتعدم ولايته على غيره، ولأنَّ " الرق لمَّا منع من قبول الشهادة كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية... " (32)، وإن كان في عصرنا قد زال الرق نهائياً.

سادساً: التكليف:

كما يشترط في المرشح لمنصب الخلافة أن يكون بالغاً لأنَّ " ... غير البالغ لا يجري عليه قلم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم، وكان أولى ألا يتعلق به على غيره حكم... " (33)، كما يشترط أن يتمتع بالعقل والإدراك.

سابعاً: الكفاية:

وتعني أن يكون الإمام شجاعاً، وذا رأي صائب، حيث قال ابن خلدون: " الكفاية هي أن يكون جريئاً على إقامة الحدود، واقتحام الحروب، بصيراً بها، كفيلاً بحمل الناس عليها، عارفاً بالعصبية وأحوال الدهاء، قوياً على معاناة السياسة، ليصبح له بذلك ما جعل إليه من حماية الدين، وجهاد العدو، وإقامة الأحكام وتدبير المصالح... " (34).

وقد ذكر الفراء أنَّ الإمام يجب أن يكون " قِيماً بأمر الحرب والسياسة وإقامة الحدود لا تلحقه رافة في ذلك والذبِّ عن الأمة " (35).

ثامناً: سلامة الحواس والأعضاء:

تفيد سلامة البصر والسمع والنطق فلا تتعدد إمامة الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس.

أمَّا سلامة الأعضاء فتعني سلامتها من النقص الذي يمنع من استيفاء الحركة وسرعة النهوض، فيشترط عدم فقد الخليفة اليدين أو الرجلين.

تاسعاً: القرشية:

(31) رواه البخاري(4425)، ورواه النسائي في السنن (227/8)، ويوب عليه النسائي بقوله: " النهي عن استعمال النساء في الحكم " .

(32) الماوردي: المرجع السابق، ص 65.

(33) الماوردي: المرجع نفسه، ص 65.

(34) ابن خلدون: المرجع السابق، ص 225.

(35) الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 20.

أي الانتماء إلى قبيلة قريش لأنه روي عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَنَّ هَذَا الْأَمْرَ فِي قُرَيْشٍ لَا يُعَادِيهِمْ أَحَدٌ إِلَّا كَبَّهُ اللَّهُ فِي النَّارِ عَلَى وَجْهِهِ مَا أَقَامُوا الدِّينَ " و " لَا يَزَالُ هَذَا الْأَمْرُ فِي قُرَيْشٍ مَا بَقِيَ مِنْهُمْ اثْنَانِ " (36).
ويذكر الفراء أَنَّ الشَّرْطَ الْأَوَّلَ مِنْ شُرُوطِ الْإِمَامَةِ " أَنْ يَكُونَ قُرَشِيًّا مِنَ الصَّمِيمِ وَهُوَ مَنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ قُرَيْشِ بْنِ النَّضْرِ دَلِيلَ بَنِي كِنَانَةَ " (37).

وهذا الشرط مختلف فيه ويضيق مجال البحث عن ذكر الآراء المؤيدة والآراء المعارضة لشرط النسب القرشي.
وإن كان الشيخ محمد أبو زهرة يرى أَنَّ شرط القرشية هو شرط أفضلية بمعنى أنه لو تحققت شروط الخلافة في شخص من قريش وتحققت نفس الشروط في شخص آخر غير قرشي، فالأفضل اختيار القرشي (38).

نلاحظ من خلال استعراض الشروط الواجب توافرها في الشخص المرشح للخلافة والتي تعد شروطاً لصحة عقد البيعة، دقة تلك الشروط وصرامتها، حيث تبدى ذلك من خلال ضرورة توافر أفضل الصفات في شخص المرشح لتولي منصب الخلافة، وذلك ليتمكن من النهوض بتحمل المسؤوليات التي تنتظره في قيادة الأمة والدفاع عن دينها، وتحقيق العدل بين الرعية، ومواجهة التحديات والتهديدات التي قد يتعرض لها المسلمون، وتعد تلك الشروط جامعة لمكارم الأخلاق والتمسك بالمبادئ إضافة إلى الكفاءة والتميز.

ولئن كانت تلك الشروط لم تتحقق في كثير من الخلفاء الذين تولوا الخلافة في أدوار الدولة الإسلامية التي تلت دور الخلافة الراشدة، فمرد ذلك إلى أَنَّ تلك الشروط من الصعب تحقيقها في شخص واحد ما لم يكن ذلك الشخص من المتميزين حقاً، وممن تشبّع بالإسلام عقيدةً وسلوكاً، إضافة إلى أَنَّ كثيراً ممن وليّ الخلافة في العصور التي تلت عصر الخلافة الراشدة قد تولّوها عن طريق الغلبة والقوة، ولم يتولّوها عن طريقها الشرعي المتمثل بعقد البيعة، فلم يكن له من الخلافة غير الاسم والمظاهر دون أن يتمسك بجوهرها.

المطلب الرابع: انعقاد الإمامة:

يقع على عاتق أهل الحل والعقد واجب الاجتماع والبحث عن أفضل من يتولى رئاسة الدولة، ممن تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر، ثم تعرض الخلافة عليه فإن رضي بها بايعوه، وبعد ذلك يُعرض الأمر على الأمة لأخذ موافقتها حتى تتم البيعة وتنتج آثارها، وتعد الصفات التي يجب أن يتمتع بها أهل الحل والعقد ضماناً لحسن اختيارهم وعدم تأثرهم بمؤثرات تجعلهم يخالفون الشروط المطلوبة فيمن يجب أن يتولى الخلافة أو يتجاوزون أحكام الشريعة الإسلامية.

(36) أخرجهما البخاري، الأول عن معاوية، والثاني عن ابن عمر، كتاب الأحكام، باب الأمراء من قريش ح 7139 و 7140.

(37) الفراء، أبو يعلى: المرجع نفسه، ص 20.

(38) الخطيب، زكريا عبد المنعم إبراهيم: "نظام الشورى في الإسلام ونظم الديمقراطية المعاصرة"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص

ونذكر هنا أنّ أهل الحل والعقد عندما يوازنون بين مرشحين للخلافة، توافرت فيهما الشروط المطلوبة، فإنهم يراعون أيضاً حاجة الأمة على ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمر بها الدولة، فإذا كانت الأمة في حالة حرب فإنهم يختارون الأقدر على خوض الحروب وقاتل الأعداء ممن تتوافر فيه شروط الخلافة، كما أنّ من الاعتبارات التي يأخذها أهل الحل والعقد بعين الاعتبار في ترشيحهم لشخص دون آخر لمنصب الخلافة إضافة لما تم ذكره سابقاً ضرورة أن يكون المرشح من الشخصيات التي يحبها أفراد الشعب ويتقنون بها حتى يتحقق التعاون بين الخليفة وباقي المسلمين وتتجح سياسته⁽³⁹⁾.

يقول الماوردي: " فإذا اجتمع أهل العقد والحل للاختيار، تصفحوا أحوال أهل الإمامة الموجودة فيهم شروطها، فقدموا للبيعة من هو أكثرهم فضلاً، وأكملهم شروطاً، ومن يسرع الناس إلى طاعته، ولا يتوقفون عن بيعته، فإذا تعين لهم من بين الجماعة من أدام الاجتهاد إلى اختياره، عرضوها عليه، فإن أجاب بايعوه عليها وانعقدت ببيعته له الإمامة، فلزم كافة الأمة الدخول في بيعته والانقياد لطاعته، وإن امتنع من الإمامة ولم يجب إليها لم يجبر عليها لأنها عقد مرضاة واختيار لا يدخله إكراه ولا إجبار... " (40).

وإن كانا نُخالف الماوردي فيما يقوله من لزوم دخول الأمة في بيعة من يبايعه أهل الحل والعقد ويعد هذا الموقف مؤيداً لآراء كثير من الفقهاء الذين يرون أنّ أساس انعقاد الخلافة هو بيعة العامة أي (بيعة الأمة) وليس بيعة الخاصة أي (بيعة أهل العقد والحل) ونذكر منهم ابن تيمية وحجة الإسلام الغزالي الذي يرى أنّ بيعة أهل الحل والعقد لا يترتب عليها تولي الشخص المبايع منصب الخلافة، واعتبرها مجرد ترشيح حيث قال في بيعة أبي بكر الصديق: " لو لم يبايع غير عمر وكافة الخلق مخالفين أو انقسموا انقساماً متكافئاً لا يتميز به غالب عن مغلوب لما انعقدت الإمامة... فإن المقصود الذي طلبنا له الإمام جمع شتات الآراء في مصطدم⁽⁴¹⁾ تعارض الأهواء، ولا تقوم الشوكة إلا بموافقة الأكثرين من معتبري كل زمان"⁽⁴²⁾.

ويقول الأستاذ المبارك: " يستخرج من الطريقة التي اختير فيها أبو بكر الخليفة الأول، ثم من الطريقة التي اختير فيها من بعده من الخلفاء الثلاثة المبادئ التالية: المبدأ الأول: اختيار جمهور أهل الحل والعقد وأصحاب الرأي في المجتمع لمن يروونه أهلاً لمنصب الخليفة وإمارة المؤمنين ومبايعتهم له... المبدأ الثاني: بيعة جمهور المسلمين للخليفة المرشح وقبولهم لخلافته واجتماع جمهرتهم عليه"⁽⁴³⁾.

(39) مصطفى، علي عبد القادر: "العقد السياسي"، ط1، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1995، ص 156 - 157.

(40) الماوردي: المرجع السابق، ص 7.

(41) - أي عندما تختلف الآراء تحت تأثير الهوى وحظوظ النفس.

(42) المبارك، محمد: "نظام الإسلام: الحكم والدولة"، ط1، دار الفكر ببيروت، 1395 هـ، ص 60 - 61.

(43) المبارك، محمد: المرجع السابق، ص 60 - 61.

ويؤكد الدكتور وهبة الزحيلي على هذه الحقيقة بقوله: " إنَّ اختيار الخليفة يتم أساساً ببيعة أكثر المسلمين العامة، بعد ترشيح أولي النظر والرأي وأهل الحل والعقد عملاً بمبدأ الشورى، قاعدة الحكم في الإسلام لقوله تعالى " وأمرهم شورى بينهم " (44).

ويتأيد ذلك بالسوابق التاريخية حيث يتضح من اختيار الخلفاء الراشدين أنَّ انعقاد الإمامة لا يكفي فيه مبايعة أهل العقد والحل، بل لا بُدَّ من مبايعة الأمة حتى ينتج عقد البيعة آثاره، فكما ذكرنا أنَّ الخليفة أبا بكر الصديق رضي الله عنه لم يكتفِ بمبايعة أهل الحل والعقد وهم الصحابة الذين حضروا اجتماع السقيفة، وإنما تمت مبايعته من قبل أفراد الأمة الإسلامية في اليوم التالي، حيث توافد الناس على أبي بكر رضي الله عنه في المسجد، يؤكدون له البيعة ويبايعونه على السمع والطاعة، وكذلك الأمر عندما بايع الصحابة الخليفة الرابع علي بن أبي طالب رضي الله عنه في المسجد تابعهم في البيعة من حضر من المسلمين (45)، حيث قال كرم الله وجهه: " إنَّ بيعتي لا تكون خفياً ولا تكون إلا عن رضا المسلمين " (46).

وهكذا بعد أن أوضحنا شروط عقد البيعة الواجب توافرها لانعقاد العقد أصبح من الضروري أن نوضح الآثار القانونية المترتبة على عقد البيعة وهذا ما سنعالجه في المطلب الثاني.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على عقد البيعة

يُرتب عقد البيعة حقوقاً والتزامات متبادلة تقع على عاتق طرفي العقد، وهما الخليفة من جهة والأمة من جهة أخرى.

ويؤكد الدكتور السنهوري على أنَّ عقد البيعة هو تصرف ذو أثر منشئ، وليس ذا أثر كاشف، بمعنى أنَّ عقد البيعة يمنح الولاية، أي أنه مكسب للسلطة، فالناخبون باختيارهم للخليفة إنما يمنحونه السلطة العامة (47). ويعتبر الإمام بموجب عقد البيعة وكليلاً أو نائباً عن الأمة في تحقيق المقاصد الشرعية المتمثلة في حماية الدين والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فالأمة قد منحت زمام السلطة لينهض بتحقيق تلك المقاصد، لكنه مهما

(44) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص 692.

(45) الضحيان، عبد الرحمن بن إبراهيم: "الإدارة والحكم في الإسلام"، الكتاب الأول، ط4، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 1998، ص 204.

(46) الحلو، ماجد راغب: المرجع السابق، ص 196؛ تاريخ الطبري 152/5_153، وكنز العمال 161/3، الحديث 2471.

(47) السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 143.

أوتي من القوة لا يستطيع بمفرده القيام بذلك، لذلك فقد أوجب الإسلام على المحكومين واجبات تعد حقوقاً للإمام، وأوجب على الإمام واجبات تعد حقوقاً للأمة⁽⁴⁸⁾.

المطلب الأول: واجبات الخليفة (وظائفه):

وتتمثل هذه الواجبات بنوعين من الواجبات: دينية وسياسية.

الفرع الأول: الوظائف الدينية:

1- حفظ الدين: وذلك بالمحافظة على أحكامه وحماية حدوده وإزالة كافة العوامل التي تؤدي إلى الشبهات في أذهان الناس، ويقول الماوردي في ذلك: " حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة فإن نجم مبتدع أو زاغ ذو شبهة عنه أوضح له الحجة ويبيّن له الصواب وأخذ بما يلزمه من الحدود والحقوق ليكون الدين محروساً من خلل والأمة ممنوعة من زلل "⁽⁴⁹⁾.

2- الجهاد في سبيل الله: أي قتال أعداء الإسلام ومناوئيه⁽⁵⁰⁾، والعمل على نشر الدعوة الإسلامية.

3- جباية الفيء والصدقات: والمقصود بالفيء والغنائم: الأموال التي يغنمها المسلمون من المشركين، أما الصدقات فهي الأموال الواجبة على المسلمين بأمر من الله عزّ وجل ونصّ القرآن أو الحديث كالزكاة، أو بموجب الاجتهاد كالضرائب التي تفرض على الأغنياء إذا خلا بيت المال واحتاجت الدولة لتجهيز الجيش وتغطية نفقات المصالح العامة⁽⁵¹⁾.

4- إقامة شعائر الدين: من صلاة كصلاة الجمعة والأعياد وصيام وحج وتعيين المؤذنين وصيانة المساجد، كما أنه يؤمّ الناس بالصلاة ويكفل سلامة طريق الحج ويبسر إقامة الحجيج.

الفرع الثاني: الوظائف السياسية:

أورد الماوردي ست وظائف وهي على سبيل المثال وليس الحصر:

1- " حماية البيضة (أي الوطن) والذبّ عن الحريم (الحريات) ليتصرّف الناس في المعاش وينتثروا في الأسفار آمنين عن تغرير بنفس أو مال "⁽⁵²⁾.

وتتمثل هذه الوظيفة في المحافظة على الأمن والنظام في الدولة، واتخاذ كل ما من شأنه تعزيز الأمن ومحاربة المعتدين.

(48) "ونرى إلى أن نظام الانتخاب المأخوذ به في النظام الديمقراطي يركز على الشروط والقيود المتعلقة بالناخب أكثر من الشروط والقيود المتعلقة بالحاكم، ف جاء بعدد من المبادئ منها: الاقتراع المقيد والاقتراع العام، وما يرتبط بها من شروط مثل شرط النصاب المالي وشرط التعليم، وشرط الجنسية، وشرط الجنس، وشرط السن، وشرط الأهلية العقلية والأدبية": للمزيد انظر؛ د- الخطيب، نعمان، مرجع سابق: ص 148 وما بعدها.

(49) الماوردي: المرجع السابق، ص 15؛ أيضاً: الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 27.

(50) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص 699؛ أيضاً: الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 27.

(51) الزحيلي، وهبة: المرجع نفسه، ص 700.

(52) الماوردي: المرجع السابق، ص 16.

2- " تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة حتى لا تظهر الأعداء بعزة ينتهكون فيها محرماً أو يسفكون فيها لمسلم أو معاهد دماً " (53).

ويتضمن هذا الواجب الدفاع عن حدود الدولة الإسلامية في مواجهة الأعداء وتجهيز الجيوش وتدريبها وتسليحها.

3- إقامة العدل بين الناس واتخاذ كل ما من شأنه رفع الظلم عن المظلومين وإعادة الحقوق لأصحابها وصيانة حدود الله من التعدي عليها، يقول الماوردي: " إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى من الانتهاك وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك "، و " تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين وقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم التصفية فلا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم " (54).

4- " تقدير العطايا وما يستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقتير، ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تأخير " (55).

ويُعدُّ هذا الواجب مُكْمَلًا لواجب جباية الفية والصدقات حيث إنه لا يكفي أن يقوم الإمام بجمع الأموال من الرعية بل يجب عليه أن يُنظِّم الطريقة التي سيتم إنفاقها فيها ويحافظ عليها ويحول دون إنفاقها في غير مواضعها أو الإسراف في إنفاقها.

5- اختيار الموظفين الذين يتمتعون بالكفاءة والأمانة وهما شرطان أساسيان لتولي الوظيفة العامة في الدولة الإسلامية لقوله تعالى " إنَّ خير من استأجرت القوي الأمين " (56)، وقد عبّر الماوردي عن ذلك بقوله: " استكفاء الأمناء وتقليد النصحاء فيما يفوضه إليهم من الأعمال ويكله إليهم من الأموال لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة، والأموال بالأمناء محفوظة " (57).

6- أن يشرف على تنفيذ السياسة العامة بنفسه وأن لا يكل ذلك للوزراء والمستشارين ليتصرفوا من تلقاء أنفسهم ودون إشرافه، وفي ذلك يقول الماوردي: " أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال، لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض تشاغلاً بلذة أو عبادة فقد يخون الأمين ويغش الناصح " (58).

ويعتبر الدكتور وهبة الزحيلي أنه من حق الخليفة اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير التي تؤدي إلى سعادة الأمة بشرطين: الأول: ألا يخالف فعله نصاً صريحاً ورد في الكتاب أو السنة أو أجمع عليه علماء المسلمين، والثاني: أن يتفق فعله مع روح الشريعة ومقاصدها العامة وفق ما بيّنه علماء أصول الفقه بالحفاظ على الأصول الكلية وتوابعها وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال (59).

(53) الماوردي: المرجع السابق، ص 16؛ أيضاً: الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 27.

(54) الماوردي: المرجع نفسه، ص 16.

(55) الماوردي: المرجع نفسه، ص 16.

(56) القصص - الآية 26.

(57) الماوردي: المرجع نفسه، ص 16.

(58) الماوردي: المرجع نفسه، ص 15؛ أيضاً: الفراء، أبو يعلى: المرجع السابق، ص 28.

(59) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص 701.

المطلب الثاني: حقوق الخليفة:

تُعدّ الواجبات سالفة الذكر التي تقع على عاتق الخليفة في ذات الوقت حقوقاً للأمة، فإن هو أدّأها على وجهها الصحيح فإنه وبموجب عقد البيعة التي تنظمه مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية المبينة في الكتاب والسنة تنشأ له حقوق على أفراد الأمة تتمثل في حق الطاعة وحق النصرة، إضافة إلى الحقوق المالية التي تترتب له كونه يشغل منصب الخليفة ويتفرغ لخدمة الأمة، وتُعدّ هذه الحقوق في ذات الوقت واجبات على الأمة تجاه الخليفة، وفيما يلي تفصيل لبعض هذه الحقوق.

الفرع الأول: حق الطاعة:

تُعدّ الطاعة شرطاً أساسياً لنجاح أية سلطة في قيادتها للجماعة، فبغيرها يحتاج كل أمر مهما كان بسيطاً إلى استخدام القوة الجبرية والوسائل القسرية، وهو ما يعيق نشاط السلطة، ولذلك فإنه إذا لم يكن للخليفة حق في طاعة أفراد الأمة الإسلامية له، فإنّ الدولة الإسلامية لن تستطيع أن تحقق أهدافها وستصبح عديمة الجدوى، وهذا ما عبّر عنه الخليفة الثاني عمر بن الخطّاب رضي الله عنه بقوله: " لا إسلام بلا جماعة، ولا جماعة بلا أمير، ولا أمير بلا طاعة " (60).

وتُعدّ طاعة وليّ الأمر بما يتفق مع الشريعة الإسلامية واجبة على كل مسلم، كما تُعدّ تأديتها من أعظم الفُرائض إلى الله عزّ وجلّ، وذلك لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردّوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خيرٌ وأحسنُ تأويلاً " (61). ويؤكد شيخ الإسلام ابن تيمية أنّ المقصود بأولي الأمر " أصحابه وذووه، وهم الذين يأمرون الناس، وذلك يشترك فيه أهل اليد والقدرة وأهل العلم والكلام، فلهذا كان أولو الأمر صنفين: العلماء والأمراء فإذا صلحوا صلح الناس وإذا فسدوا فسد الناس " (62).

وقد ورد في الحديث الشريف: " من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصا الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني ومن عصى أميري فقد عصاني " (63)، وكذلك قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: " اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبداً حبشي كان رأسه زبيبة " (64).

ولكنّ طاعة الخليفة ليست مطلقة بل يجب أن يكون الأمر الصادر عنه منسجماً مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإن أمر بمعصية فلا طاعة له، بل يجب نصحه وإرشاده، لإعادته إلى جادة الحق والصواب، ونذكر في ذلك قوله صلّى الله عليه وسلّم: " السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحبّ أو كره ما لم يؤمر بمعصية،

(60) الدميحي، عبد الله بن عمر بن سليمان: "الإمامة العظمى"، ط2، دار طيبة، الرياض، 1408 هـ، ص 375.

(61) سورة النساء: الآية 59.

(62) ابن تيمية الحرّاني، تقي الدين: "الحسبة"، ط1، تحقيق صلاح عزام، دار الشعب بالقاهرة، 1976م، ص 118.

(63) أخرجه مسلم، عن أبي هريرة، كتاب الإمارة باب وجوب طاعة الامراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، ح 1835.

(64) صحيح البخاري، عن أنس بن مالك، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، ح 7142.

فإنَّ أمرَ بمعصية فلا سمع ولا طاعة" (65)، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إنما الطاعة في المعروف" (66)، فلو أُجيزت الطاعة في المعصية لكان هناك تناقض في الإسلام، إذ لا يُعقل أن يُحرِّم الله تبارك وتعالى شيئاً ثُمَّ يأمر الناس باتباع الأُمراء إن هم أمروا بفعله،

وكما هو معلوم فإنَّ الطاعة تكون بقدر الاستطاعة.

ولكن تجب الإشارة هنا إلى أنه لا يجوز الخروج عن الطاعة بسبب أخطاء غير أساسية لا تصادم نصّاً قطعياً سواءً باجتهاد أو بغير اجتهاد حفاظاً على وحدة الأمة وعدم تمزيق كيانها أو تفريق كلمتها (67).

ويُعدُّ تقييد طاعة الخليفة بضرورة انسجامها مع أحكام الشريعة الإسلامية ضماناً أكيدة تحول دون سوء استعماله لسلطته وانحرافه بها وتحكيمه هواه ومصالحه الشخصية، ولقد أدرك الخلفاء الراشدون جوهر حق الطاعة وطالبوا أبناء الأمة الإسلامية أن يعينوهم على أن تكون الطاعة في حدود الشريعة بقول الخليفة الأول أبي بكر الصديق رضي الله عنه في خطبته الأولى بعد توليته: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم" (68).

الفرع الثاني: حق النصرة

حيث يقع على المسلمين واجب التعاون مع الإمام في كل ما يحقق التقدم والخير في كافة المجالات، وأن يجاهدوا بالمال والنفس، وأن يعينوه في تنفيذ القوانين والأحكام الشرعية والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأن يقدموا النصيحة له وأن يقوموا بتقديم الآراء والأفكار الجديدة التي تؤدي إلى النهضة والتقدم، يقول الله تبارك وتعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان" (69).

ويجد حق النصرة مُبرَّره بعظم المسؤولية الملقاة على كاهل الخليفة فهو منوط به أن يحمي الدين ويطبِّق الحدود ويقود الأمة في جهادها في سبيل الله، وبالتالي فإنَّ مخاطر كبيرة تطوف به في الداخل أو تأتيه من الخارج، وأعداء كُثر يحاولون النيل منه؛ لذلك على الأمة واجب نصرته والدفاع عنه ومنع الأعداء من الوصول إليه والوقوف إلى جانبه إذا حاول أحدهم منازعته على الخلافة أو إيذائه (70)، وفي ذلك يقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "من بايع إماماً فأعطاه صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر..." (71).

(65) صحيح البخاري، عن ابن عمر، الكتاب نفسه، والباب نفسه، ح 7144.

(66) صحيح البخاري، جزء من حديث علي بن أبي طالب، عن الكتاب ذاته، والباب ذاته، ح 7145.

(67) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص 704.

(68) سيرة ابن هشام، 1520/4، دار الفكر، بلا تاريخ.

(69) سورة المائدة: الآية 2.

(70) الدميجي، عبد الله بن عمر بن سليمان: المرجع السابق، ص 398.

(71) صحيح مسلم: حديث عبدالله بن عمرو بن العاص، كتاب الإمارة، باب الوفاء، بيعة الخليفة الأول فالأول، الحديث 1844.

ولذلك شرع قتال أهل البغي إذا بدؤوا بقتال الإمام العادل بدون مسوِّغ، وكذلك شرع حُدُّ الحرابة، إذ يقول الله تعالى: " إنما جزاء الذين يُحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يُقتلوا أو يُصلبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنْفَوْا من الأرض... " (72).

وقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية: " إذا طلبهم - أي المحاربين - السلطان أو نوابه لإقامة الحد بلا عدوان فامتنعوا عليه، فإنه يجب على المسلمين قتالهم باتفاق العلماء حتى يقدر عليهم كلهم " (73). إنَّ حق النصره إذا ما طُبِقَ حقَّ تطبيقه سيؤدي إلى الاستقرار السياسي والازدهار في كافة المجالات. ونشير أخيراً إلى أنَّه من واجب الأمة أن تُقدِّم النصح للإمام وأن تُذكره إذا نسي وتنبهه إذا غفل وتقومه إذا أخطأ، حيث قال في ذلك رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " الدين النصيحة. قلنا: لمن؟ قال: لله ولكتابه ورسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم " (74).

المطلب الثالث: حقوق الأمة على الخليفة:

إضافة إلى حق الأمة في أن يؤدي الخليفة المهام والواجبات المنوطة به التي أوضحناها عند الحديث عن واجبات الخليفة، فإنَّ للأمة على الخليفة بموجب عقد البيعة حقوقاً أخرى تنظمها أحكام الشريعة الإسلامية تتمثل في حقها في مراقبة أعمال الخليفة وتصرفاته، وحقها في عزله.

الفرع الأول: حق الأمة في مراقبة أعمال الخليفة وتصرفاته:

حيث يُعدُّ الحكم طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية مسؤولية وأمانة منوطة بعُنُقِ الحاكم؛ فهي ليست امتيازاً له، بل هي عبء ثقيل ووظيفة لا بُدَّ له من تأديتها على أكمل وجه، ولقد أدرك الخلفاء الراشدون ضخامة تلك المسؤولية، فبذلوا أقصى جهدهم في خدمة الأمة، وفي هذا يقول الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " والذي بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق لو أن جملاً هلك ضياعاً بشط الفرات خشيت أن يسأل الله عنه آل الخطاب " (يقصد بآل الخطاب نفسه) (75).

والخليفة ليس مسؤولاً فقط عن أعماله بل عن أعمال عماله وموظفيه وكل ذلك أمانة، إذ يقول الله تبارك وتعالى: " إنَّا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً " (76).

ونشير هنا إلى أنَّ أمانة الحكم تتضمن حقوقاً لله تعالى وحقوقاً للرعية.

(72) سورة المائدة: الآية 33.

(73) ابن تيمية الحرَّاني: "السياسة الشرعية"، ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1969، ص 85.

(74) صحيح مسلم: حديث تميم الرازي، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، ح 55.

(75) الطبري، أبو جعفر: "تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)"، الجزء الرابع، ط1، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار سويدان، بيروت 1962، ص 202-203.

(76) سورة الأحزاب: الآية 72.

فمن حق الأمة على من اختارته خليفة لينهض بحراسة دينها وتدبير شؤونها الدنيوية أن تتأكد من أنه يقوم بعمله على النحو المرضي، لأن الخليفة ما هو إلا نائب أو وكيل عن الأمة في تنفيذ شرع الله والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبالتالي فمن حق الأمة بل من واجبها أن تنبهه إن هو انحرف أو أخطأ.

وهذا طبعاً إضافة إلى رقابة القضاء على أعماله ورقابة أهل الحل والعقد الذين هم أهل الشورى أيضاً. لقد شجّع الخلفاء الراشدون أفراد الأمة على ممارسة هذا الحق؛ حيث روي أن عمر بن الخطاب (الخليفة الراشد الثاني) رضي الله عنه قال يوماً على المنبر: "يا معشر المسلمين: ماذا تقولون لو ملئت برأسي إلى الدنيا كذا (وميل رأسه) فقام إليه رجل فقال: أجل كنا نقول بالسيف كذا (وأشار إلى القطع) فقال عمر: إياي تعني؟ قال الرجل: إياك أعني بقولي، فقال عمر: رحمك الله، الحمد لله الذي جعل من رعيتي من إذا تعوجت قومي". يقول الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله في تعليقه على هذا الحق: "... إن تصرفات الخليفة ليست فوق مستوى النقد، فمن حق المسلمين توجيه الانتقاد إلى ما قد يقع فيه من أخطاء في تصريفه لشؤون المسلمين أو ما قد يحدث من زلات في ذلك، وذلك لأن الأمة رقيقة على الإمام فهي التي أعطته الثقة عندما بايعته، وهي التي تملك الحق في عزله إذا ثبت لها زوال صلاحيته للاستمرار في هذا المنصب الخطير... (77)".

ويؤكد ذلك الدكتور محمد ضياء الدين الرئيس بقوله: "فأما مسؤوليته أمام الأمة فلأنه تولى ولايته منها بالعقد الذي عقده له، فهي التي منحتة حق الحكم وأمدته بالسلطة وما هو إلا وكيل عنها، فلها الحق في أن تسأله عن عمله، والجهة التي لها إنشاء الحق لها حق سحبه إذا وجدت الأسباب لذلك، أي أن الأمة رقيقة على الإمام باستمرار بما هي ملزمة به من وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبما هو واجب لها من حق الشورى، وما هي مأمورة به من بذل النصيح، فضلاً عما لها من الحق بوصفها الطرف الأول في العقد، فإذا حاد عن الطريق السوي ولم يراع الأمانة، وإذا جار وظلم وبذل السيرة أو عطّل الحدود من أي وجه من الوجوه، وكذلك إذا فقد شرطاً من الشروط التي لا بد له أن تتوافر في ولايته، فإن الأمة قوامة عليه، ولها إما حق تقويمه أو حق عزله" (78).

ورقابة الأمة على الخلفاء مصدرها نصوص الشريعة الإسلامية، إذ يقول الله تبارك وتعالى في هذا الشأن: "كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله" (79).

فهو نص عام لجميع المسلمين يتضمن دعوة للمشاركة في تحمل مسؤولية وأعباء إدارة الدولة وتقديم النصيح والمشورة للحكام ومراقبتهم حتى لا يخالفوا أحكام الإسلام (80).

ويعزو الدكتور السنهوري ضرورة وجود رقابة على أعمال الخليفة إلى أن الخليفة يتمتع في حدود اختصاصه بسلطة تقديرية واسعة، وهذه "السلطة التقديرية يمكن أن تعطل مزايا الشورى إلا إذا كانت هذه الشورى يتبعها رقابة مستمرة، إنَّ الجزء الجذري المتمثل في خلع الخليفة في حالة إخلاله بواجباته له أهمية كبرى، ولكنه يتم بعد

(77) عبد الله، عبد الغني بسيوني: "النظم السياسية"، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، بدون ذكر تاريخ النشر، ص 353.

(78) الرئيس، محمد ضياء الدين: المرجع السابق، ص 294.

(79) سورة آل عمران: الآية 110.

(80) مصطفى، علي عبد القادر: المرجع السابق، ص 170.

وقوع الضرر الناتج عن العمل، فلا بُدَّ من وجود رقابة توقف الانحرافات لمنع حدوث الضرر الناتج عن وقوعها (81).

الفرع الثاني: حق الأمة في عزل الخليفة:

يقوم النظام السياسي الإسلامي على مبدأ المشروعية ويحافظ عليه، والخليفة عندما يباشر سلطاته المستمدة من عقد البيعة، إنما يمارسها ملتزماً بعدم مخالفة كتاب الله وسنة رسوله.

والطاعة المفروضة على المسلمين لأوامر الخليفة مشروطة بعدم مخالفة أوامر الخليفة للقرآن والسنة، أي عدم مخالفتها لمبدأ المشروعية؛ فإن أمر بمعصية كما أوضحنا فلا تجب طاعته، وعلى الأمة تنبيهه إلى مخالفته ليتراجع عن قراره فإن أصراً عليه، فإنَّ على الأمة عزله من منصبه (82).

كما أنَّ من حق الأمة عزل الخليفة إذا ما تغيَّر حاله تغيُّراً نتج عنه فقد واحد أو أكثر من شروط الأهلية المطلوبة عند إتمام عقد البيعة (83)، فإن ارتدَّ الخليفة عن الإسلام وجبَّ عزله. ويقول الدكتور ماجد راجب الطو: "ويكاد يتفق فقهاء المسلمين على وجوب عزل الحاكم الظالم المستبد إلا في حالة الضرورة التي يترتب فيها على العزل فتنة أو ضرر كبير، فإذا وصل الظلم أو الاستبداد إلى حدِّ الكفر وجب العزل ولو بالقوة والقتال، فالحاكم يُعزل بالكفر إجماعاً، فيجب على كل مسلم القيام بذلك" (84).

ويشير الفقهاء إلى أنه إذا فقد الخليفة عقله أو أحد حواسه التي تمنعه من القيام بمسؤولياته كالبصر فإنَّ ذلك يؤدي إلى سقوط ولايته (85).

وهناك أسباب أخرى تتيح للأمة عزل الخليفة وهي أسباب يضيق المجال عن ذكرها لأنَّ ما يهمنا هو أن نثبت مدى تمتع الأمة بهذا الحق في مواجهة الخليفة.

وهكذا بعد أن تحدثنا عن النظام القانوني لعقد البيعة والآثار المترتبة عليه نشير إلى أنَّ عقد البيعة ينتهي لعدة أسباب أجملها الدكتور السنهوري بقوله: "تنتهي الإمامة بأحد أسباب ثلاثة: الاعتزال والعزل والانعزال، وهي أسباب يقضي بها العقل، وتؤديها المشاهدة وخبر التاريخ اليقيني عند الأمم والشعوب، أو هي أسباب يقضي بها العقل لأنها مؤيدة بالمشاهدة والتاريخ القاطع وبدهي أنَّ الإمامة تنتهي بالموت، فالاعتزال عمل إرادي يرجع إلى الإمام، والعزل تفرضه الجماعة السياسية أو يفرضه متغلب على الإمام، والانعزال يقع في حالات العجز والكفر والأسر وهو يقع بقوة الشرع أي تلقائياً فور وقوع أسبابه" (86).

(81) السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 227.

(82) مصطفى، علي عبد القادر: المرجع السابق، ص 171.

(83) السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 245.

(84) الطو، ماجد راجب: المرجع السابق، ص 252.

(85) الماوريدي: المرجع نفسه، ص 17 - 18.

(86) السنهوري، عبد الرزاق: المرجع السابق، ص 427.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لا بد لنا أن نذكر أنه لئن كان فلاسفة العقد الاجتماعي قد حاولوا وضع حدود لسلطة الحكام مفترضين بأن أساس السلطة في المجتمع يقوم على وجود عقد اجتماعي، وأنه بموجب هذا الافتراض يحق للأفراد مقاومة طغيان الحكام إذا ما اعتدوا على حقوق الشعب وحرياته، أو خالفوا التزاماتهم العقدية، وأن أولئك الفلاسفة قد بنوا نظريتهم على أسس خيالية، يدحضها الواقع الذي يؤكد حقيقة أن العقد الذي تحدثوا عنه ما هو إلا محض افتراض لا يمكن تحديد وقت وقوعه ولا شروطه ولا عناصره، فإننا نجد أن النظام الدستوري الإسلامي قد أقام سلطة رئيس الدولة على أساس عقد فعلي وواقعي وليس مجرد افتراض نظري، فالبيعة عقد بكل معنى الكلمة تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية، وهي أحكام إذا ما طبقت أدت إلى ازدهار المجتمع وتقدمه في إطار من العدالة والحرية وصيانة الحقوق.

من خلال ما تقدم نخلص إلى عدة نتائج وتوصيات منها:

• النتائج:

1. أن السلطة في الدولة الإسلامية تبنى على أساس تعاقدية، فعقد البيعة هو الطريق الشرعي لتولي السلطة في الدولة الإسلامية.
2. أن عقد البيعة وهو عقد رضائي تحكمه ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية يتم بين الأمة من جهة والمرشح لشغل منصب الخليفة من جهة أخرى، وأنه يبطل بالإكراه.
3. يتم عقد البيعة بعد تأكد أهل الحل والعقد - الذين هم فئة من الأمة الإسلامية تتمتع بثقافة إسلامية عالية وعلم بأحكام الشريعة وتحظى بثقة أفراد الأمة - من توافر الشروط المطلوبة في المرشح وهي شروط شديدة الدقة ويعد توافرها في شخص ما دليل على كفاءته وعدالته وقدرته على قيادة الأمة وحماية دينها والسير بها نحو المستقبل بنجاح واقتدار.
4. بعد تأكد أهل الحل والعقد من أن المرشح للخلافة مستكمل للشروط المطلوبة فإنهم يبايعونه إذا لم يوجد من هو أفضل منه من المرشحين، ولكن هذه البيعة لا تخوله تسلم منصب الخلافة ما لم يحظ بمبايعة الأمة وهو ما يسمى بالبيعة العامة، فبيعة أهل الحل والعقد هي مجرد ترشيح له وذلك بحسب الراجح من قول الفقهاء.
5. عقد البيعة يرتب آثاراً في غاية الأهمية، فبموجبه يغدو المرشح للخلافة خليفة شرعياً وبالتالي يصبح واجب عليه القيام بالوظائف التي يفرضها عليه المنصب، والتي تجمل بحراسة الدين وسياسة الدنيا، ويترتب له بموجب عقد البيعة ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية حقوقاً على الأمة أهمها حق الطاعة وحق النصرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقد البيعة يرتب للأمة حق مراقبة أعمال الخليفة وتصرفاته، وبالتالي محاسبته وعزله، ويعد ذلك من أهم النتائج المترتبة على العلاقة التعاقدية بين الخليفة والأمة.

• التوصيات:

1. التأكيد على إبقاء الأساس التعاقدية ضمن شروط واضحة الدلالة، وأهمها أن يكون رئيس الدولة (الخليفة) مسلماً.

2. الحرص عند الاختيار على التأكد من شرط الكفاية لما يحويه من عناصر تتقدم على العناصر الأخرى، وتحقيق حق النصر وصولاً إلى الاستقرار السياسي، والحرص على اختيار الهيئات التي تقوم بالاختيار ممن هم أهل العلم والدراية والحرص على مصالح الأمة.
3. التأكد من شرط الرضائية لقيام الأساس التعاقدى لتولي السلطة بناءً عليه، والابتعاد قدر الإمكان عن التهاون في ذلك بالاستناد إلى آراء أو فتاوى لا أساس لها.
4. أن يلتزم الخليفة بالنصوص ولا يخالفها مهما كان مصدرها سواء الكتاب أو السنة أو الاجماع بما يتفق وروح الشريعة، وبالذات في حال وضوح النص وعدم قابليته للتأويل.
5. تفعيل رقابة القضاء بكل فروعها وتأكيد الضمانات على كل ما يتوصل إليه أهل الحل والعقد، وعلى جميع تصرفات وسلطات الخليفة لما يتمتع به من سلطة تقديرية، كونه ليس فوق النقد عند العامة من الناس.

قائمة المراجع

- *- القرآن الكريم.
- *- السنة النبوية.
- 1- ابن تيمية الحرّاني - تقيّ الدين: " الحسبة "، الطبعة الأولى، تحقيق صلاح عزّام، دار الشعب بالقاهرة، 1976م.
- 2- ابن تيمية الحرّاني - تقيّ الدين: " السياسة الشرعية "، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي ببيروت، 1969م.
- 3- ابن خلدون - عبد الرحمن بن محمد: " مُقَدِّمَة ابن خلدون "، الطبعة الخامسة، دراسة واعتناء أحمد الزعبي، دار الأرقم بن أبي الأرقم ببيروت، 2015م.
- 4- البخاري - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل: " الجامع الصحيح "، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، تصحيح ومراجعة محب الدين الخطيب - محمد فؤاد عبد الباقي - قصي محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية بالقاهرة، 1400هـ.
- 5- د. بوترعة - محمود: " رئيس الدولة في الإسلام (بين نصوص الشريعة وتراث الفقه) "، الطبعة الثالثة، دار المصطفى بدمشق، 2015م.
- 6- د. الجرف - طعيمة: " النظريات والنظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري "، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة بالقاهرة، 1962م.
- 7- د. حلمي - محمود: " المبادئ الدستورية العامة "، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1966م.
- 8- د. الحلو - ماجد راغب: " الدولة في ميزان الشريعة "، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2008م.
- 9- د. الخطيب - زكريا عبد المنعم إبراهيم: " نظام الشورى في الإسلام والنظم الديمقراطية المعاصرة "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1985م.
- 10- الدميحي - عبد الله بن عمر بن سليمان: " الإمامة العظمى "، الطبعة الثانية، دار طيبة بالرياض، 1408 هـ.
- 11- رضا - محمد رشيد: " تفسير القرآن الحكيم "، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت، 1973م.
- 12- د. الرئيس - محمد ضياء الدين: " النظريات السياسية الإسلامية "، الطبعة الرابعة، دار المعارف بمصر، 1967م.

- 13- د. الزحيلي - وهبة: " الفقه الإسلامي وأدلته "، الجزء السادس، الطبعة العاشرة، دار الفكر بدمشق، 2014م.
- 14- د. السنهوري - عبد الرزاق: " فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية "، رسالة دكتوراة باللغة الفرنسية، ترجمة ناديا عبد الرزاق السنهوري ود. توفيق محمد الشاوي، الهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة، 1989م.
- 15- د. الشاوي - توفيق: " فقه الشورى والاستشارة "، الطبعة الثانية، دار الوفاء بالمنصورة، 1992م.
- 16- د. الصبّاحي - يحيى السيد: " النظام الرئاسي الأمريكي والخلافة الإسلامية "، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1993م.
- 17- الضحيان - عبد الرحمن بن إبراهيم: " الإدارة والحكم في الإسلام "، الكتاب الأول، الطبعة الرابعة، مكتبة الملك فهد الوطنية بالمدينة المنورة، 1998م.
- 18- طعيمة - صابر: " الدولة والسلطة في الإسلام "، الطبعة الأولى، مكتبة مدبولي بالقاهرة، 2005م.
- 19- الطبري - أبو جعفر: تاريخ الأمم والملوك - تاريخ الطبري - الجزء الرابع - الطبعة الأولى - تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم - دار سويدان - بيروت - 1962.
- 20- د. عبد الله - عبد الغني بسيوني: " النظم السياسية "، الطبعة الأولى، الدار الجامعية بالإسكندرية، بدون ذكر تاريخ النشر.
- 21- د. العبودي - محسن: " رئيس الدولة في النظم المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1990م.
- 22- الفراء - أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي: " الأحكام السلطانية "، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ببيروت، 2000م.
- 23- الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد: " الأحكام السلطانية "، الطبعة الأولى، دار الفكر ببيروت، دون ذكر تاريخ النشر.
- 24- المبارك - محمد: "نظام الإسلام: الحكم والدولة "، الطبعة الأولى، دار الفكر ببيروت، 1395 هـ.
- 25- موسى - محمد يوسف: " نظام الحكم في الإسلام "، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي بالقاهرة، بدون تاريخ لسنة النشر.
- 26- د. مصطفى - علي عبد القادر: " العقد السياسي "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1995م.
- 27- نصّار - ناصيف: " منطق السلطة - مدخل إلى فلسفة الأمر "، الطبعة الأولى، دار الأمواج ببيروت، 1988م.
- 28- د. الخطيب، نعمان، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2017.

المسؤولية الجزائية عن تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19) Criminal Liability for Endangering Third Parties by Transmitting Coronavirus Infection (COVID-19)

عمار رجا عبيد الحنيفات *

الملخص

شغلَ ظهور فيروس (COVID-19) اهتمام الأوساط العالمية كافة لما له من آثارٍ خطيرةٍ على صحة الإنسان وحياته، وعلى المجتمع بشكلٍ عام. لذا طُرحت العديد من التساؤلات في مجال القانون الجزائي حول ماهية المسؤولية الجزائية، في حال تعريض الآخرين للخطر بنقل فيروس (COVID-19) إليهم، وما مدى تجريم المُصاب بفيروس كورونا ومُعاقبته حينما يقوم بنقل هذا الفيروس لغيره عن قصدٍ أو عن خطأ، وتحدثت تبعاً لذلك حالة وفاة أو إيذاء بسبب هذا الفيروس، وقد جاءت هذه الدراسة لبحث هذا الأمر. وحقيقةً إنَّ الوصول إلى وصفٍ جُرْمِيٍّ مُحدد قد يكون به صعوبة من نوعٍ ما، كما أنَّ البحث في القصد الجرمي يُثير إشكالياتٍ أخرى خاصةً بأنَّ هذا الفيروس لم يثبت بانه فيروس قاتل. ولذا فإنَّ التكييف الجرمي لنقل عدوى فيروس (COVID-19) ليس من اليسير الإجابة عنه، وذلك إذا كان التكييف سيتم بناءً على القواعد العامة في التجريم والعقاب.

الكلمات الدالة: فيروس كورونا، كوفيد-19، المسؤولية الجزائية.

Abstract

The emergence of COVID-19 has attracted the attention of all around the world because of its serious effects on human health and life, and on society in general. Therefore, many questions have been raised in the field of penal law about what is criminal liability, in the event of endangering third parties by transmitting covid-19 virus to it, and the extent to which the person infected with the coronavirus is criminalized and punished when he intentionally or accidentally transmits this virus to others, and accordingly speaks of death or abuse due to this virus, this study has come to examine this matter. The fact that access to a specific criminal description may be difficult of some kind, and the search for criminal intent raises other problems, especially since this virus has not been proven to be a deadly virus. Therefore, the criminal adaptation of the transmission of covid-19 virus infection is not easy to answer, if the adaptation will be based on the general rules of criminalization and punishment.

Keywords: Coronavirus, COVID-19, Criminal Liability

مقدمة

تتناول هذه الدراسة بالبحث والتحليل والتأصيل موضوع المسؤولية الجزائية عن تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (COVID-19) في التشريع الجزائي الأردني، ذلك أنه في ظلّ قصور النصوص التشريعية الواردة بقانون الصحة العامة لمعالجة الأمر، كان لا بُدّ من التعمق بالبحث في ضوء نصوص قانون العقوبات الأردني وبيان مدى انطباقها على الدراسة. وعلى ضوء انتشار جائحة كورونا في الأردن، تم إعلان حالة الطوارئ بموجب أحكام الدستور وبالنتيجة تفعيل العمل بقانون الدفاع رقم (13) لسنة (1992)، وهذا القانون يُعدّ قانوناً خاصاً يُعطي رئيس الوزراء صلاحيات استثنائية باتخاذ الإجراءات والتدابير كافة التي يراها ضرورية للحفاظ على الصحة والسلامة العامة في الدولة، ويمارس رئيس الوزراء هذه الصلاحيات من خلال أوامر دفاع خطية تخضع لرقابة القضاء الوطني عليها ولشروط مقررّة في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان(1)، وما ينبغي الإشارة إليه بأنّ ما أقدمت عليه الأردن من تقييد للحريات، وفرض إجراءات قسرية لمواجهة جائحة كورونا لا يُعتبر مخالفاً للاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ولا سيما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية(2)؛ لأنّ الاحتجاج بالصحة العامة كأساس لتقييد حقوق معينة بهدف منع المرض أو الإصابة أو توفير العناية للمريض، من المبادئ التي أقرت دولياً ضمن ما يُطلق عليه "مبادئ سيراكوزا SIRACUSA PRINCIPLES"، ووفقاً لهذه المبادئ يحقّ

(1) انظر دراسة تحليلية ونقدية للنصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة بالتعاطي مع حالة الطوارئ التي دفعت الدولة الأردنية للعمل بقانون الدفاع بالاستناد للمادة (124) من الدستور: د. ليث كمال نصرولين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة -، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020، ص 446. هذا وقد صدر قانون الدفاع رقم (13) لسنة (1992) بموجب المادة (124) من الدستور الأردني وتعديلاته لسنة 1952 التي جاء بنصها (إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ، فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تُعطي بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يُعيّنه القانون لاتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية؛ بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن ويكون قانون الدفاع نافذ المفعول عندما يعلن عن ذلك بإرادة ملكية تصدر بناءً على قرار من مجلس الوزراء). وقد صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء بإعلان العمل بقانون الدفاع رقم 13 لسنة 1992، في جميع أنحاء المملكة الأردنية الهاشمية، اعتباراً من تاريخ 17 آذار 2020. وتقرر بموجب أمر الدفاع رقم (2) الصادر استناداً لأحكام قانون الدفاع: 1. يحظر تنقل الأشخاص وتجوّلهم في جميع مناطق المملكة وذلك ابتداء من الساعة السابعة صباحاً من يوم السبت الموافق 2020/3/21 وحتى إشعار آخر. 2. تغلق جميع المحلات في مناطق المملكة كافة وسيتم الإعلان صباح يوم الثلاثاء الموافق 2020/3/24 عن أوقات محددة تسمح للمواطنين من قضاء حوائجهم الضرورية وبالألية التي ستعلن في حينه. 3. يستثنى من الحظر الأشخاص المصرح لهم من قبل رئيس الوزراء ووزير الدفاع الذين تقتضي طبيعة عملهم إدامة المرافق العامة. 4. أما فيما يتعلق بالحالات الطبية الطارئة فيتوجب على المواطنين إبلاغ الأمن العام/الدفاع المدني ليقوموا باتخاذ التدابير اللازمة لحماية صحتهم وسلامتهم حسب الأصول. 5. يعاقب كل من يخالف أحكام أمر الدفاع هذا والبلاغات الصادرة عن رئيس الوزراء ووزير الدفاع بمقتضاه، بالحبس الفوري مدة لا تزيد عن سنة. كما تقرر بموجب أمر الدفاع رقم (3) تاريخ 2020/3/25، ولاحقاً لأمر الدفاع رقم (2) تاريخ 2020/3/20، ما يلي: أولاً: يعاقب كل من يخالف أمر الدفاع رقم (2) لسنة 2020 بحظر تنقل الأشخاص وتجوّلهم في جميع مناطق المملكة، والبلاغات الصادرة بمقتضاه بالعقوبات التالية: 1. بغرامة لا تقل عن (100) دينار، ولا تزيد عن (500) دينار إذا كانت المخالفة لأول مرة، ولا تتم الملاحقة إذا قام المخالف بدفع الحد الأدنى من الغرامة خلال أسبوع من تاريخ وقوع المخالفة. 2. الحبس مدة لا تزيد عن سنة، أو بغرامة لا تقل عن (100) دينار، ولا تزيد عن (500) دينار، أو العقوبتين معا في حال التكرار. 3. تضبط المركبة المستخدمة أثناء حظر التجول مدة (30) يوماً. ثانياً: يعاقب كل من يقوم بفتح محله من المصرح لهم في غير الساعات المسموح بها، بغرامة لا تقل عن (1000) دينار، وبإغلاق محله لمدة (14) يوماً. ثالثاً: يعاقب كل من يقوم بفتح محله من غير المصرح لهم، بالحبس مدة لا تزيد عن (3) أشهر، أو بغرامة (3000) دينار، أو العقوبتين معا. (2) هذه الاتفاقية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (220) بتاريخ 1966/12/16 والسارية المفعول اعتباراً من تاريخ 1967/7/15، وتمت المصادقة عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية وهي منشورة على الصفحة 2227 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4764 بتاريخ 2006/6/15.

للدول اتخاذ تدابير بعدم التقيد بالتزاماتها وفقاً للمادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وذلك عند مواجهتها لحالة من حالات الخطر الاستثنائي الفعلي الذي يهدد حياة الإنسان.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة نظراً لخطورة فيروس كورونا على صحة الإنسان، وسرعة انتشاره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بين البشر، وانطلاقاً من ذلك فقد طُرحت العديد من التساؤلات في مجال القانون الجنائي، في حال نقل العدوى بمرض وبائي إلى الآخرين، وما مدى تجريم المُصاب بفيروس كورونا ومُعاقبته حينما يقوم بنقل هذا الفيروس لغيره عن قصدٍ أو عن خطأ، وتحديث تبعاً لذلك حالة وفاة أو إيذاء؟ وبيان مدى كفاية النصوص التجريبية الواردة بقانون الدفاع رقم (13) لسنة (1992) والأوامر الصادرة بمقتضاه في مواجهة نقل فيروس (COVID-19) للآخرين. كما تأتي أهمية هذه الدراسة لبيان موقف المشرع الجزائي تجاه المُصابين بفيروس كورونا، ومحاولة بعضهم التستر على إصابتهم بهذا الفيروس، أو قيام المُصاب بتعريض الآخرين لخطر الإصابة بهذا الفيروس، سواءً تعمّد هذا السلوك أو بطريق الخطأ.

أهداف الدراسة

لمّا كان فيروس (COVID-19)، هو مرضٌ مُعدٍ يُسببه فيروس جديد لم يُكتشف في البشر من قبل، ويُسبب هذا الفيروس الالتهاب الرئوي في مُعظم الحالات بالإضافة للوفاة بحالاتٍ أخرى (3). ولمّا كان فيروس كورونا الجديد ينتشر بشكلٍ أساسي عن طريق مخالطة شخصٍ مُصاب بالعدوى عندما يسعل أو يعطس، أو عن طريق القطرات أو اللعاب أو إفرازات الأنف، ولكون المسؤولية الجزائية عن نقل هذا الفيروس للآخرين غير واضحة لذا جاءت هذه الدراسة لبيان النصوص القانونية الواجبة التطبيق على من يقوم بنقل العدوى لغيره سواء كان ذلك بطريق القصد أو بطريق الخطأ، مع بيان القصور التشريعي في معالجة نقل العدوى. وبيان الأركان القانونية للجرائم المتعلقة بفيروس كورونا المستجد.

مُشكلة الدراسة وأسئلتها

تتجلى إشكالية هذه الدراسة في بيان ماهية المسؤولية الجزائية في التشريع الأردني، في حالة تعمّد الشخص - سواء كان يحمل الفيروس (COVID-19) أو لا يحمله- نقله إلى الآخرين. ولمّا كانت المسؤولية الجزائية لا تقتصر على النقل العمدي لفيروس (COVID-19)، إذ من الجائز أن تتم العدوى كذلك عن طريق الخطأ، كما إذا كان الشخص يعلم أنه مُصاب بالمرض ولا يتخذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لوقاية غيره من العدوى، جاءت هذه الدراسة لبيان كلا الأمرين. وسوف تكون أسئلة الدراسة مُركزة على بيان مدى المسؤولية الجزائية للمُصاب بفيروس

(3) فيروسات كورونا هي فصيلة فيروسات واسعة الانتشار يُعرف أنها تُسبب أمراضاً تتراوح من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشدّ حدةً، مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) ومتلازمة الالتهاب الرئوي الحاد الوخيم (السارس). وفيروس كورونا المستجد هو سلالة جديدة من الفيروس حيوانية المنشأ، أي أنها تنتقل بين الحيوانات والبشر. وقد خلصت التحريات المفصلة إلى أن فيروس كورونا المسبب لمرض سارس (SARS-CoV) قد انتقل من قِطط الزباد إلى البشر، وأن فيروس كورونا المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS-CoV) قد انتقل من الإبل إلى البشر. وهناك عدة أنواع معروفة من فيروسات كورونا تسري بين الحيوانات دون أن تصيب عدواها البشر حتى الآن. وتشمل علامات العدوى الشائعة: الأعراض التنفسية والحمى والسعال وضيق النفس وصعوبات التنفس. وفي الحالات الأشدّ وطأة قد تسبب العدوى الالتهاب الرئوي والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة والفشل الكلوي وحتى الوفاة. انظر الموقع الإلكتروني: <https://www.who.int/ar/health-topics/coronavirus>

كورونا المستجد حينما يُعرض غيره لعدوى هذا الفيروس؟، وكذلك بيان فيما إذا كانت النصوص الواردة بقانون الصحة العامة الأردني كافية لتحقيق الردع، وبيان مدى انطباق قانون منع الإرهاب على الحالات موضوع الدراسة، وبيان مدى كفاية النصوص التجريبية الواردة بقانون الدفاع رقم (13) لسنة (1992) والأوامر الصادرة بمقتضاه في مواجهة نقل الفيروس للآخرين، كما أنّ عدم وجود نصوص قانونية واضحة لتجريم نقل الفيروس للآخرين يؤدي إلى وجود تناقض في الاجتهادات القضائية، كما أنّ تنازع نصوص القانون وانطباق أكثر من نص قانوني علي الواقعة يؤدي إلى وجود مثل هذا التناقض في الاجتهادات القضائية.

منهج البحث المستخدم

نظراً لحداثة الموضوع وعدم وجود مراجع متخصصة سوف يتم استخدام المنهج الوصفي التحليلي . وذلك من خلال عرض النصوص القانونية التي تُجرّم الأفعال المتعلقة بنقل الفيروس في التشريع الأردني، وتحليلها والوقوف على مضمونها وبيان شروط انطباقها على هذه الأفعال، وبيان موقف القضاء - إن وجد- كما ستتخذ الدراسة من الكتابات السابقة بخصوص فيروس (HIV) المُسبب لمرض نقص المناعة المُكتسبة المعروف بمرض (الأيدز) مدخلاً، ومن المعروف بأنّ هذا المرض أطلق عليه طاعون الثمانينات حيث اكتشفت أعراضه منذ عام 1981 في الولايات المتحدة الأمريكية. مع الإشارة إلى أنّ الفيروس المُسبب لمرض الأيدز يُعدّ من الفيروسات القاتلة، وكلّ الحقائق العلمية تُشير إلى أنّ من يُصاب بمرض الأيدز نهايته الموت.

خطة البحث:

سوف يقسم هذا البحث إلى مبحثين وخاتمة، المبحث الأول يتناول المسؤولية الجزائية عن نقل فيروس (COVID-19) إلى الآخرين قصداً، والمبحث الثاني يتناول المسؤولية الجزائية عن نقل فيروس (COVID-19) إلى الآخرين بطريق الخطأ في القوانين الخاصة، أما الخاتمة فسوف تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

المسؤولية الجزائية عن نقل فيروس كورونا (COVID-19) للآخرين قصداً

نتيجة للعديد من الحالات التي أعلن عنها ومن ضمنها تعمّد بعض الأشخاص نقل المرض للآخرين، أثار ذلك موضوع تكييف هذا الفعل الصادر عن الشخص سواء كان مُصاباً بالمرض أم لا، جدلاً فقهيّاً لعدم وجود نصوص خاصة تُجرّم القيام بمثل هذا الفعل أو قصورها من ناحية أخرى. والجريمة بشكلٍ عام تقوم على ثلاثة أركان (وهي الركن القانوني "الشرعي" والركن المادي والركن المعنوي). والركن المادي للجريمة بشكلٍ عام فهو

يتمثل في (السلوك والنتيجة وعلاقة السببية)⁽⁴⁾، وبخصوص السلوك في نقل الفيروس إلى الآخرين في فعل نقل العدوى بفيروس (COVID-19) من الشخص المصاب إلى الشخص السليم. وبغض النظر عن كيفية نقل الفيروس، فالقانون لا يشترط وسيلة معينة، فمن الجائز أن يتم ذلك بأية طريقة من الطرق. أما عن الركن المعنوي حيث أنّ جريمة نقل فيروس (COVID-19) إلى الآخرين يشترط لوقوعها توافر القصد الجنائي من إرادة فعل نقل العدوى بالفيروس والنتيجة، وكذلك علم الجاني بكافة عناصر الجريمة. وعليه سوف نقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: تداخل نقل فيروس الأيدز (HIV) قصداً، مع فيروس (COVID-19).

المطلب الثاني: نقل المرض للآخرين بقصد قتلهم.

المطلب الثالث: تكييف الفعل بإعطاء مواد ضارة أفضت إلى موت إنسان.

المطلب الأول

تداخل نقل فيروس الأيدز (HIV) قصداً، مع فيروس (COVID-19)

ظهر عدد من الاتجاهات حول تحديد التكييف القانوني الذي يُمكن إعماله على الواقعة المُرتكبة بموضوع نقل فيروس الأيدز (HIV) قصداً، ويُمكن قياس ذلك على فيروس (COVID-19)⁽⁵⁾:

الاتجاه الأول: يذهب أنصاره إلى أنه يمكن إسباغ جنائية القتل العمد أو القتل بالسُّم على واقعة نقل الفيروس عمداً إلى الشخص السليم، إذا تم ارتكاب الفعل بهدف إزهاق روح المجني عليه، متى توافرت رابطة السببية بين سلوك المُتهم والوفاة (النتيجة). وهذا الرأي يُمكن تطبيقه في ضوء نصوص قانون العقوبات الأردني، مع توافر القصد الاحتمالي كما سنرى.

الاتجاه الثاني: ويذهب أنصاره بأنه إذا توافر قصد القتل لدى المُتهم عند إتيانه السلوك الذي يكون من شأنه نقل العدوى، غير أنّ الفيروس لم ينتقل إلى المجني عليه لسبب لا دخل لإرادة المُتهم فيه، توقفت مسؤوليته عند حد الشرع في القتل وفقاً لنصوص القانون. وتطبيقاً لذلك يُمكن إدانة شخص بالشرع في القتل عندما يُهدد بأنه مُصاب بالمرض، ويقوم مثلاً باللبصق على الأشخاص أو وضع لُعابه بقصد إصابة جمهور الناس بعدوى الفيروس، ولا

(4) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، عمان الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط6، 2017، ص101 وما بعدها؛ د. محمد الجبور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، وفق آخر التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات المعدل رقم 8 لسنة 2011، ط1، عمان الأردن، دار وائل للنشر، 2012، ص 61 وما بعدها؛ د. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006، ص 96 وما بعدها. وانظر أيضاً في عناصر الركن المادي والركن المعنوي: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، ص 369-588.

(5) انظر تفصيلاً حول هذا الموضوع: د. عبد الإله محمد النوايسة، الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الإيدز للغير قصداً - دراسة في التشريع الأردني والقانون المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد (31) عدد (2)، 2007.

يمكن للمتهم أن يدفع بالاستحالة أي استحالة أن يؤدي سلوكه إلى إصابة الآخرين بعدوى فيروس الأيدز، لأنه يكفي أن يعتقد المتهم بأن ما صدر منه ضروري لتحقيق النتيجة الإجرامية (نقل فيروس الأيدز) بغض النظر عن الظروف التي ارتكبت فيها الواقعة الإجرامية والتي أدت إلى عدم وقوع النتيجة. وهذا الرأي يُمكن تطبيقه أيضاً إذا ما ثبت بأن هذا الفيروس قاتل بحد ذاته. وتطبيقاً لذلك - قضت محكمة استئناف Indiana في الولايات المتحدة الأمريكية في قضيةٍ مشابهة ولكن كانت متعلقة بنقل فيروس الأيدز بإدانة شخص بالشروع في القتل عندما حاول الانتحار بقطع شرايين يده مُهدداً بأنه مصاب بالأيدز، وعندما حضر رجال الشرطة بدأ بالبصق عليهم وقذفهم بالدماء بقصد إصابتهم بعدوى الأيدز، وقد ردت المحكمة على دفاع المتهم الذي انصب على استحالة أن يؤدي سلوكه إلى إصابة الآخرين بعدوى فيروس الأيدز، بأنه يكفي أن يعتقد المتهم بأن ما صدر منه ضروري لتحقيق النتيجة الإجرامية "نقل فيروس الأيدز" بغض النظر عن الظروف التي ارتكبت فيها الواقعة الإجرامية التي أدت إلى عدم وقوع النتيجة⁽⁶⁾.

الاتجاه الثالث: يذهب هذا الاتجاه بأنه إذا كان قصد المتهم من نقل الفيروس مجرد الإيذاء دون القتل، ولم يترتب على فعله وفاة من انتقلت إليه العدوى؛ تحققت مسؤولية المتهم عن جُنحة الإيذاء العمدي المنصوص عليها في القانون، غير أنه إذا ترتب على نقل الفيروس وفاة المجني عليه، ولم يثبت توافر نية القتل لدى المتهم، ففي هذه الحالة تتوافر في حقه جريمة إعطاء مواد ضارة أفضت إلى الموت، طبقاً لنصوص القانون. وهذا الرأي من الممكن تطبيقه وفقاً لنصوص القانون الأردني⁽⁷⁾. لكن تبقى مسألة تداخل عوامل أخرى مع فعل الجاني، مما يجعل الأمر أكثر صعوبة إذا تعدد الأشخاص الذين نقلوا الفيروس إلى المجني عليه، كما إذا كان هناك أكثر من شخص اتصل به.

(6) مشار له في دراسة على الموقع الإلكتروني <https://www.youm7.com> بعنوان: المسؤولية الجنائية لنقل عدوى فيروس كورونا. انظر بخصوص الجريمة المستحيلة: د. نظام توفيق المجالي، الجريمة المستحيلة (دراسة حول مدى اعتبارها من نماذج الشروع المعاقب عليه قانوناً)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 23، العدد 2، 1999.

(7) عُرض على القضاء الجزائي الليبي واقعة تتمثل بقيام مجموعة من الأطباء والممرضين من العاملين بمستشفى الفاتح لطب وجراحة الأطفال في بنغازي بحقن ما يُقارب الأربعمائة طفل بأمصال ملوثة بفيروس نقص المناعة المكتسب (HIV). وذلك ما بين عامي 1998 و1999، وبعد التحقيق مع المتهمين تم إحالتهم إلى محكمة جنائيات بنغازي، وفي 2004/5/6 قضت المحكمة على المتهمين بجرم نشر وباء وذلك خلافاً لأحكام المادة 305 من قانون العقوبات التي تنص على (كل من سبب وقوع وباء بنشر الجراثيم الضارة يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة سنوات وإذا نتج عن الفعل موت شخص واحد تكون العقوبة السجن المؤبد، أما إذا مات أكثر من شخص فالعقوبة الإعدام). مشار له في: د. عبد الإله محمد النوايسة، الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الأيدز للغير قصداً - دراسة في التشريع الأردني والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 14 و15.

المطلب الثاني

نقل المرض للآخرين بقصد قتلهم

نصت المادة (326) من قانون العقوبات الأردني على أنه: "من قتل إنساناً قصداً عوقب بالأشغال عشرين سنة". ويُعرف القتل بأنه إزهاق روح إنسان آخر دون وجه حق، مع الإشارة إلى أنّ جريمة القتل هي من جرائم القالب الخُر، حيث إنّ المشرع لم يتطلب وسائل مُعيّنة لارتكابها(8)، مع الإشارة إلى أنّ الوسيلة التي يستخدمها الجاني في ارتكاب جريمته يكون لها دور في استظهار نية القتل لديه.

وعليه فإنّ من يقوم بنقل العدوى للآخرين بقصد قتلهم يُمكن مُساءلته وفقاً لنصوص القانون بالقتل إذا حصلت الوفاة دون اعتداد بوقت حصول الوفاة، لأنّ الفاصل الزمني بين الفعل والنتيجة في جريمة القتل لا يؤثر على قيام الجريمة أو مسؤولية مرتكبها متى قام الدليل على توافر رابطة السببية بين الفعل والنتيجة (الوفاة)(9). كما أنه يمكن تصور الشروع بهذه الحالة بحيث إذا توافرت نية القتل لدى الجاني ولم تحصل النتيجة لأسباب خارجة عن إرادته فيمكن مُساءلته عن الشروع بالجريمة. ولكن قد تنثور هنا الإشكالية بصلاحيّة الوسيلة لإحداث القتل، لأنّه لغاية الآن لم يثبت بأنّ نقل العدوى من شأنه إحداث الوفاة عاجلاً أو آجلاً كما في نقل العدوى بمرض الأيدز الذي تعتبر به الوفاة مُحتمّة الوقوع مهما طال من زمن لكون أنّ العلم لغاية هذا التاريخ لم يتوصل لعلاج له.

ولكن هنا لا يمنع من تطبيق نصوص القتل إذا حصلت الوفاة وثبت بأنّ الشخص المصاب كان قاصداً قتل الشخص الآخر، وسنّدي بذلك أنّ الفقه والقضاء الأردني مُستقرين على أنّ القصد الجرمي بالقتل كما يكون بصورة القصد المُباشر قد يتحقق بصورة القصد الاحتمالي الوارد بالمادة (64) من قانون العقوبات التي نصت على: (تُعدّ الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجُرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقّع حصولها فقبل بالمخاطرة، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مُراعاة القوانين والأنظمة). فمن يحمل المرض وأتى بفعل بقصد تحقيق غرض مُعين وتوقع أن يترتب على هذا الفعل إصابة الآخرين بالمرض فلم يرفُض النتيجة ولم يُحاول تجنبها، وإنّما استوى لديه حدوث هذه النتيجة وعدم حدوثها فإنّ فعله يدخل في دائرة القصد الاحتمالي. وعليه فإنّ من يعلم بأنّه مُصاب بالمرض وقام بفعل مع توقعه إصابة الآخرين بالمرض فلم يرفُض النتيجة ولم يسعَ لعدم حدوثها فإنّه يُسأل عن القتل، ومن ذلك من يُخالط الآخرين مع علمه بخطورة المرض. والقصد الاحتمالي حسب ما ذهب إليه الفقه وقضاء محكمة التمييز بأنّه نية ثانوية غير مؤكدة تختلجُ بها نفس الجاني الذي يتوقع أن يتعدّى فعله الغرض المنوي عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوّه من قبل أصلاً وأنّ يتعدّى فعله إلى الأمر الإجرامي الآخر الذي وقع فعلاً ولم يكن مقصوداً له في الأصل(10).

(8) د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، ط 1982، ص 212.

(9) د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، مكتبة دار الثقافة، ط 2، 1991، ص 22؛ د. محمد الجبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني "دراسة مقارنة"، دائرة المكتبة الوطنية، ط 1، 2000، ص 17 وما بعدها.

(10) معتز حمدالله أبو سويلم، المسؤولية الجزائية عن الجرائم المحتملة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 45 وما بعدها.

ونتساءل هنا لو كان الشخص يعلم بأنه مصاب بفيروس كورونا، وقام بنقل العدوى لأهل بيته وتباطأ بإبلاغ الجهات المختصة بحيث تفاقمت الحالة وعندما تم نقل أهل بيته للمستشفى بعد ذلك توفي أبناء له، وبعد إحالته للمحكمة المختصة دفع بأن الإجراءات الصحية المتبعة في المستشفى كانت غير ملائمة بحيث أدت إلى الوفاة، فهل له أن يدفع بانقطاع علاقة السببية بين فعله والنتيجة؟ ويُجيب عن ذلك بأنه لا يُعقل أو لا يكون مقبولاً القول بأن عدم تلقي العلاج اللازم اللاحق على الفعل الجرمي يُشكل سبباً مضافاً للفعل الجرمي إذا كان المتهم نفسه هو من تباطأ بإسعاف الشخص المصاب ولم ينقله إلى المستشفى، وبالتالي تكون أفعال الشخص هي التي تؤدي وحدها لإحداث الوفاة وأن الإسعاف غير الملائم لا يُعتبر سبباً مضافاً لإحداث الوفاة.

المطلب الثالث

تكيف الفعل بإعطاء مواد ضارة أفضت إلى موت إنسان

نصت المادة 330 من قانون العقوبات الأردني على (... من ضرب أو جرح أحداً بأداة ليس من شأنها أن تقضي إلى الموت أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلاً قط، ولكن المعتدى عليه توفي متأثراً مما وقع عليه، عوقب الفاعل....). وتعتبر جريمة إعطاء مواد ضارة أفضت إلى الموت من الجرائم مُتعدية أو متجاوزة القصد (11)، وهي تقوم على ذات الأركان العامة التي تقوم عليها جريمة الإيذاء مضافاً إليها وفاة المجني عليه، وعلى الرغم من أن هذه الجريمة تشبه جريمة القتل المقصود من حيث النتيجة إلا أنها تتميز عنها من حيث ركنها المعنوي حيث ينعدم فيها قصد القتل. وعليه فهل يُشكل نقل عدوى المرض إلى الآخرين بقصد الإيذاء إذا نتج عن ذلك وفاة المجني عليه جريمة إعطاء مواد ضارة أفضت إلى الموت؟

وللإجابة عن هذا التساؤل فإنه يُشترط ابتداءً أن يتم نقل المرض للآخرين بقصد الإيذاء، ورغم ذلك تحدث الوفاة التي لا يُريدها الجاني ولو على صورة القصد الاحتمالي، وإن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب أيضاً معرفة إذا كان فيروس (COVID-19) ، المُسبب للمرض من الممكن اعتباره من قبيل المواد الضارة أو لا. ويمكن القول

(11) يذهب بعض الباحثين إلى استخدام مصطلح (الجريمة ذات النتيجة المتعدية)، على اعتبار أن النتيجة في هذه الجريمة هي التي تتعدى لأن القصد لا يتعدى، فالجاني إما أن يقصد ارتكاب الجريمة وتكون جريمته عمدية، أو ترتكب بخطأ من الجاني، فالجاني تتجه إرادته إلى ارتكاب الجريمة البسيطة ولكن النتيجة تتعدى فتحدث نتيجة أشد لم يقصدها الجاني أصلاً وقد لا يتوقعها. انظر تفصيلاً حول هذا الموضوع: د. منيف حواس الشمري، الجريمة ذات النتيجة المتعدية - النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2016، ص 15. انظر أيضاً حول تحديد الطبيعة القانونية للجريمة ذات النتيجة المتعدية: د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، 1972، ص 359؛ د عبد العظيم مرسي وزير، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1991، ص 126 وما بعدها؛ د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1988، ص 28؛ د. أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص 20 وما بعدها؛ د. محمد نواف الفواعرة، قرينة الإدانة في التشريعات الجزائية، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 9، 2012، ص 375؛ د. عمار رجا الحنيفات، ضوابط وأحكام المحاكمة العادلة وفقاً للمعايير الدولية والتشريع الجزائي الأردني، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، 2018، ص 29؛ د. عمار رجا الحنيفات، قرينة الإدانة وأثرها على حق المتهم في محاكمة عادلة في القانون والقضاء الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التربوية، المجلة التربوية الأردنية، المجلد الرابع، العدد الخاص، 2019، ص 342-367.

بأن المواد الضارة هي كل مادة من شأنها أن تُحدث خللاً في وظيفة أعضاء الجسم سواء أدى ذلك الى إيلاج المجني عليه أو لا، وبما أن الفيروسات تؤدي إلى خلل في وظائف أعضاء الجسم وأجهزتها فإنها تعتبر من المواد الضارة، فالقانون لم يتطلب أن تكون المادة جسماً متحيزاً قابلاً للوزن ما دام أن المُسلم به أن الميكروبات والفيروسات شيء مادي يحوزه المصاب وبإمكانه نقله لغيره(12). وبخصوص فيروس (COVID-19)، فقد أثبتت الدراسات المتعلقة بهذا المرض والتقارير الصادرة عن منظمة الصحة العالمية بأنه يُهاجم الرئتين ويقوم بتدميرها ومن الممكن أن تنتج الوفاة. وحقيقةً يُمكن تطبيق هذا النص. ولكن نتساءل أيضاً عن المقصود بعبارة " إعطاء مواد ضارة الواردة بالنص"؟

تُشير بعض الدراسات إلى أن مفهوم فعل الإيعاء لا يُقصد به كظاهر لفظه مناوله الجاني المادة الضارة للمجني عليه، وإنما يُقصد به اتصال المادة الضارة بماديات جسم المجني عليه بغض النظر عن كيفية هذا الاتصال، أي أن للإيعاء مفهومًا موسعاً وهو كل فعل يتمكن الجاني بمقتضاه من إيصال المادة الضارة لجسم المجني عليه ودون أهمية للوسيلة التي تناول المجني عليه بها المادة الضارة متى كان ذلك راجعاً إلى سبب من فعل الجاني، وبالتالي يُمكن أن يتحقق الإيعاء بالملامسة، أو بطريقة غير مباشرة كاستخدام حامل الفيروس أدوات المجني عليه، أو مشاركته المأكول والمشرب(13).

من خلال ما تقدم أجد بأن جميع نصوص القانون التي تم تناولها بهذا المبحث يمكن تطبيقها في حال نقل العدوى للآخرين. ووفقاً لظروف كل قضية على حدة، وعلى ضوء البحث بأركان كل واقعة بشكل مستقل. وقد يتساءل بعضهم كيف من الممكن تطبيق نصوص القانون أعلاه على أية واقعة؟ وأقول بأنه قد تجتمع عدة أوصاف بالفعل وبذلك تُطبق نص المادة (57) من قانون العقوبات التي جاءت تحت بند اجتماع الجرائم المعنوي بحيث إذا كان للفعل عدة أوصاف ذكرت جميعها في الحكم، وعلى المحكمة أن تحكم بالعقوبة الأشد. كما أنه قد توجه تهمة الشروع بالقتل لمن يقوم بنقل المرض للآخرين قاصداً من ذلك قتلهم، وأن يتم محاكمته بهذا الوصف، فإذا حدثت

(12) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، 2010، ص758؛ وقضت محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية بقرارها رقم 2013/665 تاريخ 2013/5/29 منشورات مركز عدالة: (جرى اجتهاد محكمة التمييز على الأخذ بمبدأ السببية في القصد الجرمي باتجاه " تعادل الأسباب" بمعنى وجوب أن يكون هناك رابطة سببية بين فعل الجاني وبين الأسباب والعوامل الأخرى التي يجهلها الفاعل التي أدت إلى الوفاة ولا يسأل عن هذه النتيجة متى كان من المؤكد أنها ستحدث حتى لو لم يقع الاعتداء..). كما قضت بقرارها رقم 2008/677 (هيئة عامة) تاريخ 2008/7/6 منشورات مركز عدالة: (1). تتجه نية الفاعل في القتل القصد الى إزهاق روح المجني عليه (في حالة القصد المباشر)، أو أن النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل تجاوزت قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة (في حالة القصد الاحتمالي)2. بينما في حالة التسبب بالوفاة فإن الوفاة تنجم عن الإهمال وقلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة.3. تتجه نية الفاعل في الضرب المفضي إلى الموت إلى ضرب المجني عليه أو جرحه أو المساس بجسمه لكنه لا يقصد من ذلك قتلاً قط، ومع ذلك يفرض الضرب أو المساس بجسم المجني عليه إلى وفاته). كما قضت بقرارها رقم 2004/231 تاريخ 2004/4/7 (يستفاد من أحكام المادة 330 عقوبات أنه يشترط لتوافر جريمة الضرب المفضي إلى موت الشروط التالية:1- الفعل المادي المتمثل بالضرب أو الجرح بأداة أو إعطاء المواد الضارة. 2- أن يكون الضرب بأداة ليس من شأنها أن تقضي إلى الموت.3- ألا يقصد الفاعل القتل.4- أن يكون سبب الموت فعل المتهم وأن تكون الوفاة قد حصلت عن الفعل الجرمي نفسه مرتبطاً ارتباطاً السبب بالمسبب).

(13) دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://elsada.net/>

بعد ذلك الوفاة نتيجة للإصابة بالمرض فليس ثمة ما يمنع من ملاحقة الفاعل من جديد وفقاً للوصف الأشد، وهو ما نصت عليه المادة (58) من قانون العقوبات بقولها: (1. لا يلاحق الفعل الواحد إلا مرة واحدة. 2. على أنه إذا تفاقمت نتائج الفعل الجرمية بعد الملاحقة الأولى فأصبح قابلاً لوصفٍ أشد لوحق بهذا الوصف، وأوقعت العقوبة الأشد دون سواها فإذا كانت العقوبة المقضي بها سابقاً قد نُفِذت أسقطت من العقوبة الجديدة).

المبحث الثاني

المسؤولية الجزائية عن نقل الفيروس للآخرين بطريق الخطأ وفي التشريعات الخاصة

سوف نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية عن نقل الفيروس إلى الآخرين بطريق الخطأ.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية عن نقل الفيروس إلى الآخرين في التشريعات الخاصة.

المطلب الثالث: التجريم الخاص في حال تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19)، وحكم القوانين مُحددة المُدة.

المطلب الأول

المسؤولية الجزائية عن نقل الفيروس للآخرين بطريق الخطأ

يُعتبر النقل غير العمدي للفيروس هو الأكثر شيوعاً في مجال العدوى، إذ يكفي أن نُشير إلى حالة الشخص الذي يعلم بأنه مُصاب بالفيروس ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية غيره من انتقال العدوى، وقد يكون هذا المَعديّ هو زوج المُصاب الذي لا يعلم بحالته، أو المريض الذي يتردد على عيادة طبيبٍ ما، وينتقل إليه الفيروس من هذا الطبيب الذي يحمل هذا الفيروس أو من المُمرضة، أو قد يتم النقل بسبب استعمال أدوات الجراحة غير المُعقمة، أو تكرار استعمال أدوات جراحية لأكثر من مريض، كما قد ينتقل الفيروس بطرقٍ أخرى. ونتيجة لذلك، إذا ترتب على نقل العدوى إلى الآخر عن طريق الخطأ وفاة المجني عليه فإنّ الجاني يُسأل عن جُنحة التسبب بالوفاة، وأنّ الجاني الذي نقل العدوى بطريق الخطأ لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته الجزائية عن القتل الخطأ بحُجة أنه لا يعلم أنه مُصاب، إذا كان عدم علمه بحقيقة مرضه راجعاً إلى خطأ شخصي من جانبه، ومثال ذلك الشخص الذي يُشاهد علامات المرض تظهر على جسمه، ويكون هناك من الوقائع ما يؤكد إمكانية تعرضه للعدوى، ورغم ذلك فإنه يتصل بالآخرين دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع نقل الفيروس.

لكن هنا نُبدي ملاحظةً مهمة وهي أنّ هذا الفيروس أصبح معروفاً من الناحية العلمية بأنه ينتقل عن طريق المُخالطة وطرق أخرى، وبالتالي قد تتور الإشكاليات بخصوص القصد والخطأ خاصة أنّ الخطأ الواعي يُثير العديد من الإشكاليات ويتداخل مع القصد الاحتمالي وفقاً للاتجاهات الحديثة الباحثة بنظرية الخطأ. فمن المعروف بأنّ الإنسان لا يُسأل سواءً أكان فاعلاً أم شريكاً أم مُحرضاً، إلا إذا ارتكب ماديات الجريمة المتمثلة بالفعل أو السلوك الإجرامي الذي يؤدي إلى حصول نتيجة جرمية مع توافر القصد الجرمي المتمثل باتجاه إرادة هذا الإنسان ونيته إلى تحقيق ماديات الجريمة حتى يُسأل من الناحية الجزائية. أمّا في الخطأ غير العمدي فيكون الفاعل قد أراد الفعل المُكون للجريمة، إلا أنّه لم يُرد النتيجة الجرمية، وقد يكون الخطأ مع عدم التوقع (الخطأ غير الواعي)، أو يكون الخطأ مع التوقع (الخطأ الواعي) ويقترّب الأخير من القصد الاحتمالي فالجاني يُريد الفعل ويتوقع النتيجة ومع ذلك لا يُريدها ولا يقبلها. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية: " إنّ ما يُميز جرائم القتل القصد والتسبب بالوفاة عن بعضها أنّ نية الفاعل تتجه في جرائم القتل القصد إلى إزهاق روح المجني عليه في حالة القصد المباشر، أو النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل تجاوزت قصد الفاعل إذا كان قد توقّع حصولها فقبل بالمُخاطرة في حالة القصد الاحتمالي، في حين أنّ الوفاة الناتجة عن التسبب بالوفاة تتجُم عن الإهمال وقلة الاحتراز وعدم مُراعاة القوانين والأنظمة كما يتبين من استقراء نصوص المواد (326 و327 و328 و64) من قانون العقوبات الباحثة في الجرائم الواقعة على حياة الإنسان.."(14).

بالتأسيس على ما تقدم إذا توافر الخطأ فهنا يُمكن تطبيق المادتين (343 و344) من قانون العقوبات حيث نصّت المادة (343) على: (من سبّب موت أحد عن إهمال، أو قلة احتراز، أو عن عدم مُراعاة القوانين والأنظمة عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات). كما نصّت المادة (344) على: (إذا لم ينجم عن خطأ المُشتكى عليه إلاّ إيذاء كالذي نصت عليه المادة (333) عوقب بالحبس من شهر إلى سنة أو بالغرامة من ثلاثين ديناراً إلى مائة دينار، وإذا كان الإيذاء كالذي نصت عليه المادة (335) عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين أو بغرامة من خمسين ديناراً إلى مائتي دينار، ويعاقب كل إيذاء آخر غير مقصود، بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً).

وبتحليل نص المادة (343) من قانون العقوبات فإنّ جريمة التسبب بالوفاة تقوم على ثلاثة أركان هي:

أولاً: الرُكن المادي للجريمة: حيث إنّ الركن المادي للقتل الخطأ يتكون من ثلاثة عناصر هي:

1. فعل الاعتداء على الحياة، ويتمثل بإتيان الجاني نشاطاً يُمثل اعتداءً على حياة المجني عليه. أي قيامه بفعل أو امتناعه عن القيام بفعل أدى الى الموت، إذ يُمكن أن يقع القتل الخطأ بارتكاب فعل إيجابي أو باتخاذ موقف سلبي (الامتناع عن القيام بعمل) وبأية وسيلة كانت، ومنها نقل فيروس كورونا بأية طريقة أو وسيلة. وبقياس

(14) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (2016/2320) تاريخ (2016/12/14)، منشورات مركز عدالة.

ذلك على فيروس كورونا حيث يتمثل فعل الاعتداء على الحياة، مثلاً بعدم التزام المُصاب بفيروس كورونا بالإجراءات المتبعة وقائياً التي أصدرتها وزارة الصحة وعدم الالتزام بقانون الدفاع والأوامر الصادرة بموجبه (15).

2. النتيجة الإجرامية: هي إصابة الآخرين بالفيروس مما أدى إلى وفاتهم، أي النتيجة هي الوفاة.

3. العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الاجرامية: وهنا يجب أن تكون هناك علاقة بين فعل الاعتداء على الحياة وبين النتيجة وهي إحداث الوفاة، أي عدم التزام المُصاب بفيروس كورونا بإجراءات الحجر والتعليمات بالامتناع عن مخالطة الناس ووقعت العدوى وأدت إلى وفاة الآخرين.

ثانياً: محل الجريمة: حيث إنّ الجريمة هذه لا تقع إلا على إنسان، ويجب أن يكون الإنسان على قيد الحياة، فهي لا تقع على شخصٍ (ميت). أي ألا تُنقل العدوى من المصاب بفيروس كورونا إلى شخص قد فارق الحياة. إذ يجب أن يكون على قيد الحياة.

ثالثاً: الركن المعنوي:

وهو يتمثل بأن يقع خطأ من الفاعل فإن لم يكن هناك خطأ فلا توجد مسؤولية جزائية، ومثال ذلك عدم التزام المصاب بفيروس كورونا بإجراءات الوقاية ومخالطة الناس، وعدم مراعاة القوانين والانظمة والأوامر الصادرة بموجب قانون الدفاع بحيث أدت أفعاله إلى نقل العدوى إلى الآخرين مما أدى ذلك إلى الوفاة (16).

وبالرجوع لأحكام القضاء الأردني بهذا الخصوص، حيث أقرّ القضاء الأردني المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص (إحدى المستشفيات الخاصة) عن نقل فيروس كورونا المُعدي إلى الآخرين والتسبب بالوفاة، حيث ظهر هذا الفيروس المُعدي قبل حوالي سبع سنوات تحت اسم مُتلازمة الشرق الأوسط التنفسية، حيث صدر عن محكمة بداية الزرقاء بصفتها الجزائية في عام 2016 حُكم قطعي يقضي بإدانة المُستشفى عن جريمة التسبب بالوفاة بالخطأ والحكم عليها بالغرامة خلافاً لنص المادة (343) من قانون العقوبات الأردني، وقد أوضح منطوق الحكم بأنّ المرحوم (.....) يعمل في المستشفى المُدعى عليها بالحق الشخصي منذ عام 2006 وحتى تاريخ وفاته 2014 ونتيجة لدخول أحد المرضى ويُدعى (.....) الذي تبين بأنه مُصاب بمرض الكورونا بموجب الملف الطبي رقم 205725 ونتيجة لذلك تعرّض المرحوم الذي يعمل بذات المستشفى بعدوى من هذا المرض، حيث قررت المحكمة إدانة (المستشفى) بجرم التسبب بالوفاه خلافاً لأحكام المادة 343 عقوبات والحكم عليه

(15) انظر نصوص قانون الدفاع الأردني رقم (13) لسنة 1992. انظر أيضاً: أوامر الدفاع الصادرة بموجب ذات القانون.

(16) انظر تفصيلاً حول هذا الموضوع: جاسم محمد علوان الجميلي، المسؤولية الجزائية لحامل فيروس كورونا، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني

<http://www.bauc14.edu.iq/news>

وبدلالة المادة 22 عقوبات بالغرامة مائتي دينار والرسوم وإلزامها بقيمة الادعاء بالحق الشخصي البالغ ثمانية وثلاثين ألفاً وخمسمائة وسبعة وسبعين ديناراً(17).

المطلب الثاني

المسؤولية الجزائية عن نقل الفيروس للآخرين في التشريعات الخاصة

سوف نتناول في هذا المطلب بيان مدى كفاية النصوص القانونية الواردة بقانون الصحة العامة في حال تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19)، ومدى إمكانية تطبيق النصوص الواردة في قانون منع الإرهاب، وبيان جريمة الامتناع عن التبليغ باعتبارها من الجرائم الشكلية (جرائم الخطر).

الفرع الأول: قانون الصحة العامة وتجريم نقل عدوى المرض للآخرين:

بالرجوع إلى قانون الصحة العامة حيث عرّف الأمراض المعدية، والوباء كما يُمكن بموجبه ملاحقة أي شخص أخفى عن قصد مصاباً أو عرّض شخصاً للعدوى بمرض وبائي، أو تسبّب عن قصد بنقل العدوى للآخرين، أو امتنع عن تنفيذ أي إجراء طُلب منه لمنع تفشي العدوى. حيث عرّف قانون الصحة العامة وتعديلاته رقم 47 لسنة 2008 الأمراض المعدية (المادة 17 من القانون) حيث أشارت للمرض المعدّي وهو " المرض الناتج عن الكائنات الحية الدقيقة كالبكتيريا والفيروسات والفطريات والطفيليات وما شابهها أو عن سمومها ويُمكن للعامل المُسبب للعدوى أن ينتقل إلى الإنسان من مستودع أو مصدر العدوى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"، وعرّفت الوباء بأنه "زيادة عدد الحالات لمرضٍ مُعين عن العدد المتوقع حدوثه في العادة في مكانٍ مُحدد ووقتٍ مُحدد". وعرّفت المُصاب بـ "كُل شخص أصيب بعدوى ناجمة عن العامل المُسبب للمرض المعدّي". كما عرّفت المُخالط بـ "الشخص الذي خالط أو يشتبه الطبيب بأنه تعرض للاختلاط بشخص مُصاب بالعدوى مما يدعو للاشتباه بانتقال هذه العدوى إليه". وعرّفت المُشتبه فيه بـ "الأشخاص أو الحيوانات أو الأمتعة أو الحمولات أو الحاويات أو وسائل النقل أو البضائع أو الطرود البريدية ممن تعرضوا لمخاطر محتملة ويمكن أن يصبحوا مصدراً مُحتملاً لانتشار المرض". وعرّفت العزل بـ " فصل الأشخاص المُصابين بالعدوى أو المُخالطين أو الذين يحملون التلوث عن غيرهم أو فصل الأمتعة أو الحاويات أو وسائل النقل أو البضائع أو الطرود البريدية الموبوءة عن غيرها بطريقة تحول دون انتشار العدوى". ونصت الفقرة (ب) من المادة 22 من ذات القانون على " كل من أخفى عن قصد مُصاباً، أو عرّض شخصاً للعدوى بمرض وبائي، أو تسبّب عن قصد بنقل العدوى للغير، أو امتنع عن تنفيذ أي إجراء طلب منه لمنع تفشي العدوى يُعتبر أنّه ارتكب جُرمًا يعاقب عليه بمقتضى أحكام هذا القانون" ولم تنص هذه المادة على عقوبة لمن يُخالف أحكامها، وإنّما جاء في عجزها أنّ من يرتكب هذه الأفعال يعتبر قد ارتكب جُرمًا يعاقب عليه بمقتضى أحكام هذا القانون، وقد جاء في المادة 66 من ذات القانون: (مع مُراعاة أيّ عقوبة

(17) قرار الحكم الصادر عن محكمة بداية جزاء الزرقاء رقم (2016/1170)، تاريخ 2016/6/11، الذي تم تأييده بموجب قرار محكمة استئناف عمان رقم 2019/27206 تاريخ 2019/12/12 منشورات قسطاس.

أشد ورد النص عليها في أيّ تشريع آخر يعاقب بالحسب من شهرين إلى سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كُلم من خالف أي من أحكام هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه ولم ترد عقوبة عليه في هذا القانون ."

وبالتأسيس على ما ورد بنص المادتين (22 و 66) من قانون الصحة العامة فيمكن ملاحقة أيّ شخص أخفى عن قصد مصاباً أو عرّض شخصاً للعدوى بمرض وبائي، أو تسبب عن قصد بنقل العدوى للآخرين، أو امتنع عن تنفيذ أيّ إجراء طُلب منه لمنع نقشي العدوى. ولكن لما كان نقل العدوى قد يترتب عليه الموت أو الإيذاء أو إحداث عاهة وبالتالي إذا وجدت هذه الحالات فهنا نذهب للعقوبة الأشد المنصوص عليها في أيّ قانونٍ آخر، وبالتالي يمكن تطبيق النصوص الواردة في قانون العقوبات التي سبق التطرق إليها خاصةً وأن أمر الدفاع رقم (8) وإن ورد به تعطيل العمل بأحكام الفقرة (ب) من المادة (22) والبند (3) من الفقرة (ب) من المادة (62) والمادة (66) من قانون الصحة العامة رقم (47) لسنة 2008، إلا أنه نصّ أيضاً بأنه لا يحول ذلك دون تطبيق أية عقوبة أشد ورد النص عليها في أيّ تشريعٍ آخر.

الفرع الثاني: قانون منع الإرهاب وتجريم نقل عدوى المرض للآخرين:

عرّفت المادة الثانية من قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم (55) لسنة (2006) العمل الإرهابي بأنه: (كل عمل مقصود أو التهديد به أو الامتناع عنه أياً كانت بواعثه وأغراضه أو وسائله يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي من شأنه تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر أو إحداث فتنة إذا كان من شأن ذلك الإخلال بالنظام العام أو إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم أو تعريض حياتهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو المرافق والأماكن العامة أو الأملاك الخاصة أو المرافق الدولية أو البعثات الدبلوماسية أو احتلال أي منها أو الاستيلاء عليها أو تعريض الموارد الوطنية أو الاقتصادية للخطر أو إرغام سلطة شرعية أو منظمة دولية أو إقليمية على القيام بأي عمل أو الامتناع عنه أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو الأنظمة).

فالشخص المصاب بالمرض ويتعمّد نقله للآخرين، كما هو بحالة من يقوم بوضع لعابه على المركبات أو المنازل، أو البصق على الآخرين، أو العطاس بوجه الآخرين، أليس ذلك العمل المقصود من شأنه تعريض سلامة المجتمع للخطر وإلقاء الرعب بين الناس وترويعهم وتعريض حياتهم للخطر، وعليه فإنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من تطبيق هذا النص (18).

وبالرجوع للنص أعلاه فقد استلزم المشرع الأردني لقيام المسؤولية الجزائية عن هذه التهمة توافر ثلاثة أركان وهي: أولاً: الركن المادي. ثانياً: الركن المعنوي. ثالثاً: الركن الخاص. ولم يحدد المشرع صور الركن المادي إلا أنه في جريمة الإرهاب وحدد صور هذا النشاط الواردة بالنص. ولا يكفي لقيام جريمة الإرهاب أن يصدر عن الفاعل سلوك إجرامي مُعاقب عليه إذ لا بد أن يتوافر الركن المعنوي (القصد الجرمي) بشقيه العلم والإرادة ويُنم عن اتجاه إرادة

(18) أثارت سيدة أردنية الفرع في قلوب المواطنين، بعدما شوهدت تسير في الشوارع وتتعمد وضع لعابها على مقابض السيارات في مدينة إربد، الأمر الذي أثار تخوف الكثيرين عما إذا كانت مصابة بفيروس كورونا المستجد وتريد عدوى الآخرين. وبحسب ما ذكرته صحيفة "الرأي" الأردنية، فإن قوات الأمن تمكنت من القبض على السيدة التي اتضح من التحقيقات الأولية، أنها تعاني من اضطرابات نفسية ووضع أسري غير مستقر، وفي الوقت ذاته خضعت أيضاً لاختبارات للتأكد من أنها تحمل فيروس كورونا المستجد، لكن جاءت نتيجتها سلبية. لطفاً انظر الموقع الإلكتروني:

<https://honna.elwatannews.com/>

الجاني لسلوك هذا المسلك الإجرامي والقيام بارتكاب الفعل الذي يعاقب عليه القانون، لذلك يجب أن يعلم الجاني بحقيقة سلوكه أي أنه يأتي عملاً إرهابياً يُمثل الاعتداء على مصلحة أو حق يحميه القانون من خلال علمه بطبيعة الوسيلة التي يستخدمها ودورها في إحداث الضرر، كما يلزم أن يُحيط علم الجاني بعناصر الركن المادي على نحو كامل وأن يتوقع علاقة السببية ما بين قيامه بهذا العمل الإرهابي وبين النتيجة الجرمية، ولا يكفي لتوافر القصد الجرمي علم الجاني بعناصر العمل الإرهابي الواردة في المادة (2) من قانون منع الإرهاب وإنما يلزم إضافة إلى ذلك أن تتجه إرادته الحرة الواعية إلى إتيان الفعل مع علمه بما ينتج عنه وانصراف إرادته الحرة الواعية إلى تحقيق تلك النتيجة. ولم يكتف المشرع بضرورة توافر القصد العام لقيام جريمة الإرهاب بل استلزم إلى جانب ذلك قيام القصد الخاص المتمثل بتعريض سلامة المجتمع للخطر وإلقاء الرعب بين الناس وترويعهم وتعريض حياتهم للخطر ولا يُعدت بالباعث في هذه الجريمة أي الإحساس أو المصلحة التي تدفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة على اعتبار أن الباعث في الأصل ليس له أي تأثير في قيام المسؤولية الجنائية وهذا ما عبّر عنه المشرع الأردني في المادة (2) من قانون منع الإرهاب بقوله (... أيًا كانت بواعثه وأغراضه..) (19).

الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن التبليغ باعتبارها من الجرائم الشكلية (جرائم الخطر).

لا تختلف جريمة الامتناع عن التبليغ عن الإصابة بـكورونا المستجد عن غيرها من الجرائم، من حيث ضرورة توافر عدة أركان لقيامها، وهذه الجريمة تتطلب ابتداءً، وجود شرط مُفترض لقيامها وهو صفة خاصة في الجاني، ولا بد من وجود ركن مادي وهو سلوك الامتناع، كما يجب توافر ركن ثالث وهو الركن المعنوي (20). وقد نصت المادة (1/20) من قانون الصحة العامة على الأشخاص المُكلفين بالتبليغ حيث نصت على: (يجب على كل طبيب أشرف أو اشترك في مُعالجة أيّ مُصاب بمرضٍ مُعدٍ أن يُبلغ المُدير في منطقتة عن الإصابة أو الوفاة بهذا المرض خلال أربع وعشرين ساعة من حدوثها، أمّا إذا كان المرض خطيراً أو منتشرًا بشكل وباء فيكون التبليغ فورياً وتسري أحكام هذه الفقرة على مسؤول المختبر الطبي الذي اكتشف هذا المرض). ولما كان النص أعلاه قد جاء قاصراً بتحديد الأشخاص الذين عليهم واجب التبليغ وكذلك قصور في الإجراءات الواردة بقانون الصحة العامة مع قصور في العقوبات لذا فقد تم تعطيل العمل بأحكام الفقرة (ب) من المادة (22) والبنود (3) من الفقرة (ب) من المادة (62) والمادة (66) من قانون الصحة العامة رقم (47) لسنة 2008، وتم إصدار أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020 الصادر بتاريخ 2020/4/15 الذي تضمن تغليظ للعقوبات على الأشخاص المُستهترين بأنفسهم وأسرهم والمجتمع بشكل عام بنقلهم العدوى وانتشارها؛ إمّا عن قصد، أو قلة احتراز، حيث بيّن بأنّه على الشخص ضرورة التقيد بالإفصاح فوراً عن إصابته و/أو إصابة غيره و/أو مخالطته و/أو مخالطة غيره لشخص مصاب "بفيروس كورونا، للسلطات المختصة وعدم إخفاء ذلك عنها. ولا بد من التنفيذ الفوري

(19) لظفاً انظر: نصوص قانون منع الإرهاب، ونص المادة السابعة من ذات القانون التي تضمنت العقوبات التي يمكن إيقاعها بحق المشتكى عليه، وقرار محكمة التمييز الأردنية/ جزاء رقم 2016/1000 (هيئة عادية) تاريخ 2016/12/15 منشورات مركز عدالة.

(20) د. محمد نواف الفواعرة و د. عبد الله محمد احجيلية، المواجهة الجنائية لجائحة فيروس كورونا المستجد في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد6، يونيو 2020، ص 680 وما بعدها؛ د. رنا إبراهيم العطور، الجريمة الجنائية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 1، 2007، ص 59.

للقرارات و/أو التدابير و/أو الإجراءات الصادرة والمتخذة من قبل السلطات المختصة التي تهدف لمنع تفشي العدوى، بما في ذلك إجراءات الحجر الصحي، أو العزل المنزلي، أو في الأماكن المحددة من الجهات المختصة. وعلى جميع الأشخاص الخضوع لتعليمات لجان تقصي الأوبئة و/أو الأوامر و/أو التعليمات الصادرة عنها وعدم عرقلة أو إعاقة تنفيذها. والالتزام بالتعهد الذي يتم توقيعه من قبل المشتبه بإصابته أو المخالط لشخص مصاب بالفايروس، والمتضمن الالتزام بالحجر الصحي الذاتي "الحجر المنزلي" وعدم مخالطة أي منهما للآخرين خلال المدة المقررة من الجهات المختصة. والتزام المصاب "بفايروس كورونا" و/أو المشتبه بإصابته و/أو المخالط لمصاب به باتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية المفروضة عليه، أو التي تطلب منه لمنع نقل العدوى للآخرين أو تفشي الوباء. وعدم تعريض أي شخص للعدوى أو القيام بأي تصرف من شأنه نقل العدوى إلى الآخرين. كما أنه يحظر على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالتعرض لخصوصية المصابين أو المخالطين أو المشتبه بإصابتهم بالوباء، وكل ما يتعلق بحياتهم الخاصة، كأسمائهم أو صورهم أو أماكن عملهم أو سكنهم، من خلال نشرها أو إعادة نشرها عبر وسائل التواصل الاجتماعي وغيرها من وسائل الاتصال باستثناء الجهات المصرح لها بذلك. ونشر أو إعادة نشر أو تداول أي أخبار حول الوباء من شأنها ترويع الناس أو إثارة الهلع بينهم عبر وسائل الإعلام أو الاتصال أو وسائل التواصل الاجتماعي. وعلى كل مستشفى أو مركز صحي أو مختبر طبي أو القائمين على إدارته أو أي من العاملين فيها إبلاغ الجهات المختصة فوراً عن أية حالة ثبت إصابتها بالفايروس أو مشتبه بإصابتها فيه. ويعاقب كل من يخالف أياً من الالتزامات أو التدابير المفروضة بموجب أمر الدفاع هذا بالحبس حتى ثلاث سنوات أو بغرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين. ولا يحول تطبيق أية عقوبة بموجب أمر الدفاع هذا من تطبيق أية عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر (21).

أما عن الركن المادي المكون لجريمة الامتناع عن التبليغ عن الإصابة فطبقاً للقواعد العامة فإن الجرائم تنقسم من حيث كيفية وقوعها إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية، والجريمة الإيجابية هي التي يتكون ركنها المادي من فعل إيجابي ينهى عنه القانون، والسلوك الذي يقوم به الجاني يتمثل في حركة عضوية إرادية لتحقيق النتيجة التي يعاقب عليها القانون، أما الجريمة السلبية فهي التي يتكون ركنها المادي من امتناع الجاني عن إتيان فعل يوجب القانون إتيانه، ومن الملاحظ أن القانون في هذه الحالة يعاقب على مجرد الامتناع، وبغض النظر عن حدوث نتيجة إجرامية معينة كأثر لهذا الامتناع أم لا، إذ يستوي في نظر القانون وقوع النتيجة أو عدم وقوعها على

(21) إن السماح لأمر الدفاع الخطي أن يوقف العمل بقانون عادي يجب أن يفسر على أن المشرع الدستوري قد تبنى المعيار الموضوعي في التمييز بين الأعمال التشريعية والقرارات الإدارية، وهذا المعيار يقوم على أساس النظر إلى طبيعة القاعدة القانونية ومضمونها بصرف النظر عن الجهة التي أصدرتها، فإذا كانت هذه القاعدة تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة تطبق على الجميع على قدم المساواة ويترتب على مخالفتها جزاء، فإنه يطلق على هذا العمل صفة العمل التشريعي، وهذه الأوصاف تتسحب على أوامر الدفاع الخطية التي صدرت عن رئيس الوزراء منذ إعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع، والتي جاءت بصيغة قواعد عامة مجردة، طبقت على كل من كان يشترك في المركز القانوني المخاطب بالقاعدة القانونية دون تمييز، ناهيك عن أنها قد فرضت جزاءات على كل من يخالف ما تضمنته من نصوص وأحكام، والتي تنوعت بين عقوبات سالبة للحرية كالحبس، وعقوبات مالية كالغرامات. وما يعزز من الرأي القانوني بأن أوامر الدفاع الخطية يجب أن يتم النظر إليها من ناحية موضوعية على أنها أعمال تشريعية، أن دور رئيس الوزراء لم يقتصر فقط على مجرد تعطيل نصوص في قوانين عادية، وإنما مارس صلاحية تشريعية تمثلت في وضع قواعد قانونية عامة جديدة لتطبق على الجميع دون استثناء، مع فرض جزاءات على مخالفتها كما هو الحال في أمر الدفاع رقم (8). انظر: د. ليث كمال نصرأوين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 451-452.

الإطلاق، ويُسمى هذا النوع من الجرائم (بالجرائم السلبية البسيطة). وبمطالعة النصوص أعلاه التي جرّمت سلوك الامتناع عن التبليغ يتبين أنّ القانون يُعاقب على مجرد الامتناع عن التبليغ عن المصاب أو المشتبه بإصابته بفيروس كورونا، وبغض النظر عن حدوث نتيجة معينة كأثر لهذا الامتناع أم لا، فسواءً تم انتشار عدوى الشخص المصاب بالفيروس أو لا، فإنّ الممتنع عن التبليغ يُعد مرتكباً لهذا الجريمة. ومن خلال ما تقدم يتضح بأنّ هذه الجريمة تندرج ضمن الجرائم السلبية البسيطة - التي يستوي فيها في نظر القانون وقوع نتيجة معينة أو عدم وقوعها -، كما يتضح كذلك أنّ هذه الجريمة من الجرائم الشكلية (الخطر)؛ لأنّ ركنها المادي يتكون من مجرد السلوك الإجرامي - وهو الامتناع عن التبليغ -، ولسنا بحاجة لحدوث ضرر أو نتيجة معينة تنجم عن هذا السلوك، وينبغي على ذلك أنّه لا محل للقول بتصوير الشروع في هذه الجريمة؛ لأنّ السلوك الإجرامي وهو الامتناع المُجرد إمّا أن يقع فتقع الجريمة كاملة، وإمّا ألا يقع، ويكون ذلك حين التبليغ عن الإصابة بالفيروس، وبالتالي لا نكون أمام جريمة (22).

أمّا الركن المعنوي في جريمة الامتناع عن التبليغ عن الإصابة بكورونا المستجد، فبالرجوع لأمر الدفاع رقم (8) فبتقديرنا إنّ هذه الجريمة قصدية، فهي ليست جريمة خطأ؛ لأنّ هناك إلزاماً على الشخص بضرورة التقيد بالإفصاح فوراً عن إصابته و/أو إصابة غيره و/أو مخالطته و/أو مخالطة غيره لشخص مصاب "بفيروس كورونا، للسلطات المختصة وعدم إخفاء ذلك، وهذا يستوجب توافر عنصر العلم بإصابة الشخص بالفيروس أو الاشتباه بإصابته به. وبناءً على ذلك، فإنّ الركن المعنوي لهذه الجريمة يتخذ صورة القصد الجنائي الذي يتكون من عنصري العلم والإرادة، بمعنى أنه يشترط لتوافر القصد، أن يعلم الشخص الممتنع عن الإصابة أو الاشتباه بها، وأن تتوافر لديه الإرادة الحرة بالامتناع عن التبليغ، فإذا ثبت أن امتناعه قد تم دون إرادة حرة، كأن يكون قد تعرض لإكراه مادي فهنا لا يتوافر القصد الجنائي.

المطلب الثالث

التجريم الخاص في حال تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19)، وحُكم القوانين مُحددة المُدة

لم تتطرق الدراسات ومُعظم التشريعات لموضوع تجريم نقل عدوى فيروس (كوفيد-19) بنصوص خاصة. وقد قامت بعض الدول بتجريم بعض الأفعال المتعلقة بنشر العدوى ومنها بعض التشريعات من دول الخليج العربي. حيث أقرّت بعض التشريعات لنقل فيروس كورونا المستجد إلى الآخرين عقوبة جنحية ومنها (التشريعات البحريني والعماني) (حيث جرّم المشرّعان البحريني والعماني أفعال نقل العدوى للآخرين، بموجب المادة (121) من قانون الصحة العامة البحريني، والمادة (5 مكرر/7) من قانون مكافحة الأمراض العماني. أما التشريعات الأخرى (الإماراتي والقطري والكويتي) فأقرّت لنقل فيروس كورونا المستجد للآخرين عقوبة جنائية، حيث عاقب المشرّع الإماراتي على أفعال نقل العدوى للآخرين بعقوبة الجنائية الواردة بنص المادة (39) من قانون الأمراض السارية،

(22) د. محمد نواف الفواعرة و د. عبد الله محمد احجيلة، المواجهة الجنائية لجائحة فيروس كورونا المستجد في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مرجع سابق، 682 وما بعدها.

وتحديداً بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات، وبالغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ولا تجاوز مائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة العود تضاعف عقوبة السجن، فالسجن عقوبة جنائية بحسب نص المادة (28) من قانون العقوبات، ولا يقل حداها الأدنى عن ثلاث سنوات بموجب نص (68) من ذات القانون أما المشرع القطري وبخلاف التشريعات الخليجية، حيث لم ينص على عقوبة نقل فيروس كورونا للآخرين في قانون الوقاية من الأمراض السارية، لكنه جرم أفعال نقل العدوى للآخرين بموجب قانون العقوبات، حيث جرم قانون العقوبات في المادة (252) كل من يُقدم قصداً على ارتكاب فعل من شأنه نشر مرض أو وباء بالحبس مدة لا تجاوز خمس عشرة سنة، وتشدد بالمعاقبة في حال نشأ عن الفعل موت شخص، وعاقب بالإعدام. في حين جرمت المادة (253) من ذات القانون كل من تسبب بخطئه في نشر مرض معدٍ أو وباء، وعاقبت بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حين تشدد المشرع القطري في ذات النص إذا نجم عن الفعل موت شخص، وعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات، والغرامة التي لا تزيد على عشرين ألف ريال. أما المشرع الكويتي وما قبل نفاذ القانون المعدل رقم 4 لسنة 2020 المعدل للمادة (17) من القانون رقم 8 لسنة 1969، لم يكن هناك نص يجرم بشكل مباشر على أفعال نقل العدوى للآخرين، ولم يضع عقوبات خاصة على الأفعال التي من شأنها نقل العدوى للآخرين، واكتفى بالمعاقبة بموجب المادة (17) من ذات القانون على مخالفة بعض الأحكام الواردة في القانون، أو مخالفة التدابير المتخذة من قبل الوزير. لكن بعد التعديل المشار إليه أعلاه، نصت المادة (3/17) من قانون رقم 8 لسنة 1969 على أن: "كل من علم أنه مصاب بأحد الأمراض السارية، وتسبب عمداً في نقل العدوى إلى شخص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، وبغرامة لا تزيد على ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين" (23).

وعليه ومع كفاية النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات لغايات الملاحقة الجزائية، إلا أنني أرى بأن التجريم الخاص لنقل عدوى مرض (كوفيد-19) لا بُد منه وذلك حتى نتفادى المشاكل القانونية التي قد يواجهها القاضي والمتعلقة بتكليف هذا السلوك، خاصة أننا رأينا أنّ هناك أكثر من نص قانوني يمكن تطبيقه على ذات

(23) د. محمد نواف الفواعة و د. عبد الله محمد احجيلة، المواجهة الجنائية لجائحة فيروس كورونا المستجد في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 701 وما بعدها.

الواقعة(24). كما لا بُد من وضع منظومة قانونية متكاملة لمعالجة أوجه القصور المتعلقة بقانون الصحة العامة، خاصةً أنّ قانون الدفاع والأوامر الصادرة بموجبه قد يتم تعطيل العمل بها بأي وقت(25). كما أنّه من ناحيةٍ أخرى وبموجب المعيار الموضوعي لأوامر الدفاع واعتبارها من قبيل الأعمال التشريعية وما يتبعه بالضرورة وجوب إخضاعها للرقابة الدستورية، وذلك للحكم على مدى توافقها مع أحكام الدستور، أي خضوعها لرقابة المحكمة الدستورية وفقاً لاختصاصها العام في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، إلا أنّ المادة الثامنة من قانون الدفاع فرضت رقابة قضائية على أوامر الدفاع أمام القضاء الإداري، حيث وبموجب هذه المادة فلكل شخص جرى توقيفه أو القبض عليه بموجب قانون الدفاع أو أي أمر دفاع، أو جرى الاستيلاء أو وضع اليد على ماله أو مال موجود تحت إشرافه أو لأي صاحب مصلحة بالنيابة عن الشخص المذكور أن يطعن بالأمر الصادر بذلك لدى المحاكم الإدارية، التي يتعين عليها أن تفصل في هذا الطلب على وجه السرعة، بحيث لا يحول القرار الصادر عن المحكمة برد الطلب دون اللجوء إلى تقديم طلب جديد المرة بعد الأخرى طالما بقي الأمر المطعون فيه قائماً. فتقرير مثل هذه الرقابة القضائية على أوامر الدفاع يتعارض مع تبني الدستور الأردني وبعض نصوص القانون للمعيار الموضوعي في وصف أوامر الدفاع، فالطعن بأمر الدفاع أمام القضاء الإداري يؤكد الطبيعة الإدارية لأمر الدفاع، وبأنه يعتبر قراراً إدارياً كونه قد صدر عن جهة إدارية، وذلك وفقاً للمعيار الشكلي. فاعتبار أمر الدفاع قراراً إدارياً لغايات السماح بالطعن به أمام المحكمة الإدارية يتنافى مع ما قرره المشرع الدستوري في المادة (124) بأنّ قانون الدفاع - ومن خلال أوامر الدفاع الصادرة بمقتضاه - يمكن أن يوقف العمل بالقوانين العادية، كما أنه يتعارض مع ما تضمنته أوامر الدفاع التي صدرت عن رئيس الوزراء خلال حالة الطوارئ، والتي وضعت قواعد قانونية عامة ومجردة تطبق على الجميع دون تمييز، وذلك تحت طائلة الجزاء الجنائي، فالقرار الإداري لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرقى إلى مستوى قاعدة قانونية عامة قادرة على تعطيل نص قانوني وإضافة حكم قانوني جديد(26).

وعليه ولما كان قانون الدفاع والأوامر الصادرة بموجبه قد يتم تعطيل العمل بها بأي وقت، وفقاً لما ورد بالمادة الثانية من قانون الدفاع، لأنّ إعلان العمل بقانون الدفاع ووقف العمل به يكون بإرادة ملكية تصدر بناءً على قرار

(24) قد تتورّ إشكالية خاصة في جرائم الاعتداءات الجنسية، فالشخص الذي يُقدم على واقعة أنثى، أو هتك عرض ذكر أو أنثى ويكون مُصاباً بالمرض (كوفيد-19) وقت الاعتداء مع علمه بذلك، فالأصل أن يكون هناك تشديد خاص لهذا الجرم كما فعل المشرع بنص المادة 2/301/ب من قانون العقوبات في حال كان الفاعل مُصاب بمرض الأيدز حيث جاء بنص هذه المادة: (إذا أدت إحدى الجنايات السابق ذكرها إلى إصابة المُعتدى عليه بمرض نقص المناعة المكتسب، ومع علم الفاعل بإصابته بهذا المرض فتكون العقوبة الأشغال المؤبدة). ومن هنا أجد بأنّه لا بُد من تدخل تشريعي بخصوص التجريم في حال نقل عدوى مرض (كوفيد-19).

(25) إنّ تعطيل العمل بالقوانين العادية في حالة الطوارئ يجب أن يرتبط بصدور أمر دفاع خطي يحدد بصراحة النصوص القانونية التي سيتم وقف العمل بها دون غيرها، بمعنى أن وقف العمل بالقوانين العادية ليست نتيجة حتمية لإعلان العمل بقانون الدفاع، إذ تبقى جميع التشريعات الوضعية سارية ونافاذة المفعول أثناء إعلان العمل بقانون الدفاع، ما لم يصدر أمر دفاع خطي يقضي بوقف العمل ببعض الأحكام والنصوص القانونية التي يجب أن ترد صراحة في أوامر الدفاع. وفي جميع الأحوال، فإن هذا الإيقاف يكون مؤقتاً إلى حين إنهاء العمل بقانون الدفاع، حيث تسقط بالضرورة جميع أوامر الدفاع التي صدرت بموجبه. انظر: د. ليث كمال نصرأوين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 449.

(26) د. ليث كمال نصرأوين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 452-454.

من مجلس الوزراء، لذا يثور التساؤل عن مدى إعمال قاعدة الرجعية (القانون الأصلح للمتهم) بشأن القوانين مُحدّدة الفترة.

والقوانين محدودة الفترة هي التي تُحدّد في نصوصها مُدّة سريان مفعولها، فتُحدّد تاريخ نفاذها وتاريخ انتهاء العمل بها دون حاجة إلى قانون يُغييها. وهذه القوانين تختلف بطبيعتها عن القوانين محدودة الفترة بطبيعتها (القوانين المؤقتة) التي تصدر لمواجهة الظروف الاستثنائية، فيتدخل المُشرع ليقرر تجريم فعل ما، أو يُشدّد عقوبة جريمة ما على كل من يخالف أحكام هذا القانون الاستثنائي، ولا يكون في القانون نصّ على مُدّة مُعيّنة لسريانها، والقوانين المؤقتة هي التي ورد النص عليها في المادة (94) من الدستور الأردني.

وعليه يثور التساؤل حول نطاق تطبيق أحكام القانون محدود الفترة على الجرائم التي ارتكبت أثناء نفاذها ولو لم يكن قد فُصل فيها عند انتهاء مفعولها؟ وقد حسمت بعض التشريعات الجزائية الحديثة هذا الأمر بنص صريح (خلاقاً للوضع في الأردن) ونصت على سريان أحكام القانون محدود الفترة على ما ارتكب خلال هذه المُدّة من جرائم، وانتهاء مُدّة سريان هذا القانون لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها ومن ذلك قانون العقوبات المصري واللبناني، ولكن النصوص الواردة في التشريعين المصري واللبناني أثارت جدلاً حول تطبيق أحكامها، وهل هي مُقتصرة على القوانين محدودة الفترة بطبيعتها أو تشمل القوانين مُحددة المُدّة بنوعها، سواء بالنص أو بطبيعتها (27). وعلى ضوء ذلك حسمت بعض التشريعات هذا الأمر بإقرار قاعدة عدم استعادة المُتهم من انتهاء مفعول القانون محدود الفترة أو القانون المؤقت أيّاً كان موضوع هذه القوانين أثناء فترة سريانها، سواء أكانت تُجرّم فعلاً لم يكن مُجرّماً في ظل القانون السابق عليه، أم تُشدّد عقاب فعل مُعاقب عليه بعقوبة أخف في ظل القانون السابق وهو ما تبناه المشرع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة بموجب المادة 14 من قانون العقوبات الاتحادي لسنة 1987 التي جاء فيها: (استثناءً من أحكام المادة السابقة، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو ترك أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً لفترة محددة، أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة، فإنّ انتهاء الفترة المُحدّدة لسريانه أو زوال الظروف الاستثنائية الطارئة لا يمنع من إقامة الدعوى الجنائية على ما وقّع من جرائم خلالها ولا يحول دون تنفيذ العقوبة التي يكون قد حُكم بها على أساس ذلك القانون) (28).

ونذهب مع بعض الفقه بأنه يتعين أن لا يُعمل بقاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم في مجال القوانين الاستثنائية أو مُحددة الفترة. فلا يستفيد المُتهم من مُجرد إنهاء مفعولها سواء أكان بنص في القانون أم بطبيعتها، لأنّ من يخرج عن أحكام القانون محدود المُدّة، يكون قد خرّج على إرادة المُشرع. ولا يتدخل المُشرع بهذه القوانين ولا يلجأ إليها إلا لمواجهة ظروف استثنائية أو خاصة، فمن يرتكب فعلاً يُخالف به هذه القوانين يكون قد اعتدى على مصلحة الدولة وألحق الضرر بها في هذه الظروف الصعبة التي تجتازها، وبالتالي لا يجوز التسامح معه ويبقى مُستحقاً للعقاب

(27) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، مرجع سابق، ص 140-141؛ د. محمد الجبور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، وفق آخر التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات المعدل رقم 8 لسنة 2011، مرجع سابق، ص 83؛ إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات طبقاً لأحدث التعديلات الصادرة بالقانون رقم 95 لسنة 2003 معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام محكمة النقض منذ تاريخ إنشائها حتى عام 2004. المجلد الرابع، دار المنهل، 2010، ص 98 وما بعدها.

(28) انظر قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (1987/3)؛ انظر المادة (10) من قانون العقوبات لدولة قطر رقم (11) لسنة 2004.

حتى لو انقضت - بعد فعله- هذه الظروف وانتهى العمل بالقانون بانتهاج الفترة المحددة لسريانه. بالإضافة إلى أنّ العدالة تقتضي ذلك فالمتهم الذي يعمد إلى إطالة إجراءات المحاكمة عن طريق التأجيل أو الطعن في الأحكام على أمل انقضاء المدة المقررة لسريان القانون المؤقت هو في مركز أفضل من مُتهم آخر حوكم عن الفعل في ذات فترة سريان هذا القانون، وسواء أكان هذا القانون مُتعلقاً بالتجريم أم في مجال تشديد العقاب(29).

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع المسؤولية الجزائية عن تعريض الآخرين للخطر بنقل عدوى فيروس كورونا (كوفيد-19) وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً - النتائج

- 1- تناولت الدراسة المسؤولية الجزائية في حالة نقل الشخص عدوى مرض (COVID-19) إلى الآخرين، في ضوء قواعد التجريم والعقاب الواردة بقانون العقوبات والقوانين الخاصة.
- 2- توصلت الدراسة إلى أنّه يمكن تطبيق نص المادة (330) من قانون العقوبات، ولكن هذه المادة تثير العديد من التساؤلات ومنها إذا كان فيروس (COVID-19) ، المُسبب للمرض من المُمكن اعتباره من قبيل المواد الضارة أو لا. وكذلك المقصود بعبارة " إعطاء مواد ضارة الواردة بالنص".
- 3- توصلت الدراسة إلى أنّ جميع نصوص القانون التي تم تناولها ضمن طيّات الدراسة يمكن تطبيقها في حال نقل العدوى للآخرين.
- 4- توصلت الدراسة إلى القصور التشريعي بخصوص النصوص العقابية الواردة بقانون الصحة العامة، ولا أدلّ على ذلك من تعطيل العمل بالنصوص العقابية الواردة به وذلك بموجب الأوامر الصادرة بقانون الدفاع. كما إنّ قانون الصحة العامة تناول نماذج لعدد من الجرائم التي تعتبر من الجرائم الشكلية ومنها الامتثال عن التبليغ، حيث إنّ هذه الجرائم تكتمل بالسلوك الجرمي وبصرف النظر عن النتيجة المتحققة، بالإضافة إلى ضرورة توافر القصد الجرمي لاكتمال بنائها القانوني. وقد جاءت النصوص قاصرة في بيان الأشخاص المُلقى عليهم واجب التبليغ، لذا جاء أمر الدفاع رقم (8) لسد هذا النقص.
- 5- لم ينفرد التشريع الجزائي الأردني بنص صريح على جريمة تعريض الآخرين لخطر الإصابة بفيروس كورونا المستجد، وجاءت نصوص قانون الدفاع والأوامر الصادرة بموجبه قاصرة بخصوص التجريم.

(29) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، مرجع سابق، ص 142-143، وذهبت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها للقول بأنّ القوانين محدودة المدة بنوعيتها يصدّق عليها أنّ انتهاء فترة العمل بها والعودة إلى التشريع العادي لا يعني تغييراً في سياسة التجريم والعقاب، أي لا تتوافر به العلة التي تقوم عليها رجعية النصوص الأصلح للمتهم، حيث قضت: "أنّ القرار الخاص بخفض وزن الرغيف لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم، ذلك لأنه يستهدف تحقيق اعتبارات اقتصادية بحته تتصل بسياسة الحكومة فلا تتأثر بهذا التعديل في الوزن مصلحة أصحاب المخازن بل يظل الدفع بالنسبة إليهم ثابتاً لا يتغير سواء أكان التعديل بالزيادة أم بالنقصان". نقض 1953/10/11، طعن 859، سنة 23 ق، مجموعة الربع قرن، ج2، ص 932، بند 45؛ ونقض 3 مارس 1969، س20، رقم 67، ص312.

6- توحيد التعامل مع أوامر الدفاع واعتبارها من قبيل العمل التشريعي الذي يمكن أن يخضع للطعن بعدم دستوريته، مع إبقاء رقابة القضاء الإداري على القرارات التي تصدر عن الجهات الإدارية تنفيذاً لأوامر الدفاع الخطية. فالتشريعات الوطنية لم تتبن موقفاً واضحاً فيما يخص الطبيعة القانونية لأوامر الدفاع الخطية، فتارةً يتعامل معها الدستور على أنها عمل تشريعي يوقف العمل بقوانين عادية، وتارةً أخرى يعتبرها قانون الدفاع قرارات إدارية تخضع لرقابة المحكمة الإدارية للحكم على مشروعيتها.

ثانياً -التوصيات

1. نظراً لصعوبة التكييف الجرمي لنقل عدوى مرض (كوفيد-19) للآخرين سواء أكان ذلك قصداً أم عن طريق الخطأ وفقاً للنصوص العقابية الواردة بقانون العقوبات وقانون الصحة العامة، لذا يجب على المشرع التدخل وتجرير أية أفعال متعلقة بنقل المرض للآخرين بنصوص خاصة، خاصةً أنّ قانون الدفاع قد يتم تعطيل العمل به بأي وقت وبالتالي فإنّ الأوامر الصادرة بموجبه لا يمكن تطبيقها لانتهاء مفعولها بتعطيل قانون الدفاع.
2. نوصي المشرع الأردني بالتوسع في تجريم الامتناع عن التبليغ كما ورد بأمر الدفاع رقم (8)، وتعديل قانون الصحة العامة بهذا الخصوص، وكذلك المعاقبة على إفساء البيانات المتعلقة بالمصابين لما له من أهمية في تعزيز عمليات الإبلاغ عن الإصابات ودرء أي خطر محتمل عليهم.
3. نتمنى على المشرع الأردني التشدد في المعاقبة على أفعال نقل العدوى للآخرين، وأن تكون العقوبات من نوع عقوبات الجناية ووضع ظروف مشددة في حال إصابة غير شخص، أو إذا نجم عن الفعل وفاة إنسان، مع إضافة ظرف مشدد في حال الاعتداءات الجنسية كما فعل المشرع بنص المادة 2/301/ب من قانون العقوبات في حال كان الفاعل مُصاب بمرض الأيدز.

المراجع

الكتب:

- 1- د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1988.
- 2- د. أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
- 3- د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، 1972.
- 4- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات طبقاً لأحدث التعديلات الصادرة بالقانون رقم 95 لسنة 2003 معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام محكمة النقض منذ تاريخ إنشائها حتى عام 2004. المجلد الرابع، دار المنهل، 2010.
- 5- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، 2010.
- 6- د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، ط 1982، ص212.
- 7- د. رنا إبراهيم العطور، الجريمة الجنائية، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 1، 2007.

- 8- د. عبد الإله محمد النوايسة، الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الإيدز للغير قصداً - دراسة في التشريع الأردني والقانون المقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد (31) عدد (2)، 2007.
- 9- د. عبد الرحمن توفيق أحمد، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2006.
- 10- د عبد العظيم مرسي وزير، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1991.
- 11- د. عمار رجا الحنيفات، ضوابط وأحكام المحاكمة العادلة وفقاً للمعايير الدولية والتشريع الجزائري الأردني، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، 2018.
- 12- د. عمار رجا الحنيفات، قرينة الإدانة وأثرها على حق المتهم في محاكمة عادلة في القانون والقضاء الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التربوية، المجلة التربوية الأردنية، المجلد الرابع، العدد الخاص، 2019.
- 13- د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، مكتبة دار الثقافة، ط2، 1991.
- 14- د. ليث كمال نصرآوين، التنظيم القانوني لمواجهة جائحة فيروس كورونا في التشريعات الأردنية والاتفاقيات الدولية - دراسة مقارنة-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020،
- 15- د. محمد الجبور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، وفق آخر التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات المعدل رقم 8 لسنة 2011، ط1، عمان الأردن، دار وائل للنشر، 2012.
- 16- د. محمد الجبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني "دراسة مقارنة"، دائرة المكتبة الوطنية، ط1، 2000.
- 17- د. محمد نواف الفواعرة، قرينة الإدانة في التشريعات الجزائية، دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 4 و9، 2012.
- 18- د. محمد نواف الفواعرة و د. عبد الله محمد احجية، المواجهة الجنائية لجائحة فيروس كورونا المستجد في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد6، يونيو 2020.
- 19- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3.
- 20- معتر حمدالله أبو سويلم، المسؤولية الجزائية عن الجرائم المحتملة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
- 21- د. منيف حواس الشمري، الجريمة ذات النتيجة المتعدية - النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2016.
- 22- د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، عمان الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط6، 2017.
- 23- د. نظام توفيق المجالي، الجريمة المستحيلة (دراسة حول مدى اعتبارها من نماذج الشروع المعاقب عليه قانوناً)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 23، العدد2، 1999.

التشريعات والاتفاقيات والمواقع الإلكترونية والمنشورات:

1. الدستور الأردني وتعديلاته لسنة (1952).
2. قانون العقوبات الأردني وتعديلاته رقم (16) لسنة (1960).
3. قانون منع الإرهاب الأردني وتعديلاته رقم (55) لسنة (2006)..
4. قانون الدفاع رقم (13) لسنة (1992) والأوامر الصادرة بموجبه.
5. قانون الصحة العامة الأردني وتعديلاته رقم (47) لسنة (2008).
6. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
7. منشورات مركز عدالة.
8. منشورات قسطاس.
9. الموقع الإلكتروني: <https://www.youm7.com>.
10. -الموقع الإلكتروني: <http://www.bauc14.edu.iq/news>.
11. الموقع الإلكتروني: <https://www.who.int/ar/health-topics/coronavirus>.
12. الموقع الإلكتروني: <http://elsada.net/>.
13. الموقع الإلكتروني: <https://honna.elwatannews.com/>.

نقطة التفاعل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حول المبادرة التشريعية

في العراق بعد سنة 2003

Point of Interaction between the Legislative and Executive Authority about the Legislative Initiative in Iraq after 2003

رؤى إبراهيم خالد العزي*، محمد مصطفى قادر الجشعمي*

الملخص

المبادرة التشريعية في جميع أنظمة الحكم تمثل حقا وليس مرحلة باتجاه سن القوانين وتقنينها فقط، فمن خلالها تبرز عملية تفاعلية بين كل من السلطة التنفيذية والتشريعية في الدولة، لسطوة السلطة التنفيذية على ماسواها في هذا المجال، مع ثبات الدور الواضح للسلطة التشريعية في مناقشة المبادرات المقترحة إليها بكل ما فيها من حق لإقرار أو تعديل ما تتضمنه قبل صيرورتها الى قوانين حاكمة لجانب من الجوانب الحيوية في المجتمع.

تدور مشكلة البحث حول الحالة في العراق فبالنظر الى ما نص عليه دستور سنة 2005 في المادة 61 التي حددت وبشكل حصري حدود وصلاحيات مجلس النواب بتشريع نصوص القوانين المقدمة إليه كمشاريع من مجلس الوزراء طبقاً لنص المادة 80 من الدستور، بوصفها واحدة من أهم السلطات التي كُلف بها طبقاً لنص المادة 1/60 من حيث سلطة تقديم مشاريع القوانين، والتي تختلف عن حق أو سلطة اقتراح القوانين التي منحت لأعضاء مجلس النواب بشروط حددتها المادة 2/60 من الدستور، فحق اقتراح القانون يتطلب تقديمه إلى من له صلاحية تحويله إلى مشروع، لذلك بين الدستور أن هناك حقا لعشرة من أعضاء مجلس النواب أو لإحدى اللجان فيه حق اقتراح مشاريع القوانين وتقديمها إلى مجلس الوزراء مع مراعاة اجتياز عدد من الإجراءات التي تتطلبها المؤسسات والوزارات الأخرى لصيرورتها إلى مشروع قانون فيرسل إلى مجلس النواب. لذلك يسعى البحث إلى إبراز أهم الإجراءات الدستورية للاقتراح التشريعي طبقاً لنصوص الدستور العراقي النافذ، فالبحث قانوني نوعي يستند على تحليل نصوص الدستور العراقي والمعلومات المستقاة من مصادرها الثانوية من خلال استخدام المنهج القانوني التحليلي- النقدي بغية فهم التغييرات التي أصابت طبيعة الوظيفة التشريعية في العراق بعد التحول البرلماني في نظام الحكم، إذ توصل البحث إلى أن عملية تشريع القوانين في العراق تخضع في نطاق ضيق للتوافقات السياسية قبل اكتمالها بعيداً عن الآليات الدستورية وهذا ما يؤدي إلى عرقلة تشريع الكثير من القوانين، لذلك يجب الحد من أثر العوامل السياسية في إدارة الدولة بخاصة في الجانب التشريعي منها.

الكلمات الدالة: المبادرة التشريعية، مشروع القانون، مجلس النواب، مجلس الوزراء، العراق.

Abstract

The legislative initiative in all government systems represents a right not only a stage towards the enactment and rationing of the laws. Because, through it, an interactive process appears between the executive and legislative authorities in the state, owing to the control of the executive authority over the others in this respect, despite the clear role of the legislative authority in discussing the initiatives proposed, with its right to approve or amend these initiatives before they become rules in the state. Therefore, the research problem revolves around the situation in Iraq. Hence, regarding the text of the 2005 constitution in Article 61, which determined the exclusive limits and authority of the Council of Representatives in legislating the texts of laws, presented as draft laws from the Council of Ministers in accordance with Article 80 of the Constitution, as one of the most significant authorities vested in it according Article 60/1 in terms of the authority to propose draft laws which differs from the right or power to propose laws that are granted to members of Parliament under conditions specified by Article 60/2 of the Constitution. The right to propose a draft law requires its submission to those who have the authority to convert it into a legal agenda. Therefore, the constitution has clarified that, there is a right to ten members of the Parliament or to one of its committees to propose the draft laws and submit them to the Council of Ministers, with the consideration of passing some procedures required by other institutions and ministries, so that they can be sent to the parliament. Thus, the research seeks to highlight the most significant constitutional procedures for the legislative proposal according to the provisions of the valid Iraqi constitution. The research is a legal qualitative study based on an analysis of the texts of the Iraqi constitution and information obtained from its secondary sources, through using the analytical-critical legal approach in a bid to understand the changes in the nature of the legislative function in Iraq following the parliamentary shift in the system of government in the country. The research concluded that the process of legislating law in Iraq is subjected, in a narrow range, to political consensus, before it becomes complete- away from the scope of constitutional mechanisms. This hinders enacting a lot of laws. Therefore, the impact of political factors in running the state must be limited, especially in the legislative aspect.

Keywords: Legal Agenda, Proposed Legislation, Council of Representatives, Council of Ministers, Iraq.

مقدمة

يعد التشريع من أهم واجبات مجلس النواب في العراق بخاصة بعد سنة 2005 لذلك يُمثل سنام السلطة التشريعية، مع ذلك يؤدي مجلس النواب في ظل الدستور النافذ أدواراً أخرى مفترضة لا تقل أهمية في المشهد السياسي العراقي، كالرقابة على أداء الحكومة والمصادقة على الاتفاقيات التي تعقدها مع حكومات الدول الأخرى، كما يفترض أن له الدور الأبرز في (انتخاب) رئيس الجمهورية ومساءلته وإعفائه من مهام عمله إن اقتضى الحال، إلى جانب صلاحيات مهمة أخرى تتعلق بتعيين أعضاء المحكمة العليا (محكمة التمييز الاتحادية)، إذ تمر مرحلة تشريع القانون بمراحل متعددة، يكون أولها عادة، المبادرة التشريعية.(1)

ولأهمية حق المبادرة بالتشريع كان الفقيه "روبيه كولار" قد بين أنها تمثل (مفتاح الحكم)، إذ قال أن من "يملك حق الاقتراح -ويقصد اقتراح القوانين- هو الذي يحكم"(2) لذلك تهيمن في العراق على ممارسة هذه السلطة حكومة الدولة من الناحية العملية، يشاركها في ذلك مجلس النواب ممثلاً بأعضائه على أن لا يقل عدد من يقدمها عن 10 أعضاء أو إحدى لجانها المتخصصة،(3) ويأتي ذلك كله وفق ضوابط تتعلق بتنظيم هذه السلطة، لكنها تثير بالتأكيد إشكاليات متعددة، منها مدى توافر معيار التوازن في توزيع حق ممارستها بين كل من السلطة التنفيذية من جهة والسلطة التشريعية من جهة أخرى؟ وفقدان الشفافية المتعلقة بتشريع القوانين، التي يحتاجها الشعب لفهم الخطوط العريضة لطبيعة التفاعلات الحقيقية لعملية التفاعلية بين السلطات في الدولة، ذلك أن توزيع هذا الحق قائم اليوم وفق حقيقة تؤكد غلبة صلاحيات الحكومة في مجال عرض المبادرات التشريعية، نتيجة للشروط التي فرضها الدستور على صلاحيات مجلس النواب في هذا الجانب والمتعلقة بضرورة التقيد بها، إلى جانب جملة القرارات التي صدرت عن السلطة القضائية بهذا الشأن.(4)

لذلك سنقوم بدراسة المبادرة التشريعية كنقطة تفاعل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في العراق على مبحثين: سنحاول في المبحث الأول بيان ماهية الاقتراح ومركزه أو دوره التشريعي، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى التداخل في دور السلطتين التشريعية والتنفيذية عند تقديم المبادرات التشريعية والصور التي قد يظهر فيها.

(1) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية.. مراجعة للنصوص الدستورية ولقرارات القضاء الاتحادي العراقي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 11، 2004، 69.

(2) نقلاً عن: أوصيف السعيد، تدهور المعيار التشريعي في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ جامعة الجزائر، 2003، ص126.

(3) ينظر: نص المادة 2/ 60 من دستور العراق لسنة 2005.

(4) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، 69.

المبحث الأول

مفهوم المبادرة التشريعية ودورها في سن القانون

إن كل تشريع بخاصة التشريع الوطني يمر بمراحل متعددة قبل صدوره ونفاذه، تبدأ بما يعرف باقتراح القانون أو المبادرة التشريعية، إذ إن كل نص تشريعي (وضعي) كان في الأصل مجرد فكرة قبل دخولها في النظام القانوني الوطني للدولة، أي أنها كانت في الأصل مقترح هدفه تنظيم مصلحة معينة بهدف صون الحقوق وتثبيت الالتزامات، إذأ يُعد اقتراح القانون المرحلة الأولى من مراحل التشريع، لذلك لا بد من التعمق في دراسته لبيان مفهومه ومن ثم مناقشة دوره في سن القانون وتقنينه، وهذا ما سنحاول بيانه على مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول

التعريف باقتراح القانون

اقتراح القانون هو الخطوة الأولى لأية عملية تهدف لسن القانون قبل تقنينه، فهو مرحلة مهمة وجزء لا يتجزأ من البناء القانوني التشريعي في الدولة، (5) بل يمثل العصب الرئيسي فيه، باعتباره يمهد الطريق للمتصددين لعملية التشريع في حكومة الدولة من برلمانيين أو ضالعين في القانون لفحص ومعاينة النصوص قبل إقرارها وإعلانها في الجريدة الرسمية. (6)

ويمكن القول إن اقتراح القانون يمثل مرحلة عرض مشروع قانون معين أمام سلطة مختصة بالتشريع لإصداره، لكن يتطلب ذلك اجتياز بعض الإجراءات التي تتطلبها النظم القانونية في حكومات الدول طبقاً لدساتيرها قبل صيرورته الى قانون، إذ كان مجرد اقتراح لقانون ثم اكتسب صفة مشروع، بأنه دستوري، لذلك مهما اختلفت صورته يبقى المقصود به هو عرض المشروع المزمع تحويله إلى قانون على السلطة المختصة. (7)

وتذهب النظم القانونية الى اشتراط توافر عنصرين، الأول موضوعي يستهدف إيجاد أسس التشريع، بحيث يجعل المبادرة التشريعية تدور حول أحد المسالك التي يحتاج المجتمع فعلاً إلى معالجتها من خلال التشريع وفي الحدود التي رسمها الدستور، أما الثاني فهو عنصر شخصي، يتمثل بصدوره من الجهة المخولة به قانوناً وأيضاً طبقاً للدستور، أي أن حق الاقتراح يمارس من قبل المختصين به من أعضاء البرلمان أو المتصدي لها في السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء ورئيس الدولة) في العراق، إذأ ليس من حق المواطنين اقتراح القوانين بصورة مباشرة، لكن من الممكن تبني مثل هذه الأفكار من خلال ممثلي الشعب في البرلمان وتعد هذه الطرق

(5) عبدالله رحمة الله البياتي، مراحل العملية التشريعية في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1991، ص8.

(6) محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1964، ص245.

(7) ينظر: عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، 1986، ص184؛ كذلك ينظر: وايت إبراهيم ووحيد رأفت، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، 1937، ص386؛ كذلك ينظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص95.

معقدة في سبيل اقتراح القوانين، لذلك لا يحسب لها الأثر القانوني بل يكون الأثر لصاحب الحق طبقاً للدستور في عرض المبادرة التشريعية. (8)

ولا تخفى الحقيقة التقليدية المتعلقة بأن الدساتير في العالم تتحى ثلاثة اتجاهات في سعيها لتحديد الجهة التي لها حق عرض المبادرات التشريعية، فمنها من جعل حق اقتراح القوانين من اختصاص السلطة التشريعية، وهذا الاتجاه شائع لدى أنظمة الحكم الرئاسية، كما كان عليه الحال في فرنسا بموجب دستور سنة 1975، والولايات المتحدة الأمريكية طبقاً لدستور سنة 1787، (9) ذلك أن تلك الدساتير رأت أن مبدأ الفصل بين السلطات يفرض واجب حرمان السلطات التنفيذية من المشاركة في أي عمل تشريعي، إذ تتفرد السلطة التشريعية بالصلاحيات التشريعية، مع ذلك يبقى لتغلغل رجال السلطة التنفيذية من خلال اتصالاتهم بأعضاء المجالس البرلمانية أو اللجان فيها بغية تحقيق تصوراتهم وإراداتهم في مجال تشريع القوانين كما هو عليه الحال في الولايات المتحدة، لذلك يشير الواقع الى أن هذا الاتجاه منتقد، على سبيل المثال رأى الفقيه "ليون ديكي" أن التفسير الذي جاء بهذا الاتجاه يمثل "عمل قليل الحكمة لأنها (السلطة التنفيذية) لديه هي السلطة القائمة بالتنفيذ وهي الأجدر بمعرفة العيوب والنقص في التشريع" (10) لذلك من وجهة نظره فإن السلطة التنفيذية هي الأجدر والأقدر بمعرفة مايجب عرضه من مشاريع أو مبادرات تشريعية أمام البرلمان.

أما القسم الآخر من دساتير الدول فقد عد المشرعون فيها حق عرض المبادرات التشريعية من الصلاحيات الحصرية للسلطة التنفيذية، أي حرمان السلطة التشريعية منها، (11) بالرغم من كونها ممثلة للشعب ومجسدة لإرادته نظرياً على أقل تقدير، ومن أبرز الأمثلة على هذا النموذج هو نظام الحكم في فرنسا في ظل دستور عام 1952، ونظام الحكم في أفغانستان في ظل دستور سنة 2004، ويذكر أن العراق كان قد أخذ بذلك في ظل القانون الأساسي لعام 1925، إذ إنه حصر حق اقتراح القوانين المتعلقة بالجانب المالي بحكومة الدولة. (12)

استند أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم على فكرة، إعطاء السلطة التنفيذية حق عرض المبادرات التشريعية في الأمور المالية، لأن المجالس البرلمانية تميل نحو الإسراف لذلك من الأجدر فرض القيود أمام منح القائمين عليها اقتراح القوانين المتعلقة بالجوانب المالية، وقصر ذلك على أعضاء اللجنة الخاصة بوضع الميزانية من أعضاء البرلمان، مع ضرورة إلزامهم ببيان مصادر الإيرادات عند طلب منح الاعتماد. (13) فلا يمكن تصور وجود صور لهذا الاتجاه في الأنظمة الرئاسية في الحكم واقتصار وجودها بشكل كلي أو جزئي في بعض أنظمة الحكم التي تأخذ بالنظام البرلماني طبقاً للنطاق القانوني الذي تحدده دساتيرها.

(8) عمر حلمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ط1، القاهرة، 1980، ص12.

(9) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، 70.

(10) المصدر السابق نفسه، ص70؛ كذلك ينظر: محمود حلمي، مصدر سابق، ص 245.

(11) محمود حلمي، المصدر السابق، 246.

(12) عبدالله رحمة الله البياتي، مصدر سابق، ص11؛ كذلك ينظر: محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص70.

(13) عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الثاني، النظام الدستوري المصري، ط5، مطبعة الاعتماد، مصر، 1955، ص400.

أما الاتجاه الثالث، فجعل من اقتراح القوانين مشتركاً بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية، ويتولى الدستور تنظيم ذلك الحق، وهذا ما أخذ به النظام في فرنسا في ظل دستور عام 1946 ودستور عام 1958، وكذا الحال في نظام الحكم في ألمانيا في ظل دستور سنة 1949، كما أن دستور الكويت لعام 1952 كان قد نص صراحة على إعطاء الأمير حق اقتراح القوانين وتصديقها ومن ثم إصدارها طبقاً لنص المادة 65 منه، ثم عاد المشرع الكويتي وأشار بموجب نص المادة 109 من الدستور على حق اقتراح القوانين من قبل عضو مجلس الأمة أيضاً. (14)

لذلك يتلائم هذا الاتجاه مع أنظمة الحكم التي تأخذ بالتفسير المرن لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث، بحيث يكون التعاون هو السمة السائدة بينها، فيكون حق اقتراح القوانين مشاع بين كل من الحكومة والبرلمان، وهذا ما أخذ به النظام البريطاني. ومن الجدير بالذكر فيما يتعلق بهذا الاتجاه، أن أغلب القوانين المهمة في الولايات المتحدة الأمريكية تصدر عن الكونكرس بناء على اقتراح يقدمه رئيس الإدارة، كما جرى الحال مع تعديل قانون الحياد وغيره من نصوص تشريعية كتلك المتعلقة بالحرب العالمية الثانية. (15)

أما بالنسبة للعراق فإن المشرع كان قد أخذ بالاتجاه الثالث بموجب المادة 60 من دستور سنة 2005، (16) وحسناً فعل (من الناحية النظرية) كونه جعل حق اقتراح القوانين مشتركاً بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، تفادياً للعيوب التي قد تتولد عن انفراد أي منهما بهذا الحق، وهذه هي النظرة الأقرب من الناحية العملية لدى المراقبين لسير عملية تشريع القوانين، فما رسمه الدستور يمنح السلطة التنفيذية مرونة لتنفيذ برامجها المرسومة وتحقيق أهداف سياستها العامة، بالرغم من الحقيقة التي تتحدث عن أن اقتراح القوانين هو سلطة تحاول جميع البرلمانات في العالم التمتع به ومنها البرلمان العراقي بل لا يمكن التنازل عنه لما له من علاقة مباشرة بتحقيق طموح الشعب العراقي في عكس تطلعاته من خلال القوانين التي يصدرها البرلمان، لذلك يعد الاتجاه الذي أخذ به دستور العراق في هذا الجانب صحيحاً. (17)

هذه الحقيقة في طبيعة التنافس بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في ظل سطوة السلطة التنفيذية في الجانب العملي المتعلق بممارسة حق اقتراح القوانين ولد نوعاً من التفاعل السلبي بين كلا السلطتين من أجل التمسك بهذا الحق وهو ما انعكس على الشارع العراقي نتيجة حادثة التجربة في العراق، بعد فترة من الاستقرار في جانب التشريع قبل سنة 2003، إذ إن تغيير النظام السياسي في العراق ولد نوعاً من العبثية في التعامل مع التشريعات السابقة، خاصة على أثر اعتماد الأوامر والتوجيهات الملزمة من قبل سلطة الائتلاف المؤقتة برئاسة الحاكم المدني للعراق بول بريمر أو ما عرفت بقانون إدارة الدولة العراقية المؤقت بكل ما فيه، الذي أصبح فيما

(14) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، 70.

(15) عثمان خليل وسليمان الطماوي، القانون الدستوري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص422.

(16) إذ نصت على "أولاً: مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء. ثانياً: مقترحات القوانين تقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب، أو من إحدى لجانه المختصة".

(17) محمد سليم غزوي، الوجيز: التنظيم السياسي والدستوري للملكة الأردنية الهاشمية، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994، ص132.

بعد الأساس الذي كتب فيه دستور 2005 في العراق وجميع مراحل إقراره أيضاً، مما ولد إرباكا في جميع نواحي الحياة بخاصة القوانين المنظمة للحياة في الدولة وسبل تشريعها.

المطلب الثاني

دور اقتراح القوانين في سن التشريع

إن كل نص تشريعي مر بعدة مراحل وخطوات حتى استمد قوته التنفيذية كقانون، تلك المراحل أو الخطوات التي تقوم بها السلطة التشريعية في هذا السياق يطلق عليها مصطلح سن القانون، (18) ابتداءً من اقتراح القانون، أي من كونه مجرد فكرة يطرحها من له الحق بطرحها أمام السلطة المختصة بعرضها كمشروع للقانون أمام البرلمان وبعد مداوات ومشاورات قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى تعديله قبل صيرورته إلى قانون، لذلك يقال: إن عملية الاقتراح هي أولى مراحل سن القانون. (19)

وبالرغم من أن اقتراح القانون لا ينشئ القاعدة القانونية بصورة مباشرة، لأنه لا يعد قانوناً بذاته، لكنه يبقى أحد أهم العوامل في ممارسة الإرادة التشريعية وتفاعلاتها بين من له حق تقديمها من جهة والسلطة التشريعية من جهة أخرى، فهو عملية تشاركية، وعمل من أعمال الإدارة في الحكم بل عمل تشريعي، دون أن يعني حصول مشروع القانون على صفة القرار التشريعي الملزم. (20)

إذاً يعد بابا من أبواب الصراع لتنظيم المصالح بين من له حق الحق في تقديمها، والأمر في العراق مختلف عن بقية الدول في هذا الجانب، وهذا ما يحاول هذا البحث تأكيده، نظراً لقوة تأثير الجانب السياسي المرتبط بالانقسامات التي شهدتها الشعب العراقي، نتيجة تأثيره بإرادة التغيير التي قادتها الولايات المتحدة في العراق ومحاولة الجزء الأكبر من الشعب العراقي التمسك بالهوية والثوابت الوطنية والقومية في ظل تلك الإرادة.

باقتراح القانون وموافقة مجلس النواب عليه، وتصديقه ثم نشره في الجريدة الرسمية تكتمل مراحل التشريع في العراق، وليس لأي من هذه المراحل صفة القرار التشريعي بذاته، وما يتمخض عنها جميعاً هو الذي يطلق عليه (النص التشريعي أو القانون) فالقانون في طبيعته لا ينتج عن فراغ، (21) لأن هدفه في الأساس معالجة إحدى المشاكل في المجتمع وتنظيمها، بعد تعاون وتبادل للآراء في عملية تفاعلية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، لإيجاد قانون جديد أو تعديل لنص أو نصوص لقانون قائم أصلاً بغية إصلاح الخلل التشريعي إن وجد، أي أنّ اقتراح القانون يبدأ بفكرة في لباب من له الحق بعرضها على السلطة المختصة لتطويرها ومن ثم

(18) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط2، مكتبة مكاوي، بيروت، 1975، ص230؛ كذلك ينظر: عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص74.

(19) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القاعدة القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص129.

(20) السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، 1946، ص2.

(21) محمد عباس محسن، النشر في الجريدة الرسمية مكون تشريعي أم إجراء تنفيذي لضرورة له، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، العدد 1، 2012، ص245؛ كذلك ينظر: أشرف عبدالله عمر، السلطة المختصة باقتراح القوانين: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2004، ص9.

دراستها وتطويرها حتى تصل إلى مرحلة الكمال من وجهة نظر القائمين على التشريع في السلطة التشريعية. (22)

ولم يعد خافياً على أحد تأثر العراقيين بعملية التفاعل تلك نظراً لغياب النظرة الواقعية لحاجات الشعب العراقي الحقيقية ومتطلباته، من قبل شخوص الطبقة السياسية التي رافقت عملية التغيير في النظام السياسي بعد الاحتلال الأمريكي للعراق مباشرة، دون أن يعني أن هناك إرادة سلبية مسبقة من قبل تلك الطبقة، بل يعود السبب إلى انتماءاتهم الطائفية والقومية المتعددة، فضلاً عن كون أغلب شخوصها هم من اللاجئين في دول الجوار الجغرافي كإيران وسوريا فضلاً عن بعض الدول الأوروبية وهم بعيدون في الأصل كل البعد عن فهم كيفية إدارة الدولة بالشكل الصحيح، بحيث عاش العراقيون سنين عجاف عملية التغيير تلك، من تفكك وشك في ضرورات العيش المشترك قبل محاولات النهوض بواقع الدولة في الأيام الأخيرة.

المبحث الثاني

التداخل في دور السلطة التشريعية والتنفيذية عند تقديم المبادرات التشريعية وصورها

من المتعارف عليه أن أعمال التشريع تخرج من إطار المهام الرئيسية للسلطة التنفيذية من حيث النظام القانوني الداخلي للدول بسبب اضطلاعها بمهمة تنفيذ القوانين، لكن ذلك لا يعني أن مبدأ الفصل بين السلطات يقطع أواصر التعاون بين السلطات في أغلب الدول في العالم، لذلك يبقى هامش تعاونها موجوداً وتعاضداً مستمراً خاصة في مجال التشريع، من هذا المنطلق أصبح هناك حق في بعض أنظمة الحكم للسلطة التنفيذية للتدخل في بعض الإجراءات التي تدرج تحت باب الإجراءات التشريعية لاسيما العادية منها. لكن هذا التداخل من شأنه أن يولد نوعاً معقداً من التفاعل بين السلطات الأخرى في الدولة، بحيث يحتاج إلى دقة لتنظيمه، لذلك تلجأ الدول عادة إلى وضع حدود لتلك العلاقة في دستور الدولة.

مثال على ذلك، حق السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين وتعزيز مهام السلطة التشريعية في هذا الجانب على اعتبار أنها الأقرب إلى معرفة الحاجات التشريعية الفعلية المتعلقة بتنفيذ البرنامج الحكومي، فهي الأجدر لمعرفة وإدراك مواطن العجز التشريعي من حيث الحاجات الفعلية لمؤسسات الدولة ومدى قدرتها على تسهيل إدارة مراقبتها بسهولة لقبورها من ميدان الواقع العملي لعمل تلك المؤسسات، وتأخذ المبادرات التشريعية أشكالاً متعددة من حيث بيان من له سلطة اقتراح القوانين، فهناك اقتراحات برلمانية وأخرى تطرحها الحكومة في الدولة، لذلك سنحاول بيان أهم صور الاقتراح التشريعي بشكل عام في مطلب، ثم سنخصص المطلب الثاني لبيان التداخل في دور السلطة التنفيذية والتشريعية في عملية اقتراح القوانين في العراق.

(22) أشرف عبدالله عمر، مصدر سابق، ص 9.

المطلب الأول

أهم صور الاقتراح التشريعي

إن اقتراح القوانين يمكن ممارسته من قبل عدة جهات في كل دولة طبقاً لأسس وإجراءات يحددها النظام القانوني الذي رسمته دساتيرها، فتظهر عادة في شكل اقتراحات من قبل أعضاء البرلمانات أو ما يعرف بـ (الاقتراح البرلماني) أو تتصدى السلطات الحاكمة وبشكل لافت للنظر لعملية الاقتراح وهو ما يمكن أن نطلق عليه (الاقتراح الحكومي)، ولمزيد من التفصيل سنتناول هذه الصور بنوع من التفصيل كما يلي:

أولاً: سلطة اقتراح القوانين من قبل أعضاء البرلمان

اقتراح القوانين هو حق أو سلطة تمنحها أغلب الدول للسلطة التشريعية فيها، أي يكون حق تقديم مقترحات القوانين من سلطة أعضاء البرلمان، إذ توردها بنصوص قانونية يرسم حدودها الدستور، ويمكن القول إن ذلك ينبع من حق الأصالة الممنوح للسلطة التشريعية في كل دولة والمتمثل بتشريع القوانين. (23) ولكونه من الواجبات المهمة الملقاة على عاتق أعضاء البرلمان بعد تمسك أغلب البرلمانات في العالم بهذا الحق، لكن يتطلب تقديم تلك المقترحات مراعاتها بعض القيود الإجرائية ماعدا تلك التي تصدر عن رئيس الدولة فهي تكون مستثناة منها وتسمى مشروعات القوانين، إذ لا تقدم عادة إلا بعد اجتيازها نوعاً من البحث المعمق من حيث جدواها لتميزها عن تلك التي يقترحها أعضاء البرلمان التي يطلق عليها مصطلح اقتراحات القوانين. (24)

ثانياً: حق اقتراح القوانين من قبل حكومة الدولة

عمدت أغلب الدساتير لمنح رئيس الدولة سلطة اقتراح القوانين بوصفه رئيس رئيس السلطة التنفيذية فيها، (25) وتأخذ هذه السلطة صورة الاقتراح الوزاري يتقدم به أحد أعضاء مجلس الوزراء أو يكون مقمداً من قبل رئيس مجلس الوزراء نفسه، مثال هذا الشكل ما ذهب إليه دستور عام 1958 في فرنسا وفي المادة 39 منه بالتحديد بنصها على "لوزير الأول وأعضاء البرلمان حق اقتراح القوانين" وهو ذات ما أخذ به دستور الجزائر لعام 1989 عندما نصت المادة 113 / 1 منه على "لكل من رئيس الحكومة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني" حق اقتراح القوانين، أما الشكل الثاني فيتمثل بقيام رئيس الدولة بتقديم مشروع القانون المقترح للتصويت. (26) وخير مثال على ماتقدم هو ما جاءت به المادة 148 من دستور الجزائر في عام 1976، التي جاء فيها أن

(23) حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، ط2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1959، ص240.

(24) فمسوغات هذه التفرقة تنبع من كون الاقتراح البرلماني يصدر عن فكرة عارضة ويتسم بسوء الصياغة وتعارض المعاني وتضاربها، فالقانون يتضمن حل المشاكل العميقة ولذلك يتطلب الدراسة الجدية لجميع جوانبه وعلاقته بغيره من مواضيع مشابهة قد يعالجها التشريع القائم ونتائجه المحتملة، ثم تأتي بعد ذلك الصياغة القانونية الدقيقة لإبراز معانيه بشكل واضح لتجنب تعارض أحكامه، وهي مسألة تتطلب الدراسة المعمقة والخبرة الواسعة وهذه مسائل تتطلب توافر أجهزة فنية لا يملكها البرلمان حتى تساعده في الدراسات والبحث لإعداد مشروعات القوانين قبل تقديمها إلى المجلس، فضلاً عن إفراز التجارب النيابية لحقيقة تتمحور حول قيام أعضاء المجلس بتقديم مشروعات قوانين لا تستهدف المصلحة العامة أو تخالف الأصول المتعارف عليها في نطاق القانون، ينظر: محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص71؛ محمد سليم غزوي، مصدر سابق، ص132.

(25) محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1965، ص113.

(26) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص71.

"المبادرة بالقوانين حق لرئيس الجمهورية كما أنها حق لأعضاء المجلس الوطني" وكذلك ما أورده المشرع البحريني بالنص في المادة 35/أ من دستور عام 1976 على أن "للأمير حق اقتراح القوانين...". أما في العراق، بعد أن كان لرئيس الجمهورية سلطة مطلقة في السابق قبل سنة 2003، أصبحت هذه السلطة مقيدة بموجب دستور 2005، إذ تم مشاركة اختصاصاته مع رئيس الوزراء من جهة ومجلس النواب من جهة أخرى، ويفترض أن هذا الأمر محمود لكن أدى ذلك ولحد الآن إلى غلبة المصالح السياسية المتمثلة بعدم النضوج الفكري لدى صناع القرار من الطبقة السياسية يرافقه هاجس من الخوف في إعطاء صلاحيات أوسع لرئيس الجمهورية بخاصة في جانب التشريع، مما صعب سبل تشريع القوانين.

المطلب الثاني

التداخل في دور السلطة التنفيذية والتشريعية عند عملية اقتراح القوانين في العراق

إن عملية تحول الاقتراح الى قانون في العراق تحتاج لتقديم المبادرة به بصورة نص إلى مجلس النواب حتى يتولى عملية دراسته ومن ثم إقراره وفقاً لإجراءات معينة بينها الدستور، (27) على أساس احترام مبدأ الفصل بين السلطات طبقاً لنص المادة 47 من دستور سنة 2005. فضلاً عن أن المادة 60 من ذات الدستور كانت قد بينت صراحة الحق لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء من جهة ومجلس الوزراء ولجانته تقديم مشروعات ومقترحات القوانين على التوالي، (28) لكن أظهر الواقع العملي أن طبيعة الشروط والإجراءات التي تتطلبها مسألة حق عرض المبادرة التشريعية من قبل أعضاء البرلمان أو من قبل إحدى لجانه قد أعطت الأفضلية لعرضها من قبل الحكومة بشكل يطغى على ماسواها.

على سبيل المثال، جاء في أحد قرارات المحكمة الاتحادية ما يؤكد على أن هناك بناء قانونياً ظاهرياً لا ينسجم والمضمون الفعلي الواقعي في عملية اقتراح القوانين، (29) بعد أن لاح فيه أن المحكمة قامت بعملية استندت

(27) فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية القاهرة، 1965، ص113.
(28) نصت المادة 60 من دستور 2005 على "أولاً: مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء. ثانياً: مقترحات القوانين تقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب، أو من إحدى لجانه المختصة".

(29) نص حكم المحكمة على "الدى التدقيق والمداولة... وجد أن المدعي رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته طعن بعدم دستورية قانون فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والأشغال العامة المرقم 20 لسنة 2010 لمخالفته لأحكام الدستور، ووجدت.. إنه قد تبنى مبدأ الفصل بين السلطات في المادة 47 منه وأن مشروعات القوانين خص بتقديمها السلطة التنفيذية ويلزم أن تقدم من جهات ذات اختصاص في السلطة التنفيذية لتعلقها بالتزامات مالية وسياسية ودولية واجتماعية وأن الذي يقوم بإيفاء هذه الالتزامات هي السلطة التنفيذية وذلك بحسب نص المادة 80 من الدستور.. حيث إن دستور جمهورية العراق في المادة 60 بين وجود منفذين تقدم من خلالهما مشروعات القوانين، وهذان المنفذان يعودان حصراً للسلطة التنفيذية وهما رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وإذا ماتم تقديم غيرهما فإن ذلك يعد مخالفة دستورية لنص الفقرة الأولى من المادة 60، وأن الفقرة الثانية من المادة 60 أجازت لمجلس النواب تقديم مقترحات القوانين... ومقترح القانون لا يعني مشروع القانون لأن المقترح هو فكرة والفكرة لا تكون مشروعاً ويلزم أن يأخذ المقترح طريقه الى أحد المنفذين المشار إليهما لإعداد مشروع قانون وفق مرسومته القوانين والتشريعات النافذة إذا وافق ذلك سياسة السلطة التنفيذية التي أقرها مجلس النواب، ومن متابعة القانون... وجد أنه كان مقترحاً تقدمت به لجنة العمل والخدمات في مجلس النواب إلى رئاسة مجلس النواب ولم يكن مشروع قانون تقدمت به السلطة التنفيذية واستنفذ مراحله قبل تقديمه وحيث تم إقرار هذا القانون من مجلس الرئاسة ونشر في الجريدة الرسمية دون أن تبدي السلطة التنفيذية الرأي فيه ضمن التزاماتها السياسية الداخلية منها والدولية وهذا مخالف للطريق المرسوم لإصدار القوانين من الناحية الدستورية حيث إن رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسة العامة للدولة وذلك طبقاً لنص المادة 78 من الدستور ويمارس صلاحياته الدستورية في تخطيط وتنفيذ هذه السياسة والخطط العامة والإشراف على عمل

إلى مطابقة لنص القانون مع أحكام الدستور لتحديد وجود مثلث دستوري شكلي، إجرائي من عدمه فيه أو موضوعي، فمن الناحية الشكلية قررت المحكمة بطلان (قانون فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والأشغال العامة المرقم 20 لسنة 2010) لمخالفته أحكام الدستور، بناءً على ذريعة الخروج على قواعد الاختصاص، على اعتبار أن التشريع يمر بمراحل عديدة، تترتب على عدم استيفاء إجراءاتها وما تتطلبه من شكلية معينة نص عليها الدستور وألزم المعنيين بها بضرورة اتباعها قبل إصدارهم للقانون، وإلا سيؤدي إلى بطلان القانون وبالتالي يتعين عندها ضرورة إلغائه مع آثاره. على سبيل المثال، صدور قانون دون حضور أو حصول الأغلبية المطلوبة من عدد أصوات أعضاء البرلمان لإقراره بعد استيفاء صحة الجلسة التي أقر فيها أو دون حتى الحصول على تلك الأغلبية أو دون تصديق رئيس الجمهورية، تعد أسباباً شكلية لعد القانون المعني باطلاً ومن ثم يتعين إلغاء آثاره.(30)

إن عدم اتباع ما نص عليه الدستور من إجراءات أو تلك التي نصت عليها اللوائح الداخلية للبرلمان تعد من العيوب الشكلية، أي تتحقق من وجهة نظر جانب من الفقه(31) عند عدم مراعاة تلك القواعد المتعلقة باقتراح القوانين أو عند إقرارها في البرلمان أو حتى عند إصدارها بغض النظر عن كون قواعد الشكل والإجراءات كان قد ورد ذكرها في لوائح البرلمان الداخلية أو في الدستور.(32) ذلك أن عملية تشريع القوانين في النظام السياسي العراقي تخضع للتوافقات السياسية لأجل تشريعها بعيداً عن الآلية الدستورية، ويبدو ذلك، أيضاً، نتيجة الخلل الذي أصاب المجتمع العراقي والتشكيلات السياسية التي تمثلته بعد احتلال العراق في 2003، إذ طاف إلى الوجود نوع من العبثية في إدارة مرافق الدولة ومنها الجانب التشريعي. ومع ذلك، بين المشرع العراقي الفرق بين مفهوم كل من مشروع القانون ومقترح القانون عندما أناط للسلطة التنفيذية تقديم الأول، في حين اكتفى بذكر تولي تقديم الثاني من قبل السلطة التشريعية ممثلة ببعض أعضاء مجلس النواب، بشروط محددة بينها المادة 60، كما أشارت المادة 66 من الدستور إلى من له تلك الصلاحية وبصورة جلية فقررت تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء...." على اعتبار أن التشريع في وصفه القانوني لا يخرج عن كونه "مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة المختصة بها، بوصفها عملية وضع القوانين وإصدارها"(33)

الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة وفقاً لنص الفقرة أولاً من المادة 80 من الدستور لذا فإن من حقه إضافة لوظيفته الطعن بعدم دستورية القانون موضوع الدعوى لعدم اتباع الشكلية التي رسمها الدستور عند تشريعه ولمخالفة القانون رقم 20 لسنة 2010 للفقرة الأولى من المادة 60 من الدستور قررت المحكمة.. بإلغائه وإلغاء الآثار المترتبة عليه." نقلاً عن: عنان محسن ظاهر، حقوق النائب وواجباته في المجالس التمثيلية العربية: دراسة مقارنة للأنظمة الداخلية للبرلمانات العربية، 2007، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص103.

(30) محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص73.

(31) حول آراء الفقهاء انظر: محمد عباس محسن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النهرين، 2009، ص144.

(32) ينظر: قراري المحكمة الاتحادية العليا في العراق 43/ اتحادية/ 2010 في 12 / 7 / 2010 المتعلق بإلغاء قانون فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والأشغال العامة رقم 20 لسنة 2010 وإلغاء قانون فك ارتباط دوائر وزارة العمل والشؤون الاجتماعية رقم 18 لسنة 2010.

(33) المادتان 125 و 126 من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

ولا تعارض بين ماذهبت إليه المحكمة الاتحادية من تفسير مع صلاحيات دور المجلس في تشريع القواعد القانونية، (34) كما أنها لم تخرج في حكمها عن المبادئ التي أقرها الدستور من حيث ضرورة تحريها للتطابق بينها وبين التشريعات والأوامر التي قد تصدر عن جهات أخرى في الدولة لكن في نطاق اختصاصها القانوني. لذلك، تؤكد المحكمة في أكثر من مناسبة على أهمية مرور مقترح القانون الذي يقدم من 10 من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى اللجان فيه عبر السلطة التنفيذية "رئيس ومجلس الوزراء ورئيس الجمهورية" (35) واعتبار مخالفة ماتقدم من متطلبات شكلية مهمة لصيرورة المقترحات التي تصدر من جهة مجلس النواب إلى قوانين. (36) فالمشرع سكت عن تنظيم حالة رفض السلطة التنفيذية للمقترح المقدم من قبل مجلس النواب، وليس أمام المجلس إلا سحب الثقة عن الحكومة واعتبارها مستقلة في حالة إصراره على إنفاذ المقترح، مع التأكيد على خضوع ذلك للإجراءات القانونية التي على المجلس اتباعها، كالاستجواب طبقاً لرأي المحكمة الاتحادية العليا المستند على تفسير الفقرة 8 من المادة 61 من دستور سنة 2005. (37)

وبالرجوع إلى نص المادة 78 من النظام الداخلي، (38) ونص المادة 90 منه اللتان بينتا صراحة، أن اللجنة القانونية في المجلس تتولى مهمة دراسة مشروع القانون الذي تقدمه السلطة التنفيذية، لإبداء الرأي وإجراء الصياغات المطلوبة عليها بناء على تكليف هيئة الرئاسة، وهذا ماجرى عليه سياق العمل في مجلس النواب ماعدا ماجاء في نص المادة 31 من النظام الداخلي للمجلس، لبيانها أن المجلس يمارس "النظر في مشروعات القوانين المقترحة من قبل أعضاء المجلس ولجانه" أيضاً. لذلك، يعتبر التمييز بين مفهومي مشروع القانون ومقترح القانون أمراً مهماً، لاختلاف نطاق وأثر كل منهما عن الآخر طبقاً لنص المادة 123 والمادة 124 من النظام الداخلي، كما أن ذلك يدفع بنا باتجاه القول: إن ما قام به المشرع العراقي بجانب الصواب من حيث التأكيد على ذلك التمييز والتأكيد عليه في القرارات التي تطعن بمخالفة هذه الشكلية المطلوبة في الإجراءات والحث على ضرورة احترامها، تأييداً لرغبة المشرع في قصر بعض الأحكام التي أوردها بخاصة في النظام الداخلي ومن خلال النص على تنظيم آلية الرفض والسحب التي تواجه مقترح القانون في المجلس من غير شمولها لمشروع القانون المقدم من قبل السلطة التنفيذية، ومن خلال ماسبق تظهر أهمية نص المادة 120

(34) قضت المادة 9 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2007 بإرساء حق المبادرة التشريعية الحكومية عندما نصت على "تمارس هيئة رئاسة مجلس النواب المهام الآتية.. أولاً: تنظيم جدول الأعمال بالتنسيق مع رئيس اللجنة المعنية أو ممثلهم من اللجان لجلسات مجلس النواب وتوزيعه على الأعضاء وأعضاء مجلس الرئاسة وأعضاء مجلس الوزراء مرفقاً به مشاريع ومقترحات القوانين والتقارير الموضوعة للمناقشة مع مراعاة أولية إدراج مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة التي أنهت اللجان المختصة دراستها".

(35) ينظر: المواد 60 و80 من دستور العراق لسنة 2005.

(36) ذلك أن الواقع العملي يشير إلى جملة من القرارات التي أصدرتها المحكمة الاتحادية والتي تؤيد هذا المنطق. للمزيد انظر: محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص 74-76؛ كما أن ذلك يتطابق مع نص المادة 31 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2007 بنصها على "يمارس مجلس النواب الاختصاصات الآتية: النظر في مشاريع القوانين المقترحة من مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء بما في ذلك مشروع قانوني الموازنة العامة للدولة والموازنة التكميلية".

(37) ينظر: محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية، ص 77.

(38) نصت على "أولاً: لكل لجنة دائمة في مجلس النواب اقتراح القوانين ذات العلاقة باختصاصها وفقاً للضوابط التي ينص عليها هذا النظام. ثانياً: تتولى كل لجنة من اللجان الدائمة دراسة مشروعات القوانين واقتراحات مشروعات القوانين، المتعلقة باختصاصتها وإبداء الرأي فيها وغير ذلك من الموضوعات التي تحال إليها من هيئة الرئاسة والمتعلقة بالاختصاصات المبينة في هذا النظام".

النظام الداخلي للمجلس، بخاصة الإشارة والتأكيد على صياغة مقترح القانون على شكل مواد تتضمن الأسباب الموجبة له،⁽³⁹⁾ لأنها تعد مهمة جداً ابتداءً من دورها في إظهار المصالح المزمع حمايتها أو تنظيمها من خلال نص قانون، بعد تهيئة الوقائع المعنية بها، وتهيئة المتخصصين في كتابة نصوص القواعد القانونية الملزمة، العامة، والمجردة، لذلك ينبغي أن يكونوا على مستوى عال من الدراية القانونية ومن الملمين بأمور السياسة العامة، السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية على حد سواء.

أما بالنسبة لمقترح تعديل القانون بخاصة الذي تترتب عليه أعباء مالية، والاقتراحات المتعلقة بتعديل نصوص مشروع الموازنة المقدم من قبل الحكومة والتي تقدمها اللجنة المالية في مجلس النواب، فيجب أن تمر هي الأخرى على مجلس الوزراء قبل تمريرها،⁽⁴⁰⁾ وفي ذلك حالات من التفاعل والسجال الشديد بين الحكومة والبرلمان يسمع صداها في الإعلام، وفي هذا أثر سلبي يتطلب معالجات آنية نراها ترتبط ومنع أعضاء البرلمان من التصريحات المتعلقة بمقترحات القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية وحصر ذلك بالدائرة الإعلامية لمجلس النواب. أما من جانب السلطة التنفيذية فنرى أن ماتقدم يتوافق مع ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية من تطبيقات عملية في أحكامها وهو ما يتوافق وطبيعة ما آل إليه التحليل في سياق هذا البحث، والذي أكد على صواب آراء المحكمة في هذا الشأن وفي إلزام السلطة التنفيذية على التقيد بما يتطلبه سياق عمل تشريع القوانين.

الخاتمة

وصولنا في نهاية بحثنا إلى عدة نتائج وتوصيات، نعرضها كما يلي:

أولاً: النتائج

1. إن المبادرة التشريعية في جميع أنظمة الحكم الوطنية تمثل حقاً وليست مجرد مرحلة أولية باتجاه سن القوانين ومن ثم تقنينها، وهي تظهر في العراق على صورتين: الأولى في صورة مشروع للقانون تقدمه السلطة التنفيذية، والثانية في صورة مقترح للقانون يتولى إعداده مجلس النواب المنتخب من قبل الشعب، لكنه لا يستطيع إقراره إلا بعد تحوله إلى مشروع قانون.
2. على مجلس النواب في العراق إذا ما أراد تشريع أي قانون أن يمرر مقترح القانون عبر جناحي السلطة التنفيذية المتمثلين برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، لتعلق ذلك بحجم الالتزامات المالية والسياسية والاجتماعية فضلاً عن ما قد يترتب عليه من التزامات دولية بحق العراق كدولة يفترض أن تكون ذات سيادة، وهي تقع على عاتق حكومة الدولة. غير أن هناك رأياً أشارت إليه المحكمة الاتحادية العليا بأنه في حالة رغبة مجلس النواب الإصرار على تشريع مقترح القانون فله قدرة التهديد أو سحب الثقة عن الحكومة وبالتالي عدها مستقلة بعد استجوابها طبقاً للإجراءات التي حددها النظام الداخلي لمجلس النواب والدستور، والتي جاءت معززة لضرورات التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات بموجب نصوص المواد

(39) نصت على "يحق لعشرة من أعضاء المجلس اقتراح مشروعات القوانين إلى رئيس مجلس النواب مصوغة في مواد تتضمن الأسباب الموجبة للقانون".

(40) ينظر: المادة 130 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2007.

(47، 60، 80) من الدستور، ومن دون أي تدخل في مهامها أو خدش لهدف حكومة الدولة المائل في الحفاظ على الوحدة في سياسة الدولة العامة.

وعلى الرغم من كون السلطة التشريعية هي المخولة دستورياً بإقرار القوانين والنظم والسياسات العامة في العراق يفترض أن يكون لها كامل الصلاحيات لإقرار أو رفض القوانين باعتبار أن السياسة العامة هي قرار تشريعي بالدرجة الأولى، وهذا ما يبرره نص المادة (61) أولاً من الدستور والتي تمر بعدة مراحل كاقترح القانون ومناقشته وإقراره والتصديق عليه ومن ثم نشره في الجريدة الرسمية، غير أن الحقيقة تبدو متوافقة مع التقييد لذلك الكمال المفترض لأن مشاريع القوانين التي تقدم لمجلس النواب هي عن طريق السلطة التنفيذية المتمثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء فقط ولا بد من إعطاء دور أكبر للسلطة التشريعية في هذا الجانب كونها الممثل الحقيقي للشعب.

ثانياً: التوصيات

1. إن عملية تشريع القوانين في العراق تخضع في نطاق ضيق للتوافقات السياسية قبل اكتمالها بعيداً عن الآليات الدستورية وهذا ما يؤدي إلى عرقلة تشريع الكثير من القوانين المهمة، لذلك يجب الحد من أثر العوامل السياسية في إدارة الدولة بخاصة في الجانب التشريعي منها.
2. لا بد من إعادة النظر في جميع نصوص الدستور المتعلقة بآليات تشريع القوانين حتى يتم تجديدها من أي أثر محتمل للصراعات السياسية بين الكتل والأحزاب المتهافئة للوصول إلى سدة الحكم على حساب مصلحة الشعب العراقي في تنظيم حقوقه وواجباته العامة.

المصادر

أولاً: الكتب

1. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القاعدة القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.
2. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ط2، مكتبة مكاوي، بيروت، 1975.
3. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
4. حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، ط2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1959.
5. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، 1946.
6. عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.
7. عبدالمنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

8. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الثاني، النظام الدستوري المصري، ط5، مطبعة الاعتماد، مصر، 1955.
9. عثمان خليل وسليمان الطماوي، القانون الدستوري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.
10. عدنان محسن ظاهر، حقوق النائب وواجباته في المجالس التمثيلية العربية: دراسة مقارنة للأنظمة الداخلية للبرلمانات العربية، 2007، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي.
11. عمر حلمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ط1، القاهرة، 1980.
12. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية القاهرة، 1965.
13. محمد سليم غزوي، الوجيز: التنظيم السياسي والدستوري للملكة الأردنية الهاشمية، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1994.
14. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1964.
15. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1965.
16. وايت إبراهيم ووحيد رأفت، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، 1937.

ثانياً: الدراسات والبحوث

1. محمد عباس محسن، اقتراح بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية.. مراجعة للنصوص الدستورية ولقرارات القضاء الاتحادي العراقي، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 11، 2004.
2. محمد عباس محسن، النشر في الجريدة الرسمية مكون تشريعي أم إجراء تنفيذي لضرورة له، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد 1، العدد 1، 2012.

ثالثاً: الرسائل والأطروحات الجامعية

1. أشرف عبدالله عمر، السلطة المختصة باقتراح القوانين: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2004.
2. أوصيف السعيد، تدهور المعيار التشريعي في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
3. عبدالله رحمة الله البياتي، مراحل العملية التشريعية في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1991.
4. محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النهرين، 2009.

رابعاً: الدساتير والتشريعات الوطنية

1. دستور العراق لسنة 2005.
2. النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2007.

خامساً: قرارات المحكمة الاتحادية العليا

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا، المتعلق بإلغاء قانون فك ارتباط دوائر وزارة العمل والشؤون الاجتماعية رقم 18 لسنة 2010.
2. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق/43/ اتحادية/ 2010 في 12 / 7 / 2010، المتعلق بإلغاء قانون فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والأشغال العامة رقم 20 لسنة 2010.

الوساطة الإلكترونية في مجال منازعات التجارة الإلكترونية

Electronic Mediation in the Field of E-Commerce Disputes

قادري طارق(1)، فتحي تيطراوي(2)

الملخص

تعتبر الوساطة وسيلة بديلة لتسوية المنازعات، و هي إجراء غير ملزم ينطوي على شكليات محددة، تقوم من خلالها الأطراف المتنازعة بعرض النزاع لإيجاد حلول مناسبة و مقبولة له، و يتولى هذه المهمة وسيط محايد يقوم بتقديم مساعدة فنية للأطراف المتنازعة الهدف منها التوصل إلى تسوية تحقق رضا متبادلا عكس الدعاوي القضائية. تسمح وسيلة الوساطة للأطراف المتنازعة من تحديد هيكل التسوية و شروطها و هذا يمكن من وضع أفضل إطار لها و بشكل يضمن السرية و الجدية في مناقشة النقاط المهمة، مع منح هذه الأطراف إمكانية الانسحاب متى أرادوا ذلك. وسمحت وسائل الاتصال الحديثة و لا سيما شبكة الإنترنت بمنح هذه الوسيلة لأنها أكثر فعالية و سرعة في تسوية المنازعات الإلكترونية لا سيما الناشئة عن التجارة الإلكترونية، نظرا لخصوصية هذه التجارة و انتشارها الرهيب. إن اختلاف القواعد و الضوابط التي تحكم مثل هذه التسوية، جعل من الصعوبة تحديد الاختصاص القضائي كون العملية تحدث في فضاء افتراضي، و جعل حتما على الدول ضرورة تعديل قوانينها لتلائم وهذه المستجدات الناتجة عن التطور السريع لوسائل الاتصال، فمثلا أصبح ممكنا التعاقد إلكترونيا يمكن كذلك تسوية المنازعات إلكترونيا لا سيما تلك الناتجة عن التجارة الإلكترونية.

الكلمات الدالة: الوساطة الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، منازعات التجارة الإلكترونية.

Abstract

Mediation is seen as an alternative means for disputes settlement. It is a non-binding procedure-based on some formalities- through which the disputatious parties bring to attention their dispute in a bid to find suitable and acceptable solutions therefor. This mission is carried out by a neutral mediator who offers technical assistance for the disputatious parties with a view to arriving at a satisfying settlement for both parties unlike lawsuits. Mediation allow the disputatious parties to specify the overall outline of the settlement together with its conditions which would set up the best framework therefor in such a way that guarantees confidentiality and seriousness in discussing the key points, and enable them to withdraw if they so wish. Modern means of communication, particularly the Internet, facilitate the job of mediators as it is more effective and faster in settling electronic disputes especially those which emerge out of the e-commerce, due to the distinctive feature of this kind of commerce and its explosively-fast expansion. The difference between the rules and restrictions that govern such a settlement cast shadow over specifying the jurisdiction because the whole process takes place in a virtual world, which forces the states to necessarily amend their legislations in such a way that harmonizes with these new advancements resulted from dramatically accelerating development in the means of communication. As long as it is possible to enter into contracts electronically, it is also possible to settle disputes electronically, especially those that emerge out of the e-commerce.

Keywords: Electronic Mediation, E-Commerce, E-Commerce disputes.

مقدمة

لقد أدى غزو وسائل الاتصال الحديثة لحقل التجارة الدولية إلى توفير مزايا عديدة للمتعاملين في هذا المجال ولعل أهم هذه المزايا هو مسألة التعاقد الإلكتروني أي عبر شبكة الإنترنت.

إن هذا الانتقال من التعاقد بالطرق التقليدية نحو استخدام وسائل الاتصال الحديثة نشأ عنه إشكاليات ومنازعات قانونية نتيجة طبيعته الجديدة، وأصبح من الضروري إيجاد وسائل جديدة لتسوية الخلافات الناشئة عن هذا الاستخدام، التي من بينها طريق الوساطة الذي يعرف بشكل عام على أنه محاولة لتسوية خلاف بين طرفين بطريقة ودية عبر تدخل طرف ثالث محايد يتولى هذه العملية.

تعد شبكة الإنترنت فضاء رقمياً ليس له حدود ومعالم جغرافية، وأمام هذا الواقع يطرح التساؤل حول صلاحية تطبيق القواعد التقليدية التي تنظم اختصاص المحاكم الوطنية من الناحية الدولية على الخلافات الناشئة على شبكة الإنترنت، علماً أن القواعد التقليدية ينحصر مفعولها بحدود الخلافات المرتبطة مكانياً أو شخصياً بدولة ما، في حين أن شبكة الإنترنت قائمة على نظام خاص من المعلومات أو العلاقات العابرة للحدود عند تداولها، وهذا يجعل من الدول كافة التي تمتد لها شبكة الإنترنت مختصة مما يعقد مسألة تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة.

لقد مكن هذا التطور السريع في وسائل الاتصالات الحديثة من جعل ممارسة الوساطة الإلكترونية أمراً ممكناً، خاصة بعد انتشار العديد من المواقع الإلكترونية لمراكز ومؤسسات الوساطة التي تعرض خدمة الوساطة الإلكترونية على موقعها بشبكة الإنترنت.

حيث أصبح ممكناً تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بنفس آلية إبرام العقود الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت ومن دون الحاجة إلى التواجد المادي لطرفي الوساطة والوسيط في مكان واحد. تعد الوساطة الإلكترونية كالوساطة العادية التقليدية، ولكنها تكتسب صفة الإلكترونية من الوسيلة أو الكيفية التي تتم بها، ويتم ممارسة الوساطة الإلكترونية من خلال مراكز ومؤسسات الوساطة التي تقدم خدمة الوساطة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت حيث يوجد في موقع كل منها أمانة عامة، تقوم باستقبال طلبات الوساطة الإلكترونية بعد ملء نموذج طلب الوساطة المنشور على موقع مركز الوساطة بشبكة الإنترنت.

إن أهمية هذا الموضوع تبرز أيضاً من خلال النقاشات المطروحة، كالجدل القائم حول مصير الحلول المتوصل إليها لمختلف هذه الخلافات التي يتم تسويتها إلكترونياً، فلا بد من إجراء إعادة نظر في القواعد القانونية السارية المفعول في كل دولة، وهذا يجعلها تتلائم و تتوافق مع التغييرات في مجال التجارة الإلكترونية.

ومن خلال هذا البحث حاولنا الإجابة عن الإشكالية التالية: ما هو مفهوم الوساطة الإلكترونية وكيف يمكن تحديد الاختصاص القضائي عند ممارسة الوساطة الإلكترونية في مجال منازعات التجارة الإلكترونية؟

ولقد رأينا أنه للإجابة عن هذه الإشكالية أن نقوم بتقسيم خطة البحث إلى محورين هما:

المحور الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية.

أولاً: تعريف الوساطة الإلكترونية.

ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية.

ثالثاً: شروط ممارسة الوساطة الإلكترونية.

المحور الثاني: إجراءات سير الوساطة الإلكترونية.

أولاً: كيفية توجيه طلب الاستفادة من الوساطة الإلكترونية إلى مركز الوساطة.

ثانياً: بدء عملية الوساطة الإلكترونية وانتهائها.

ثالثاً: الاختصاص القضائي في مجال الوساطة الإلكترونية.

المحور الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الإلكترونية من بين أهم الوسائل البديلة لحسم الخلافات الناشئة بين أطراف التعاقد الإلكتروني كونها تتناسب طبيعة التجارة الإلكترونية، وتساهم بشكل فعال في التقليل من حدة خلافاتها. تظهر أهمية الوساطة من خلال توقفها على إرادة طرفي الخلاف الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لتسوية الخلافات، فدور الوسيط يقتصر على تقريب وجهات النظر بين طرفي الخلاف، ويبقى لهما حق قبول توصياته أو رفضها مع ضرورة تحلي هذا الوسيط بالحياد والنزاهة. ونظراً للأهمية التي تحظى بها الوساطة كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية، فقد ارتأينا تقسيم هذا المحور إلى ثلاثة عناصر الأول لتعريف الوساطة والثاني لخصائص تلك الوساطة أما العنصر الثالث فشروط ممارستها.

أولاً: تعريف الوساطة الإلكترونية

نصت المادة 3/1 من قانون الأونسترال النموذجي لسنة (2002) للتوفيق التجاري الدولي على أن الوساطة:

"أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق أو الموفقين) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين"⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا نصت المادة 01 من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات في الأردن وعرفت بأنها:

"الوسيلة التي يتم بموجبها السعي لفض النزاع دون أي سلطة للوسيط أو الموفق لفرض قراره في النزاع وذلك

(1) Voir sur le site internet: www.uncitral.org

عن طريق تقريب وجهات النظر وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الوسيلة".

وعلى العموم تعرف الوساطة على أنها إحدى آليات الحلول البديلة لفض الخلافات، وهي تهدف في صورها المختلفة إلى تسوية الخلاف وديا عبر استعمال أسلوب التراضي والتوفيق بين الخصوم بإجراءات مرنة عن تلك المتعارف عليها أمام المحاكم لتحقيق مصلحة الجميع بأسرع الطرق و أقلها كلفة (2).

كما يعرفها بعض الباحثين على أنها عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط هدفه مساعدة أطراف الخلاف لإجراء حوار قصد تقريب وجهات النظر لإيجاد حل يناسب طرفي الخلاف. أما فريق آخر فيعرفون هذه الوساطة طالما أنها تتم عن بعد بأنها: " كل عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الإنترنت وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع"(3).

وعليه فهذه الأخيرة لا تختلف عن الوساطة التقليدية من حيث الهدف والإطار العام إلا أنها تختلف عنها من حيث الوسيلة، كونها تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية، أي يكون الوسيط والأطراف المتنازعة متمركزين في عدة دول، ويتحاورون عن طريق شبكة الإنترنت بخلاف ما يجري عليه العمل في الوساطة التقليدية أي تشترط الجاهية بين الطرفين ضمن دولة واحدة(4).

إلا أن استخدامات الوساطة الإلكترونية لفض منازعات التجارة الإلكترونية تقترب من استخدامات أخرى لوسائل تسوية بديلة كالمفاوضات والصلح مثلا، الأمر الذي يتوجب تمييزها عنها.

وبالرجوع إلى مركز الوساطة (TRADE SQUARE) مثلا، نجد أنه يتيح للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية خدمة أخرى غير خدمة الوساطة الإلكترونية ألا وهي خدمة المفاوضات المباشرة. ولما كانت الوساطة في إطارها العام تفيد تقريب وجهات النظر للوصول إلى حل يرضي الطرفين بعيداً عن القضاء فإنها بذلك تقترب أيضا من بعض النظم القانونية على سبيل المثال كالمفاوضات والصلح، الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة التمييز بينها وبين بعض الوسائل التي تقترب منها(5).

1- تمييز الوساطة الإلكترونية عن المفاوضات.

غالبا ما تتم الوساطة في مجال تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عبر اللجوء إلى مراكز متخصصة في هذا المجال، والفرق واضح بين أسلوب الوساطة الإلكترونية والمفاوضات، كون هذه الأخيرة أي المفاوضات تسبق عملية الوساطة، وتتم العملية بشكل مباشر مقتصر على طرفي الخلاف دون أي تدخل من جانب الوسيط أو مركز الوساطة، فبعد أن يتفق طرفا الخلاف على تسوية خلافاهما عبر وسيلة المفاوضات المباشرة، يبلغون مركز الوساطة بذلك ليقوم هذا الأخير بتمكين المتفاوضين من الدخول إلى الصفحة الخاصة بهم، والموجودة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز.

(2) خيرى عبد الفتاح البتانونى: الوساطة وسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.

(3) بن سالم أوديجا، الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم، الرباط، ص 67.

(4) أبرار علي صالح المحميد، الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الخليجية، أبريل 2011، ص 67.

(5) voir sur le site: www.squaretrade.com

حيث يتم التفاوض على موضوع الخلاف بين الأطراف وحدها بغية التوصل إلى حل للخلاف القائم طبعاً خلال مدة معينة يحددها مركز الوساطة، و خارج هذه المدة، وإذا لم يطلب طرفا الخلاف تمديدتها للتفاوض أكثر، يتم إغلاق ملف القضية آلياً إلا إذا طلب طرفا الخلاف من مركز الوساطة تعيين وسيط لمساعدتهم على تسوية الخلاف(6).

ما من شك أن المفاوضات المباشرة تلعب دوراً مهماً في تسوية الخلافات التجارية الإلكترونية، فهي تمكن طرفي الخلاف من تسوية خلافهما بأنفسهما من دون تدخل أي كان(7)، محافظة بذلك على الوقت والمال، ففي هذه المرحلة ما قام به مركز الوساطة لا يعدو تمكينه الأطراف المتفاوضة من أدوات الاتصال اللازمة، وبهذا تظهر فعالية هذا الأسلوب التفاوضي في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية(8).

إلا أن مراكز الوساطة عادة تضع شروطاً للأطراف المتفاوضة وجب التقيد بها(9).

2- تمييز الوساطة الإلكترونية عن الصلح.

يعدال صلح عقداً بموجبه يحسم طرفا الخلاف هذا الأخير، ولا يتم إلا بتنازل كل طرف عن جزء من ادعاءاته، وفي المحصلة يعد الصلح عقداً رضائياً ملزماً لطرفي الخلاف، وبه يتم حسم الخلاف. إلا أنه رغم اعتبار الوساطة والصلح وسيلتين اختياريتين لتسوية الخلافات(10). توجد عدة فروق بينهما تتمثل في:

- يجوز لطرفي الخلاف اللجوء إلى القضاء بعد عملية الوساطة بخلاف الحال بعد الصلح.
- يترتب على عقد الصلح حسم وإنهاء الخلاف بمجرد إبرامه، بينما اتفاق الوساطة لا ينهي الخلاف بل هناك قبول طرفي الخلاف للتوصية وتوقيعها عليها مع الوسيط.
- لا بد في الوساطة من تدخل طرف ثالث وسيط لفض الخلاف، بينما في الصلح لا يشترط وجود طرف ثالث محايد، بل قد يتم الصلح بواسطة طرفي الخلاف أنفسهم.

أما على المستوى الدولي فنصت المادة 4/1 من قانون الأونسترال النموذجي على الحالات التي تكون الوساطة والتوفيق فيها دولية وهي:

1. إذا كان محل عمل المتنازعين وقت إبرام العقد المتنازع عليه في بلدين مختلفين.

2. إذا كان محل عمل المتنازعين في دول مختلفة عن:

(6) محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013، ص 220.
(7) عمر مشهور، حديثة الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، "دوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات" 28 كانون أول 2004، جامعة اليرموك إربد، ص 3.
(8) إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 78.
(9) عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص 110.
(10) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 509.

أ. الدولة التي تنفذ جانب جوهرى من الالتزام.

ب. الدولة الأكثر ارتباطاً بالنزاع.

ت. إذا كان للشخص أكثر من مكان عمل واحد، فيؤخذ بالدولة الأكثر ارتباطاً باتفاق الوساطة، في حين أنه إذا لم يكن للشخص مكان عمل يُؤخذ بمكان الإقامة المعتاد(11).

ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية

لقد حققت الوساطة الإلكترونية بصفتها وسيلة لتسوية الخلافات عن بعد، نجاحاً واسعاً وإقبالاً هائلاً في ميدان التجارة الدولية لما تمتاز به هذه الوسيلة من خصائص ومزايا معينة أهمها:

1- فعالية الأدوات المستخدمة للتفاوض في عملية الوساطة الإلكترونية:

تمكن هذه الأدوات من تسجيل المناقشات التي تجري بين طرفي النزاع في برنامج مستقل على شبكة الإنترنت وفي كل مراحل المفاوضات بدءاً من مرحلة الاتصال الأولي بين طرفي النزاع حتى الاتفاق النهائي بينهما وبها يتم توفير قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير الوساطة(12).

2- مرونة وسيلة الوساطة الإلكترونية وعدم تقيدها بإجراءات:

تمكن هذه المرونة من استغلال الوقت لإيجاد حلول سريعة، فاستخدام أسلوب الوساطة الإلكترونية لحل القضايا بطريقة مناسبة ودون حضور مادي يجنب التواصل الذي غالباً ما يلازمه الانفعال(13).

3- بساطة إجراءات الوساطة الإلكترونية ووضوح قواعدها بحيث يمكن استخدامها لتسوية عقود

منازعات التجارة الدولية في مختلف الميادين والمجالات.

4- تكاليف الوساطة:

حيث إن التكاليف المالية التي يتحملها الأطراف عند اللجوء إلى الوساطة قليلة جداً، إذا ما قورنت بتكاليف حل النزاع قضائياً أو عن طريق التحكيم، وهي وسيلة من الوسائل الأكثر فعالية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية(14).

5- الطابع السري:

تعتبر عملية الوساطة عملية ذات طابع سري بحيث إن جميع المسائل التي تتم مناقشتها في الوساطة، وجميع الوثائق والبيانات الشفوية والخطية التي يتم تبادلها وتقديمها أثناء عملية الوساطة يغلب عليها الطابع السري،

(11) أحمد أنور ناجي، مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، على الموقع الإلكتروني: www.droitcivil.b.

(12) هادي منذر، الحلول البديلة للنزاعات القضائية، المطبعة الأولى، شمالي بيروت، 2004، ص 21.

(13) B. Oppett, Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique, chronique justices, 1995, P 55.

(14) آزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2016، 102.

إذ إن الوساطة ليست مسألة سجل عام، فسرية جميع المشاركين في عملية الوساطة تكون دائماً آمنة ومحفوظة(15).

6- حرية الانسحاب من الوساطة واللجوء إلى القضاء :

تتيح عملية الوساطة لطرفي الخلاف حرية الانسحاب واللجوء إلى التقاضي والتمسك بالحقوق والدفع القانونية كافة أمام القضاء، دون أي تأثير لآليات الحل البديلة على إجراءات التقاضي فضلاً عن أنها عملية تسمح للوسيط بتقييم المراكز القانونية للخصوم(16).

ف نجد مثلاً المادة 13 الفقرة أ من نظام الوساطة المعمول به من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، تجيز للوسيط تسوية النزاع بالأسلوب الذي يراه مناسباً دون أن يملك سلطة في إلزام طرفي النزاع على قبوله(17).

7- حرية اختيار الوسيط:

لعل من أهم مزايا الوساطة ترك الحرية لطرفي الخلاف في اختيار الوسيط، وعلى العموم تقدم مراكز الوساطة الإلكترونية أسماء الوسطاء الأعضاء في المركز، وما يملكونه من خبرات ومؤهلات علمية وقانونية وما تلقونه من دورات تؤهلهم لتسوية الخلاف(18).

ثالثاً: شروط ممارسة الوساطة الإلكترونية

تحدد غالبية الهيئات الدولية المتخصصة في التسوية السلمية لمنازعات التجارة الدولية مجموعة شروط معينة لا بد من توافرها مجتمعة في شخص الوسيط الذي يتولى إدارة عملية الوساطة و تلخص فيما يلي:

(15) نصت المادة الثامنة من قانون الأوسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: "عندما يتلقى الموفق من أحد الطرفين معلومات متعلقة بالنزاع يجوز للموفق إنشاء مضمون تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق، غير أنه عندما يعطي أحد الطرفين الموفق أي معلومات يشترط بالتحديد أنها سرية لا يجوز إنشاء تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق " أما المادة التاسعة منه فقد نصت على أنه يجب الحرص على سرية جميع المعلومات المتعلقة بإجراءات التوفيق ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وما لم يكن إشاؤها لازماً بمقتضى القانون أو لأغراض تنفيذ اتفاقية التسوية أو إنفاذه".

(16) بن حمري الهادي، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديلة لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، محاضرة أقيمت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر، 2009/04/23.

(17) حمد أنوار ناجي، الوساطة في منازعات الملكية الفكرية، مداخلة قدمت في الندوة الكلية المتعددة التخصصات بالناظور بالتعاون مع وزارة العدل والمجلس الاستشاري لحقوق الانسان، تحت عنوان "الوسائل الودية لفض المنازعات: الوساطة-التحكيم-الصلح، مقارنة وتجارب متعددة" ومي 29-30 أبريل 2010، المركب الثقافي بالناظور، منشورة مجلة الحقوق المغربية، العدد 4 سنة 2012.

(18) راجع نص المادة 13 الفقرة أ من قواعد الوساطة لمنظمة الويبو، وكذا المادة 5 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التي نصت على أنه:

- 1- يكون هناك موفق واحد ما لم يتفق الطرفان على أن يكون هناك موقعان أو أكثر .
- 2- على الطرفين أن يسعيا إلى التوصل إلى اتفاق على موفق أو أكثر ما لم يكن قد اتفق على إجراءات معينة لتعيينه.
- 3- يجوز للطرفين أن يلتصقا بالمساعدة من مؤسسة أو من شخص فيما يتعلق في تعيين الموفقين وعلى وجه الخصوص:
 - أ- يجوز لأي طرف أن يطلب من تلك المؤسسة أو ذلك الشخص تزكية أشخاص ملائمين للعمل كموفقين.
 - ب- يجوز للطرفين أن يتفقا على أن تقوم تلك المؤسسة أو ذلك الشخص بتعيين موفق واحد أو أكثر مباشرة، وكذلك يمكن مراجعة في هذا الصدد الفقرة الأولى من المادة 6 من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

- 1- يتعين على الوسيط أن يكون مؤهلاً قانونياً من الناحيتين الأكاديمية والعملية على نحو يمكنه من تسيير عملية الوساطة وتحقيق الغاية المرجوة منها بكفاءة وقدرة عالية.
- 2- ضرورة التحلي بالحياد والنزاهة والاستقلال(19).
- 3- القدرة على تحديد مصدر النزاع وسببه.
- 4- التحلي بالسرية للمحافظة على مجريات الوساطة وما تم خلالها من تبادل للوثائق والطلبات سراً، ما لم يسمح له طرفا النزاع صراحة بالنشر أو أن يقوم بذلك تنفيذاً للقانون.

المحور الثاني: إجراءات سير الوساطة الإلكترونية

تتم الوساطة الإلكترونية من خلال مجموعة من الإجراءات التي تتم بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي التابع لمركز الوساطة بداية من تعبئة نموذج إلكتروني لطلب التسوية ثم الإجراءات المحددة وفقاً للشكل الإلكتروني، وصولاً إلى إصدار الحكم و تسجيله على الموقع الشبكي للقضية.

أولاً: كيفية توجيه طلب الاستفادة من الوساطة الإلكترونية إلى مركز الوساطة

تنص المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو) بأن: "على كل من يرغب من طرفي النزاع تسوية نزاعه عن طريق اللجوء للوساطة الإلكترونية أن يقوم بتعبئة طلب الوساطة المعد مسبقاً من قبل المركز والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، الذي يجب أن يتضمن البيانات التالية: أسماء طرفي النزاع وعناوينهم الهاتف/ الفاكس/ البريد الإلكتروني أو أية وسائل اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع أو بمن يحتل الطرف مقدم طلب الوساطة. نسخة من اتفاق اللجوء إلى الوساطة في حالة اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة مع بيان ملخص عن موضوع النزاع وطبيعته. وعند استلام المركز للطلب يقوم المركز بإرسال تأكيد على مقدم الطلب يبلغه من خلاله أنه قد تم استلام طلب الوساطة كما يقوم المركز بالاتصال بالطرف الآخر ويبلغه بذلك ويسأله فيما إذا كان يرغب بتسوية النزاع عن طريق الوساطة فإذا أجاب بالرفض تنتهي إجراءات الوساطة ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن عملية الوساطة أصبحت غير ممكنة أما إذا أفصح المجاب عن رغبته بالمشاركة في عملية الوساطة عندئذ تبدأ عملية الوساطة ويتم تبليغ طالب الوساطة بذلك"(20).

(19) كما يمكن مراجعة في هذا الصدد المادة 4/5 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التي تنص على أنه: "عند تركية أفراد وتعيينهم للعمل كموفقين يتعين على المؤسسة أو الشخص مراعاة الاعتبارات التي ترجح أن تكفل تعيين موفق مستقل ومحيد وعند الاقتضاء مراعاة استصواب تعيين موفق يختلف جنسيته عن جنسية الطرفين". إضافة إلى نص المادة الرابعة من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات التي تنص على أنه: "يتعين على هيئة التحكيم والوسطاء ومتولي التقييم معاملة طرفي النزاع على قدم المساواة وأن تتوافر لكل منهم فرص متكافئة لعرض قضيته والدفاع عنها"، كما نصت الفقرة الخامسة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: "عند مفاتحة شخص بشأن احتمال تعيينه موفقاً، عليه أن يكشف عن أية ظروف يحتمل أن تثير شكوكاً لهما بشأن حياته واستقلالته، وعلى الموفق منذ تعيينه وطوال إجراءات التوفيق أن يكشف للطرفين عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد سبق له أن ابليغها بذلك".

(20) راجع نص المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) ونصت المادة 2/4 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: "إذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفاً آخر إلى التوفيق قبولاً للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم

ثانيا: بدء عملية الوساطة الإلكترونية وانتهاءها.

إن الوساطة كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات ليست مجانية وإنما تكون مقابل دفع رسوم معينة يتحملها طرفا الخلاف(21)، و تتمثل في رسوم التسجيل وهي الرسوم التي يستوفيهها المركز من طالب الإجراء أو التسوية عند قيد الطلب لدى المركز، والمصاريف الإدارية المقررة تبعا لطبيعة النزاع وأداء فضه وهي تغطي تكاليف المراسلات والإخطارات والتكاليف الإدارية اللازمة لتسوية الخلاف، وأخيرا الأتعاب المقررة للوسيط في عملية الوساطة.

ونظرا لما تمثله الرسوم من أهمية لسير إجراءات الوساطة فقد حرصت مراكز الوساطة الإلكترونية على وضع أنظمة خاصة للرسوم تحدد مقدار الرسوم ونوعها التي يستوفيهها المركز عن عملية الوساطة ومن أمثلة هذه المراكز مركز الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) ومركز الوساطة (TRADE SQUARE).

فمثلا مركز الويبو للوساطة يستوفي 10% من مبلغ الخلاف كرسوم ومصاريف إدارية على أن لا يتجاوز الرسم مبلغ 10000 دولار أمريكي في جميع الأحوال وإذا لم يكن طلب الوساطة متضمنا لأية ادعاءات نقدية أو كان النزاع موضوع الوساطة غير قابل بطبيعته للتقدير بالنقد ففي هذه الحالة يتم تحديد مبلغ الرسوم من قبل المركز بعد التشاور مع الوسيط وطرفي النزاع مع مراعاة الظروف المحيطة بكل نزاع على حدة وعلى أن لا يزيد الحد الأقصى للرسوم عن عشرة آلاف دولار، أما أتعاب الوسيط فهي تتراوح ما بين 300 إلى 600 دولار في الساعة أو 1500 دولار إلى 3500 دولار في اليوم(22).

هذا وبعد أن يستوفي المركز من طرفي النزاع الرسوم والمصاريف الإدارية اللازمة لتسوية الخلاف يقوم بتزويدهم بقائمة بأسماء الوسطاء ومؤهلات كل منهم ليقوما باختيار الوسيط الذي يتولى قيادة عملية الوساطة، الذي سيوضح لهما إجراءات تسوية النزاع والمدة الزمنية التي تقتضيها عملية الوساطة وكلفتها وطريقة الاتصال المتبعة لعقد جلسات الوساطة.

وبعد أن يتفق طرفا النزاع على اختيار الوسيط وعلى الإجراءات المتبعة لتسوية الخلاف يقوم الوسيط بإرسال البريد الإلكتروني لكل من طرفي النزاع يتضمن كلمة المرور (password) الخاص بكل منهم، الذي يستطيعون من خلاله الدخول إلى الصفحة المخصصة للخلاف وحضور جلسات الوساطة لمناقشة طلباتهم والتداول معهم حول موضوع الخلاف بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان(23).

وتعتبر جميع المعلومات والبيانات التي يقدمها طرفا النزاع أثناء جلسات الوساطة، التي يتم تخزينها على صفحة الخلاف المعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، محمية ومشفرة بنظام حماية آمن يحول دون إحداث أي تغيير أو تحريف في مضمونها.

الذي استلمت فيه الدعوة أو في غضون مدة أخرى محددة، للطرف أن يعتبر ذلك رفضا للدعوة إلى التوفيق".

(21) راجع نص المادة 6/1 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري.

(22) راجع نص المادة 22 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والفقرتين ج و د من المادة 21 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.

(23) راجع نص المادة التاسعة من نظام المركز الويبو لتسوية المنازعات، وتقابلها الفقرة ب من المادة 21 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

على انه إذا ما أراد أي من طرفي النزاع أثناء جلسات الوساطة تعديل أي من طلباته أو بياناته التي سبق أن قدمها إلى المركز، فما عليه إلا الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز والنقر على الأيقونة المخصصة لقضايا الوساطة، ومن ثم إدخال العنوان الإلكتروني واسم المرور الخاص بالنزاع ورقم القضية المراد الوصول إليها لكي يتسنى له في النهاية إجراء التعديل الذي ينوي القيام به.

أما بالنسبة لانتهاة عملية الوساطة، فإذا توصل الوسيط إلى تسوية سلمية للخلاف وقبله الأطراف تنتهي عملية الوساطة في لحظة المصادقة على اتفاق التسوية، بحيث يعتبر هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه ملزماً وواجب النفاذ قانونياً وبمنزلة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن (24).

أما في حالة عدم التوصل إلى تسوية ودية للخلاف، فهناك عدة أسباب يترتب على توافر أحدها انتهاء عملية الوساطة ومن أمثلة هذه الأسباب ما ورد في المادة (11) من قانون الأوسنترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي وهي:

1- إصدار الموفق بعد التشاور مع طرفي النزاع إعلاناً يبين فيه أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

2- إصدار طرفي النزاع إعلاناً موجهاً إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموفق في حالة تعيينه يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

هذه هي أهم الأسباب التي تؤدي إلى عدم توصل الوسيط لتسوية النزاع ودياً بين الخصوم وبالتالي انتهاء عملية الوساطة. وعند انتهاء عملية الوساطة، يجب على الوسيط بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها الوساطة إيجابية كانت أم سلبية أن يرسل فوراً إخطاراً مكتوباً إلى المركز يبلغه فيه بواقعة انتهاء الوساطة والتاريخ الذي انتهت فيه، وأن يرسل نسخة من ذلك الإخطار معنونة باسم المركز إلى طرفي الخلاف (25).

(24) راجع نص المادة 18 / 1 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

(25) راجع المادة 18 الفقرة ب من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

وبتلقي المركز للإخطار يتعين عليه المحافظة على ما ورد به من معلومات وأن لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه، أو عن النتيجة التي آلت إليها ما لم يكن مفوضاً بذلك من قبل طرفي النزاع(26).

وأخيراً إذا انتهت عملية الوساطة وأحيل النزاع إلى القضاء أو التحكيم لتسويته فإنه لا يجوز للوسيط أن يقوم بدور القاضي أو المحكم في أية إجراءات تحكيمية أو قضائية منظورة أو مستقبلية ذات صلة بموضوع النزاع الذي سبق أن كان محلاً للتوفيق ما لم ينص قانون المحكمة التي تنظر في النزاع على جواز قيام الوسيط بدور القاضي أو المحكم أو يتفق طرفا النزاع كتابة على تفويضه القيام بهذا الدور(27).

ثالثاً: الاختصاص القضائي في مجال الوساطة الإلكترونية.

إن استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الطرق البديلة لتسوية الخلافات ولا سيما الوساطة تُمكن من كسب الوقت، والسرية، والخبرة، والاقتصاد في الإجراءات.

وإذا كان التعاقد في التجارة الدولية يتم عبر شبكة الإنترنت، فإن ذلك يقتضي منطقياً أن يكون حسم المنازعات الناشئة عنها بالوسيلة نفسها أي عبر شبكة الإنترنت كالوساطة مثلاً ولهذا توجب وضع الضوابط والتحتي بالحذر المطلوب. تعتبر الوساطة الإلكترونية كالوساطة العادية التقليدية، ولكنها تكتسب صفة الإلكترونية من الوسيلة أو الطريقة أو الكيفية التي تتم بها، وتمارس الوساطة الإلكترونية من خلال مراكز ومؤسسات الوساطة التي تقدم خدمة الوساطة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت.

تتلقي الأمانات على مستوى مراكز الوساطة طلبات الوساطة الإلكترونية التي يقوم المدعي بإرسالها بعد ملء نموذج طلب الوساطة المعد سلفاً على موقع مركز الوساطة بشبكة الإنترنت مرفقاً بها اتفاق الوساطة، والطلبات والأدلة والمستندات الإلكترونية والورقية عبر جهاز الماسح.

يقوم مركز الوساطة بإخطار المدعى عليه في الوساطة فإذا كان جوابه بالرفض تنتهي إجراءات الوساطة أما إذا كان رده بالقبول يفتح ملفاً للقضية ويعد صفحة للنزاع على موقع مركز الوساطة بشبكة الإنترنت ويزود طرفي الوساطة وهيئة الوساطة بكلمة السر لدخول الموقع واستعراض النزاع.

تدار جلسات الوساطة الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت ثم يحضر في نهاية كل جلسة محضر يرسل إلى طرفي الوساطة بصورة إلكترونية لقراءته والتوقيع عليه إلكترونياً ثم يعاد إرساله من طرفي الوساطة إلى الوسيط عبر موقع قضية الوساطة على الإنترنت ويتم تقديم الأدلة والمستندات والوثائق وتبادلها، وعرض كل طرف لأدلته من خلال المرافعة والحوار باستخدام الوسائل الإلكترونية.

وبعد الاطلاع وسماع الادعاء والدفاع وفحص أدلة الإثبات يقوم الوسيط بقبل باب المرافعة تمهيداً لإصدار التوصية بصورة إلكترونية أي بالطريقة نفسها التي تمت بها إجراءات عملية الوساطة بأغلبية أعضاء هيئة الوساطة وتوقع التوصية بتوقيع إلكتروني من أعضاء هيئة الوساطة وطرفي النزاع وتعلن التوصية عن طريق البريد الإلكتروني

(26) راجع المادة 1/19 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

(27) نص 2/6 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو).

وتوضع على موقع القضية بشبكة الإنترنت(28).

في مثل هذه الحالات يتطلب الوضع إيجاد قواعد وسبل قانونية لتنظيم حلول من خلال سن قوانين جديدة أو تطويع القواعد التي تحكم التجارة التقليدية لتحكم التجارة الإلكترونية بشكل تكون فيه تلك القوانين ملائمة وطبيعتها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك صعوبة في التحديد المكاني أو الإقليمي للعلاقات التي تتم عبر الإنترنت والسبب يعود لكون أطراف العلاقات التي تتم عبر هذه الشبكة هم أشخاص يرتبطون بدول مختلفة عن طريق جنسياتهم أو موطنهم أو محل إقامتهم(29). ويتنوع تلك المنازعات بتنوع الضوابط التي تسمح بتحديد الاختصاص سواء كانت إقليمية، أو شخصية، أو مكانية.

إن الارتباط المكاني أو الإقليمي هو الذي يعطي الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو المدعي وقد يعود الاختصاص أيضاً لمحكمة مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه حيث لا ينظر إلى جنسية المدعين سواء كانوا مواطنين أو أجانب.

يعتبر الاختصاص القضائي في المنازعات الإلكترونية أسهل مما هو عليه في المنازعات التقليدية وذلك يعود إلى أن الضابط الشخصي ضابط معنوي يتصل بالشخص، وبالتالي هذا الضابط متحرك بحركة الشخص، ويمكن إدراكه بسهولة لكونه أكثر ملاءمة لطبيعة شبكة الإنترنت.

حيث إن شبكة الإنترنت كما هو معلوم لها وجود افتراضي معنوي، يجعل من ضابط الجنسية صالحاً لتحديد الاختصاص في المنازعات التي تحصل على هذه الشبكة، وبنفس الآلية يعمل ضابط الإرادة كونه كذلك ضابطاً معنوياً ومن خلاله يمكن الاستدلال بسهولة على المحكمة التي اختار الأطراف الخضوع لولايتها بإرادتهم.

يمكن لهذا الخضوع أخذ شكلين، الأول هو الخضوع الصريح أما الثاني فهو الخضوع الضمني، وعليه ما يمكن استخلاصه هو أن تسوية المنازعات المرتكزة على الضابط الإقليمي لا تتوافق جميعها مع تسوية المنازعة إلكترونياً، عكس المنازعة المرتكزة على الضابط الشخصي(30).

(28) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب للقانونية، المحلة الكبرى 2006، ص55؛ وكذلك بوليس أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة نشر، ص101.

(29) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص23.

(30) خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص45 وما بعدها.

الخاتمة

تعتبر الوساطة وسيلة بديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، و يمكن استخلاص عدة نتائج مهمة تبرز دور هذه الوسيلة منها:

- 1- لا تختلف وسيلة الوساطة الإلكترونية عن الوسائل البديلة التقليدية لتسوية الخلافات عدا استخدامها لوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.
- 2- تعد الوساطة في الخلافات التجارية وسيلة فعالة في تسوية الخلافات إلكترونياً كونها توفر السرعة المطلوبة لا سيما في العلاقات التجارية الدولية.
- 3- تشجع الوساطة الأطراف المتنازعة على إجراء حوار بناء في ما بينها حول رؤية كل منها للنزاع المطروح.
- 4- يواجه القضاء الوطني صعوبات جمة في تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مجال المنازعات الإلكترونية لاختلاف الأنظمة التشريعية.
- 5- كما يمكن في هذا المقام تقديم توصيات أهمها ضرورة إقامة دورات تكوينية و فتح مراكز للوساطة، من أجل العمل على تأهيل و تكوين وسطاء متخصصين في مجال المنازعات الإلكترونية لا سيما التجارية منها.

لكن بالمقابل يمكن تقديم ملاحظات مهمة أخرى تمثل انتقادات من وجهة نظرنا يجب أخذها بعين الاعتبار:

- 1- تعد الإجراءات والإشارات المقدمة من قبل الأونسترال مرحلية -رغم إمكانية تسوية منازعات التجارة الإلكترونية الدولية عبر الوساطة الإلكترونية - ولا يمكن الاعتماد عليها بشكل كلي لتسوية المنازعات، كون هذه الخلاصات ليست اتفاقية دولية.
- 2- لقد تناست وأبعدت هذه الخلاصات المتعلقة بالأونسترال مرحلة ما بعد فشل الوساطة.
- 3- كتفتت هذه الخلاصات على شكل وحيد من الوساطة وهو الذي يدار عبر المؤسسات فقط، وهذا إجحاف في حق الوسطاء الخواص.

أما بخصوص التوصيات:

قامت العديد من دول العالم بإصدار قوانين تعنى بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكترونية استناداً إلى القوانين النموذجية الصادرة عن الأونسترال، لكن هذه الأخيرة أظهرت تناقضات ونقصاً يجب تداركه تشريعياً، وهذا ما على أغلب الدول العربية تداركه، أي وضع دراسات تكون أساساً لإصدار قوانين تصلح لوضع شكل متفق عليه يهدف إلى تسوية المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الإلكترونية، وهذا الشكل هو الوساطة الإلكترونية التي ستخفف النّقل والعبء المفروضين على المحاكم الوطنية، وهذا من شأنه تنظيم و توضيح العلاقة على المستوى الدولي ويسمح بحفظ حقوق جميع الأطراف.

المراجع

أولا - باللغة العربية

1- الكتب:

- 1- إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 2- آزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2016.
- 3- بن سالم أوديغا، الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم، الرباط.
- 4- بوليس أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 5- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2006.
- 6- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 7- خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني في الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 8- خيرى عبد الفتاح البتانوى، الوساطة ووسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 9- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 11- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، عمان، 2013.
- 12- هادي منذر، الحلول البديلة للنزاعات القضائية، المطبعة الأولى شمالي بيروت، 2004.

2- الرسائل الجامعية:

- أبرار علي صالح المحميد، الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الخليجية، أبريل 2011.

3- المقالات:

- أحمد أنور ناجي، مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، على الموقع الإلكتروني:

www.droitcivil.b

4- الندوات العلمية:

1- **عمر مشهور**، حديثة الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، ندوة بعنوان: "الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات"، (28) كانون أول (2004)، جامعة اليرموك إربد المملكة الأردنية الهاشمية، ص 03.

2- **حمد أنوار ناجي**، الوساطة في منازعات الملكية الفكرية، مداخلة قدمت في الندوة الكلية المتعددة التخصصات بالناظور بالتعاون مع وزارة العدل والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، تحت عنوان: "الوسائل الودية لفض المنازعات: الوساطة-التحكيم-الصلح، مقارنة وتجارب متعددة" ومي(29-30 أبريل 2010)، المركب الثقافي بالناظور، منشورة مجلة الحقوق المغربية، العدد(4 سنة 2012).

5- المحاضرات:

- **بن حمري الهادي**، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديلة لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، محاضرة أقيمت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر،(2009/04/23).

ثانياً - باللغة الفرنسية:

1-B. **Oppet**, Les modes alternatifs des règlements des différends de la vie économique, chronique justices, 1995, P 55.


المواقع الإلكترونية:

1- www.uncitral.org

2- www.squaretrade.com

Contact us

Al-Zaytoonah University- Amman, Jordan

 zujjis@zuj.edu.jo

 0096264291511

Follow us on

<https://zjjs.zuj.edu.jo>

<https://twitter.com/zujjis>

<https://www.facebook.com/zujjis.zuj>



Scan QR codes