

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ

JOURNAL OF LAW AND POLITICAL SCIENCES

ISSN 2222-7288

QUALITY IMPACT VALUE 1,347

مَجَلَّةٌ عِلْمِيَّةٌ أَكَادِمِيَّةٌ عَالَمِيَّةٌ مُحْكَمَةٌ

المُجلدُ (١٢) السَّنةُ السادسةُ العددُ (٢) تموز (٢٠١٦)

Vol. (12) Sixth Year No.(2) July. 2016

تصدر عن

الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية

كلية الحقوق - أكاديمية البومك للعلوم - الدنمارك

Scientific Association for Research and Strategic Studies

Faculty of Law - Burke Academy of Sciences –

Denmark

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

<p>المُشرفُ العامُّ أ. د. طلال النَّدَاوِي</p> <p>مُرَيسُ أكاديميَّةِ البومرك -الدنمارك</p> <p><i>General Supervisor Prof. Talal Alnadawi</i></p> <p><i>University President-Denmark</i></p>	<p>مُرَيسُ التَّحْرِيرِ</p> <p>أ. د. سُهَيْلُ حُسَيْنُ الْفَتَّالَوِي</p> <p><i>Chief in Editor Prof. Suhail H. Al-Fatlawi</i></p> <p><i>Post-Doctorate</i></p>
--	---

سكربتير التحرير أ. د. صالح الطائي

Secretary of the Editorial Board Prof. Saleh al-Tai - Iraq

<p>Members of the Editorial Board</p> <p>Prof. Nunan Al-Khatib - President of the University - Jordan</p> <p>Pro. Shafiq al-Samarrai - University President-Belgium</p> <p>Prof. Rashid Al-Jazrawi - Assistant President of the University -Denmark</p> <p>Prof. Ahmed Abu Shanab - Dean of the Faculty of Law - Jordan</p> <p>Prof. Emad Rabee - Dean of the Faculty of Law-Jordan</p> <p>Prof. Mohammed Wsal- Dean of the Faculty of Law-Syria</p> <p>Prof. Ali Al_husenawe- Dean of the Faculty of Law-Iraq</p>	<p>أَعْضَاءُ هَيْئَةِ التَّحْرِيرِ</p> <p>إ. د. نعمان الخطيب - رئيس جامعة - الأردن</p> <p>أ. د. شفيق السامرائي - رئيس جامعة - النرويج</p> <p>أ. د. رشيد الجزراوي - نائب رئيس جامعة -الدنمارك</p> <p>أ. د. عادل العلي - عميد كلية الحقوق -الأردن</p> <p>أ. د. أحمد أبو شنب - عميد كلية الحقوق -الأردن</p> <p>أ. د. عماد ربيع - عميد كلية -الأردن</p> <p>أ. د. محمد واصل - عميد كلية - سوريا</p>
---	--

Prof. Mohamed Hossam- Dean of the Faculty of Law- Oman	أ.د. علي الحسيناوي - عميد كلية القانون - العراق
Dr. Ahmed Hawamdeh- Dean of the Faculty of Law-Jordan	أ.د. مُحَمَّد حَسَام، عميد كلية القانون - سلطنة عمان
Dr. Abderrahman Alarman - Dean of the Faculty of Law- Jordan	د. أَحْمَد مُحَمَّد حوامة - عميد كلية الحقوق - الأردن
Prof. Saheb Al- Fatlawi- Academy- Jordan	د. عبد الرَّحْمَن العرمان - عميد كلية الحقو - الأردن
Prof. Hossam El Gharabawy – Academy- Iraq	أ.د. صاحب الفَتَّلَاوي - أكاديمي - العراق
Prof. Gamil Musab- Academy- Iraq	أ.د. حَسَام الغريايوي - أكاديمي - العراق
Prof. Aad Ali al-Kaissi - Academy –UAE	أ.د. جميل مصعب - أكاديمي - العراق
Prof. Musleh al-Hadithi- Academy- Iraq	أ.د. أعاد علي القيسي - أكاديمي - الامارات
Prof. Mohamed Aboul Ela- Academy-Egypt	أ.د. مصلح الحديثي - أكاديمي - العراق
Prof. Asaid Mostafa Abooalker-Academy-Egypt	أ.د. السيد أبو مصطفى أبو الخير - ليبيا
Prof. Dr. Mustafa Echeke- Academy-Turkey	أ.د. مُحَمَّد عبد الله - أكاديمي - مصر
Rosi Topham- Academy-UK	أ.د. مصطفى ايشك - أكاديمي - تركيا

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

روزي تبلن - أكاديمي - بريطانيا



مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ

ISSN 2222-7288

مُحتَوَيَاتُ المجلد (١١) السَّنة السادسة العدد (٢) كانون الأول ٢٠١٦

٥	المَسْئُولِيَّةُ التَّقْصِيرِيَّةُ لِعَدِيمِ التَّمْيِيزِ	أ.د. مُحَمَّدُ حُسَامِ الدِّينِ
٤٣	عَقْدُ الْبِنَاءِ وَالتَّشْغِيلِ وَنَقْلُ الْمِلْكِيَّةِ	د. مَالِكُ أَبُو نَصِيرٍ
٨٣	نُطَاقُ حِمَايَةِ الْحَقِّ فِي الصُّورَةِ	د. كَاسِمُ الْمِيَا حِي
١٢٣	الطَّعْنُ بِإِعَادَةِ الْمُحَاكَمَةِ	د. نَجْلَاءُ فُلَيْحٍ
١٦٨	التَّنْظِيمُ الْقَانُونِيُّ لِلتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ	د. عَمَارُ الرُّوَاشِدَةِ
٢٠٣	الضَّمَانَاتُ السِّيَاسِيَّةُ وَالْإِجْتِمَاعِيَّةُ	د. عَلِيٌّ يَوْسُفُ الْعُلْوَانِ
٣٤٢	السِّيَاسَةُ الْأَمْرِيكِيَّةُ تَجَاهَ مِصْرَ	د. شَذَى زَكِي حَسَنَ
٢٩٣	الْإِثْبَاتُ الْجَزَائِيُّ الْإِلِكْتَرُونِيُّ فِي الْجَرَائِمِ	د. مُحَمَّدٌ مَحْمُودُ عَمْرِي

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

٣٣٩	واقعُ التَّعْرِيفَةِ الْكَمَرَكِيَّةِ	مُحَمَّدٌ حَسَنٌ مُحِيسِنٌ
-----	---------------------------------------	----------------------------

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦ .

الْبَحْثُ رَقْمُ (١)

المَسْئُولِيَّةُ النَّقْصِيَّةُ لِعَدِيمِ التَّمْيِيزِ

بَيْنَ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْقَوَانِينِ الْوَضْعِيَّةِ لِدَوْلِ مِجْلَسِ التَّعَاوُنِ الْخَلِيجِيِّ

أ. د. مُحَمَّدُ حُسَامُ الدِّينِ عَبْدُ الْخَالِقِ الدَّكْتُورَةُ إِيمَانُ نَابُوشُ

أُسْتَاذُ مُسَاعَدٍ

عَمِيدُ كَلِيَّةِ الْحُقُوقِ

جَامِعَةُ صَحَارِ عُمَانِ

ملخص البحث

إن من أهداف مجلس التعاون الخليجي منذ نشأته في عام ١٩٨١ تحقيق التنسيق والتكامل والترابط بين الدول الأعضاء في عدة مجالات، بما فيها المجال التشريعي، ووضع أنظمة متماثلة في مختلف الميادين، إلا أنه وبالرغم من سعي هذه الدول لتحقيق هذا التناسق في القوانين والأنظمة إلا أن قوانينها بخصوص المسؤولية التقصيرية لقديم التمييز قد اختلفت فيما بينها بشكل كبير. فبعض القوانين في هذه الدول قررت وبشكل أصلي وجود هذه المسؤولية استنادا لما ذهب اليه الفقه الإسلامي ومنهم من تأثر بالقانون الفرنسي في عدم تقرير هذه المسؤولية إلا بشكل استثنائي، وضمن شروط معينة، وآخرون مزجوا بين كلا النهجين. إضافة لذلك فقد أخذت غالبية هذه القوانين بمسؤولية متولي الرقابة عن الأضرار التي يسببها من يقع تحت الرقابة للغير ولكنها اختلفت في شروط تحقق هذه المسؤولية من قانون لآخر. وفي هذا البحث تناولنا بالتحليل والنقد مسؤولية كل من عديم التمييز التقصيرية ومسؤولية متولي الرقابة في قوانين كل دولة من دول مجلس التعاون الخليجي مع بيان أوجه التشابه والاختلاف بين كل منها، واخيرا تقديم مقترحات لما ارتأينا أن تتبناه كل من هذه القوانين لتوحيد الأنظمة في هذا الخصوص.

Abstract

Responsibility for non-discrimination

The basic objectives of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf (the GCC), which was established in 1981 countries, was to 'effect coordination, integration and inter-connection between Member States in all fields in order to achieve unity between them' and to 'formulate similar

regulations in various fields'. Despite this cooperation, the rules and regulations of tort liability are still different between them. Some of the GCC countries adopted the Islamic Sharia rules which impose full and personal tort liability of the non-discerning persons for damages caused to others resulting from their acts, whereas others who adopted the French law denied this liability except in limited cases and under specific conditions. However, others mixed between those two systems.

In addition, these countries adopted different rules in regulating the vicarious liability of the guardian for the torts committed by the non-discerning persons for whom they are responsible for. This article will provide comparative study and critical analysis to the tort liability of non-discerning persons and the vicarious liability of their guardians under the laws of the GCC countries. Finally, the article concludes with some suggestions in order to unify these rules in the GCC countries.

Keyword: non-discerning, liability, the non-discerning, tort liability.

المقدمة:

تعد المسؤولية التقصيرية لقديم التمييز من المواضيع التي يثور حولها الكثير من النقاش بين فقهاء القانون فبعضهم يؤيد تقرير هذه المسؤولية والبعض الآخر يرفض تقريرها بشكل مطلق، وانما يحصرها بحالات وشروط معينة وقد انعكس ذلك على القوانين الوطنية لكثير من الدول. وخاصة دول مجلس التعاون الخليجي،^١ نرى أن كل منها قد اتبع نهجا مختلفا فمنها من استقى أحكامه من القانون الفرنسي القديم ومنها من اتبع نهج الشريعة الاسلامية وآخرون كانت أحكامهم بين هذين النهجين. ولذلك نرى أنه لدى المقارنة الأولية بين هذه القوانين، نجد أن بعضها أسس المسؤولية التقصيرية على أساس حدوث الضرر وآخرون أسسوها على أساس ارتكاب فعل خاطئ أو الخطأ. كذلك فإن بعض هذه القوانين تقرر مسؤولية عديم التمييز بشكل أصلي وبعضها لا تقرر هذه المسؤولية إلا بشكل استثنائي على أساس اعتبار عديم التمييز متبوعا أو حارسا للشيء الذي سبب الضرر. ففي هذا البحث سنقوم بدراسة تحليلية لمسؤولية عديم التمييز التقصيرية وبيان الاسس التي استند اليها كل قانون من هذه القوانين لتقرير أو عدم تقرير مسؤولية عديم التمييز التقصيرية ونطاق هذه المسؤولية. وفي غضون المبحثين التاليين سنتناول بالشرح الآتي:

المبحث الأول: الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لقديم التمييز.

المطلب الأول: الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لقديم التمييز في الشريعة الاسلامية.

^١الدول الأعضاء في مجلس التعاون الخليجي هي: الإمارات العربية المتحدة، مملكة البحرين، المملكة العربية السعودية، سلطنة عمان، دولة قطر ودولة الكويت.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

المطلب الثاني: الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لعدم التمييز في القانونين العماني والإماراتي.

المبحث الثاني: الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعدم التمييز.

المطلب الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعدم التمييز في القانون القطري.

المطلب الثاني: الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعدم التمييز في القانونين البحريني والكويتي.

المبحث الأول

الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لقديم التمييز

إن أهمية تقرير المسؤولية التقصيرية لقديم التمييز استناداً لفكرتي العدالة أو الضمان كأساس للمسؤولية تقضي بأن من أنشأ وضعاً خطراً ألحق الضرر بالغير التزم بتعويضه. فلكل شخص حق في سلامة جسمه وماله بصرف النظر عن توفر الإدراك لدى مسبب الضرر وبالتالي إذا ترتب ضرر للغير فهذا يعني مساساً بحقه، فيلتزم مرتكب هذا الضرر بالضمان سواء كان مميزاً أو غير مميز. إن الفقه الإسلامي يعتبر من أول الذين أسسوا المسؤولية التقصيرية على أساس حدوث الضرر بحسب ما سنرى في المطلب الأول، كذلك نرى أن كل من القانون العماني والقانون الإماراتي قد استقى أحكام هذه المسؤولية من الفقه الإسلامي مؤسساً لها على أساس الضرر وفق ما سنقوم بتحليله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لقديم التمييز في الشريعة الإسلامية^٢:

إن القواعد العامة في الفقه الإسلامي وأصول الدين تستند إلى نظرية واسعة في الضمان (ضمان الفعل وضمان العقد وضمان اليد) وذلك استناداً إلى الحديث

^٢ تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية هي الأساس في تنظيم علاقات المواطنين فيما بينهم في المملكة العربية السعودية. سهيل حسين الفتلاوي، مبادئ القانون السعودي (دراسة في نظريتي القانون والحق مقارنة بقوانين الدول العربية)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، ٢٠١٢، ص ٢٩٦ وما يليها. وبالتالي فإن ما نورد هنا في شرح لأحكام المسؤولية التقصيرية وفق الشريعة الإسلامية هو ما ينطبق على هذه المسائل في المملكة العربية السعودية.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

النَّبوي "لا ضرر ولا ضرار"^٣ الذي يبيّن السياج المحكم الذي بنته الشريعة لضمان مصالح الناس وتعويضهم عن الأضرار التي يحدثها الغير بما يقابل المسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية. وفي سياق تفسير هذا الحديث الشريف فقد فسر (لا ضرر) أنه لا يجوز الإضرار ابتداء فلا يجوز للإنسان إضرار آخر في نفسه أو ماله و(لا ضرار) أنه لا يجوز إيقاع الضرر مقابلة لضرر آخر^٤، إلا أن بعض الفقهاء فسر نفي الضرر بنهي العباد عن إحداث الضرر ببعضهم البعض أيا كان نوع الضرر فالمكلف منهي عن كل فعل يترتب عليه إحداث ضرر للآخرين، وفي حال إحداث الضرر بالغير فإنه يترتب على مسبب الضرر الضمان وهو ما يقتضيه القياس والعدل.^٥ وفي كلا التفسيرين نرى أن الشخص منهي عن إحداث ضرر بالغير وفي حال إحداثه الضرر فإنه يتوجب عليه الضمان، والضمن بحسب ما عرفته المادة (١٦٤) من درر الحكام بأنه "إعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمه ان كان من القيميات"^٦ فإذا تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة.^٧

^٣ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ سَعْدِ بْنِ مَالِكِ بْنِ سِنَانٍ الْخُدْرِيِّ - رضي الله عنه - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ: " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ." حَدِيثٌ حَسَنٌ، رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ [راجع رقم: ٢٣٤١]، محمد بن صالح العثيمين، شرح الأربعين النووية، دار الثريا للنشر، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

^٤ وذهب الفقه هنا أنه في حالة التسبب بالضرر للغير فإنه يتوجب على المضرور مراجعة الحاكم وطلب إزالة الضرر بالطرق الشرعية. وهذا بينته المادة ١٩ من القواعد الكلية من درر الحكام - شرح مجلة الأحكام، على حيدر، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣.

^٥ محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، س ١٩٩٣، ص ٦١.

^٦ المادة ١٦٤ من القواعد الكلية من درر الحكام - شرح مجلة الأحكام، على حيدر، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣.

إن أسباب الضمان في الفقه الإسلامي هي ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإلتلاف. والمراد بالإلتلاف هو أن "يباشر الإلتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإلتلاف ... كأن يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إلتلاف مال الغير"^٧ وقد قسم ضمان الإلتلاف - وهو مايتعلق بموضوع بحثنا- إلى نوعين: إلتلاف بالمباشرة و إلتلاف بالتسبب. الإلتلاف بالمباشرة بحسب ما عرفته المادة (٨٨٧) من مجلة الأحكام العدلية^٨ هو "إلتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر" فالضرر يحصل بفعله بلا واسطة أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار كقيام شخص ما بإحراق ثوب الغير. وحكم الإلتلاف بالمباشرة أن الفاعل أي مسبب الضرر هنا يكون مسؤولاً ويتوجب عليه الضمان سواء توفر لديه قصد الإضرار أم لم يتوفر^٩ وفق ما بينته المادة ٩٢ من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"^{١٠}.

^٧ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء ٥، الطبعة ١٢، دار الفكر، دمشق-سوريا، ٢٠٠٩، ص ٧١٩.

^٨ القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ في الفقه الاسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا تاريخ، ص ٢٠٤.

^٩ لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

^{١٠} محمد بن صالح العثيمين، شرح الأربعين النووية، دار الثريا للنشر، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

^{١١} لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثماني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

أما النوع الثاني من الإلتلاف فهو الإلتلاف بالتسبب حيث عرفت المادة (٨٨٨) من مجلة الأحكام العدلية^{١٢} التسبب بتلف شيء بأنه "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب فعليه أن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره فالذي قطع الحبل يكون ألتف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً" فالتسبب يعني أن يحدث الشخص أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه وإنما بواسطة أخرى هو فعل فاعل مختار كحفر بئر في الطريق العام يتردى فيها إنسان.^{١٣} وبالنسبة لحكم الإلتلاف بالتسبب فقد اتجه الفقه إلى أن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعدد إحداث الضرر^{١٤} وبالتالي للمسؤولية عليه في حال لم يتوفر لديه قصد الإضرار.

وتعدّد إحداث الضرر يسمى بالتعدي وبحسب ما بينته المادة (٩٢٤) من مجلة الأحكام العدلية^{١٥} بأن التعدي أو القيام بفعل يفضي إلى الضرر بغير حق يعتبر شرطاً من الشروط التي توجب الضمان في حال الإلتلاف بالتسبب ومثاله قيام أحدهم بحفر بئر وهنا ميز الفقه بين حفر البئر في الطريق العام أو حفرها في الملك الخاص للشخص. ففي حال حفر البئر في الطريق العام بدون وجود إذن من ولي الأمر ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت فإنه يضمن، مما يقتضي أن وجود إذن ولي الأمر يعفي من

^{١٢} اللجنة من العلماء في الحقبة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

^{١٣} وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة التاسعة، ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٢ م، ص ٢٣٢.

^{١٤} المادة ٩٣ من مجلة الأحكام العدلية من مؤلفات لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

^{١٥} اللجنة من العلماء في الحقبة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

الضمان لانتفاء التعدي^{١٦} حيث أن وجود إذن ولي الأمر يمكن تشبيهه بحالة تنفيذ أمر الرئيس أو القانون كحالة من حالات الخطأ المشروع وفقا للقوانين الوضعية والتي تقضي بأن تسبب الموظف بأضرار للغير أثناء قيامه بتنفيذ أمر رئيسه- بشرط توفر بقية الشروط التي قررها القانون- لا يؤدي إلى ترتيب مسؤولية الموظف حيث يعفى من المسؤولية في هذه الحالة.^{١٧} كذلك بينت المادة (٩٢٤) من مجلة الأحكام العدلية انه في حالة وقوع الدابة في بئر كان قد حفرها الشخص في ملكه وتلفت فلا يضمن، وفي رأينا أن الضمان لا ينتفي في كل الحالات حيث أن حكم هذه المادة جاء ليحدد مبدأ عاما لنفي الضمان لاعتبار الغير هنا متعديا على الملك الخاص للشخص الذي قام بالحفر مما يترتب عليه نفي مسؤولية الأخير. إذ أنه من غير المنطقي أن مجرد وجود البئر المحفور في الملك الخاص للشخص يضمن اعفائه من ضمان أي ضرر ينجم عن سقوط الغير فيه وفي كل الحالات.

تناولنا في الفقرتين السابقتين حكم كل من الإلتلاف بالمباشرة والإلتلاف بالتسبب وذلك في حال وجود سبب واحد منهما للإلتلاف ولكن في بعض الحالات قد يجتمع الإلتلاف بالمباشرة مع الإلتلاف بالتسبب مما يثير مسألة أي منهما يتوجب عليه الضمان. لقد بينت المادة التسعون من مجلة الأحكام العدلية -وهو ما ذهب اليه الفقه أيضا- أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر، ومثاله: لو حفر رجل بئرا في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص آخر في ذلك البئر، ضمن الذي

^{١٦} ونجد هنا أن مسؤولية الفاعل تنتفي ولكن برأينا لا تنتفي المسؤولية بشكل كامل مما يؤدي لحرمان المتضرر من التعويض حيث أن المتضرر يمكنه المطالبة بالتعويض استنادا إلى أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع أو لغيرها من أحكام الضمان في الشريعة الإسلامية.

^{١٧} انظر مثلا المادة (٢٠٧) من القانون المدني القطري والمادة (٢٣٧) من القانون المدني الكويتي والمادة (١٧٩) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (١٦٩) من القانون المدني البحريني والمادة (٢٨٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

ألقى الحيوان ولا ضمان على حافر البئر؛ لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان لو لم ينضم إليه فعل المباشر - وهو إلقاء الحيوان في البئر. والحكم يختلف فيما لو سقط الحيوان بنفسه في البئر - أي كما سبق بيانه حالة وجود الإلتاف بالتسبب فقط - فيضمن حافر البئر إذا لم يكن قد حفر بأمر من ولي الأمر.^{١٨} وفي ذلك بينت المادة (٩٢٥) من مجلة الأحكام العدلية "لو فعل احد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحل في ذلك الشيء فعل اختياري يعني ان شخصاً آخر أتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً".

بعد بيان الأحكام العامة في ضمان الضرر ننتقل الآن لدراسة نطاق مسؤولية عديم التمييز عن ضمان الأضرار التي يحدثها سواء نتيجة الإلتاف بالمباشرة أو الإلتاف بالتسبب. لقد ذهب جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى أنه لا فرق بين وجود التمييز من عدمه حيث تتقرر المسؤولية المطلقة للصبي غير المميز عن الاتلافات التي يسببها،^{١٩} واعتبر الفقه الضرر واقعة مادية ولا تشترط عنصر الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية وبالتالي أقام هذه المسؤولية على نظرية تحمل التبعية التي لا تقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، وإنما تكتفي بمراعاة مبدأ "الغرم بالغرم".^{٢٠} وهذا ما نصت عليه المادة ٩٦٠ من مجلة الأحكام العدلية بأن الصبي وإن كان غير مميز يلزم بالضمان إذا أتلف مال الغير، وفي بيان أعمق لتحديد كيفية تحقق المسؤولية هنا فقد بينت المادة ٩١٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن "أتلف

^{١٨} المادة ٩٠ من القواعد الكلية من درر الحكام - شرح مجلة الأحكام، على حيدر، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣.

^{١٩} وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة ١٢، دار الفكر، دمشق-سوريا، ٢٠٠٩، الجزء ٥، ص ٧٤١ والجزء ٤ ص ٢٩٧.

^{٢٠} وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء ٤، الطبعة ١٢، دار الفكر، دمشق-سوريا، ٢٠٠٩، ص ٢٩٨.

صبي مال غيره يلزمه الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يسر ولا يضمن وليه".^{٢١} وبذلك نرى أن الفقه وبشكل صريح أقر بفكرة مساءلة عديم التمييز عن الأعمال الضارة التي يرتكبها بالرغم من انعدام التمييز لديه.

وقد ذهب الفقه إلى أبعد من ذلك حيث نفى وبشكل صريح وقطعي مسؤولية الولي عن الأضرار التي يسببها عديم التمييز بالرغم من أنه في بعض الحالات قد يكون هناك تقصير أو إهمال من جانب الولي مما يستوجب برأينا تقرير مسؤوليته خاصة أو ثانوية اذا تعذر الحصول على تعويض من قبل عديم التمييز وثبت التقصير من جانب الولي وذلك استنادا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته..."^{٢٢} فوجود واجب الرعاية يقتضي أن التقصير في هذه الرعاية يستوجب المسؤولية وهذا ما أخذ به القانون المدني في بعض دول مجلس التعاون الخليجي كما سنبينه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز في القانونين العماني والإماراتي

أخذ كل من قانون المعاملات المدنية العماني^{٢٣} وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^{٢٤} بمبدأ تقرير مسؤولية عديم التمييز عن أعماله غير المشروعة التي تسبب ضرراً للغير، حيث قضيا بتقرير مسؤولية تقصيرية مباشرة

^{٢١} لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302 هـ.

^{٢٢} الحديث رقم ٨٥٣ في صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

^{٢٣} قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣.

^{٢٤} الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وشخصية على عديم التمييز ومسؤولية ثانوية ومشروطة على متولي الرقابة. بالنسبة للمسؤولية المباشرة نجد أنهما استقيا أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب ضمان التعويض عن الأضرار الواقعة باعتبارها واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ كما سبق بيانه. حيث نصت المادة ١٧٦ من قانون المعاملات المدنية العماني على أن:

"١. كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بالتعويض. ٢. إذا كان الإضرار بالمباشرة لزم التعويض وإن لم يتعد، وإذا كان بالتسبب فيشترط التعدي." وجاء تأكيد المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز كمسؤولية أصلية وشخصية في المادة ١٨٩ من هذا القانون والتي نصت على أنه:

"إذا أُلِفَّ صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه التعويض من ماله."

أما بالنسبة لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة (٢٨٢) منه على أن:

"كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"

وجاءت المادة (٢٨٣) لتفصّل حالات وشروط قيام المسؤولية حيث نصت على أنه:

"١. يكون الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب. ٢. فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، إذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر."

كذلك أكدت المادة (٣٠٣) من القانون الإماراتي على أن مسؤولية عديم التمييز التقصيرية هي مسؤولية شخصية وأصلية حيث نصت على أنه:

"إذا أُلِفَّ صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله."

بداية وقبل الخوض في شرح أحكام هذه المسؤولية ومن خلال المقارنة بين نصوص القانون العماني ونصوص القانون الإماراتي نجد أن القانون العماني استخدم مصطلح "التعويض" في حين أن القانون الإماراتي استعمل المصطلح المستخدم من قبل الفقه وهو "الضمان"، وبالرغم من كون المصطلحين يحملان معان عدة قد تختلف فيما بينها إلا أن أحد التعريفات للضمان هو أنه تعويض عن ضرر أو إلزام بتعويض عن ضرر^{٢٥} مما يفسح المجال برأينا للقول بأن استخدام كل من المصطلحين لا يخلق فروقات في الحكم بين هذين القانونين في هذا السياق.

بالنسبة لمفهوم الإضرار وهو أساس قيام المسؤولية التقصيرية في القانونين العماني والإماراتي نجد أن المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي قد عرفت على أنه "مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر. وقد استعاض القانون بلفظ الإضرار عن سائر النعوت المستعملة في هذا المقام، كمصطلح العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون".^{٢٦} من خلال هذا التعريف نجد أن القانون هنا قد وضع قاعدة عامة مؤداها أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض سواء أكان الضرر ناجماً عن فعل أم امتناع عن فعل، كذلك نجد أن معيار تحديد وجود أو عدم وجود الإضرار هو معيار موضوعي لا يأخذ بعين الاعتبار شخصية مسبب الضرر وإنما يقارن بين التصرف الذي كان يتوجب عليه القيام به -وهو تصرف الرجل المعتاد- وبين ما أتى به من تصرف فالعبرة هنا بالضرر الذي نجم عن الفعل مما يببرر مساءلة عديم

^{٢٥} ياسين بن ناصر الخطيب، البئر وضمانه، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٥٦، الإصدار: من ذو القعدة إلى صفر لسنة ١٤١٩ هـ - ١٤٢٠ هـ، ص ٢٣٥-٢٣٧.

^{٢٦} المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

المسؤولية عن إضراره بالغير. وفي ذلك نرى أن القانون كان موفقاً في استخدام لفظ الإضرار بدلاً من مصطلح "العمل غير المشروع" أو غيره من المصطلحات التي قد توحى بتطلب التمييز أو الإدراك لدى الشخص المسؤول.

بالنسبة لمدلول الإضرار بالمباشرة الذي تنبأه كل من القانونين الإماراتي والعماني عن الفقه الإسلامي فقد قضت محكمة تمييز دبي أنه يشمل "كل فعل جلب بذاته الضرر وكان سبباً له ولم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر".^{٢٧} أما الإضرار بالتسبب فهو " هو إتيان الفعل الذي يعتبر السبب المفضي لوقوع الضرر وهذا السبب ليس من شأنه وفقاً للمجرى العادي للأمر أن يؤدي إلى إحداث مثل هذا الضرر ولم يساهم في ذلك لو لم يتبع بفعل المباشر الذي تقوم بينه وحده وبين الضرر رابطة السببية".^{٢٨}

إن مضمون هذين التعريفين يبدو متوافقاً مع التعريفات الفقهية التي سبق لنا بيانها في المطلب السابق. ولكن بالمقارنة بين تعريف الإضرار بالتسبب وبين مانصت عليه المادة (٢٨٣) في القانون الإماراتي في بيانهالات الضمان في الإضرار بالتسبب وهي إما أن يكون هناك تعدي أو وجود التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر حيث نجد أن الفقرة الأخيرة لا تتوافق مع تعريف الإضرار بالتسبب وفي حقيقة الأمر أنه لو أفضى الفعل إلى الضرر ولم يتوسط بينه وبين

^{٢٧} تمييز دبي، الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٧ حقوق في ١١/١٠/١٩٩٧، مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، ع ٨، أبريل ١٩٩٩، ج ١ حقوق، الرقم ١١٠، ص ٧٠٤، اتحادية عليا، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، مشار إليه سابقاً، ص ٩، هامش ٢، والطعن ١٤٨ لسنة ١٨ قضائية في ١٠/١٢/١٩٩٦، المرجع ذاته، س ١٩٩٦، ع ١٧، ٣، المبدأ ١٦٧، ص ١٠١٠.

^{٢٨} المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات، الدائرة المدنية والتجارية، حكم رقم ١٦٦ لسنة ١٩ ق.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الضرر أي عامل آخر لأصبح الإضرار بالمباشرة وليس بالتسبب وفي رأينا أن القانون الإماراتي في إضافته لهذه الفقرة لم يكن موفقا وكان من الأفضل الاكتفاء بالتعدي أو التعمد كما فعل القانون العماني.

بالنسبة لحالة اجتماع كل من الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب فإن القانون الإماراتي نص في مادته (٢٨٤) على أن الحكم -كما في الشريعة الإسلامية- يضاف إلى المباشر وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات حيث قضت بأنه: "متى اجتمع خطأ المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات وخطأ المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع هذا الشيء ولم يكن السبب ما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة أخرى يقدم المباشر في الضمان على المتسبب، ما لم يكن السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب".^{٢٩} وقد كان موضوع هذه الدعوى التعويض عن الإلتلاف الذي تسبب به حادث سير نتيجة - بحسب ما ادعى به المدعي- عدم إفساح الطريق للسيارة المضرورة مما أدى لانحرافها إلا أن المحكمة قضت بعدم المسؤولية استنادا إلى أن الفاعل المباشر لهذه التلفيات هو سائق السيارة المتضررة أما السائق المدعى عليه فإنه لم يرتكب السبب المباشر للإلتلاف ذلك أن عدم إفساح الطريق للسيارة المضرورة ليس خطأ بحد ذاته بالإضافة إلى أنه ليس السبب المؤدي والمفضي إلى الضرر مما أدى إلى انتفاء علاقة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر.

وحيث أن القضاء الإماراتي ذهب إلى أن "المباشرة هي علة مستقلة وخطأ يكفي بذاته لإحداث الضرر، في حين أن التسبب هو إتيان الفعل الذي يعتبر السبب المفضي لوقوع الضرر، وهذا السبب ليس من شأنه وفقاً للمجرى العادي للأمر أن

^{٢٩} المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات-الدائرة المدنية والتجارية- حكم رقم ٤٥ لسنة ٢٤ ق.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثماني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

يؤدي إلى إحداث مثل هذا الضرر ولم يساهم في ذلك لو لم يتبع بفعل المباشر الذي تقوم بينه وحده وبين الضرر رابطة السببية^{٣٠}. في حين نجد أن القانون العماني قد خلا من بيان حكم اجتماع الإضرار المباشر والإضرار بالتسبب وبرأينا خلوه من حكم كهذا لا يعني وجود نقص قانوني إذ أنه بالعودة للقواعد العامة في المسؤولية وخاصة مسألة علاقة السببية يمكن للقاضي أن يتوصل إلى الحكم الواجب التطبيق.

بعد تحليل المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز ننقل الآن لبيان المسؤولية الثانوية والمشروطة التي تقع على عاتق متولي الرقابة حيث نصت المادة (١٩٦) من القانون العماني على مايلي:

"١. لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك للمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء التعويض المحكوم به:

أ. من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

٢. لمن أدى التعويض أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به."

وبنفس المضمون نصت المادة (٣١٣) من القانون الإماراتي على أنه:

"(١) لا يسأل أحد عن فعل غيره ومع ذلك - فللقاضي بناءً على طلب المضرور إذا رأي مبرراً أن يلزم أيّاً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم على من أوقع الضرر: (أ) من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة

^{٣٠} المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات-الدائرة المدنية والتجارية- حكم رقم ٦٦ لسنة ٢٢ ق. كذلك راجع حكم رقم ٥٩٠ لسنة ٢٣ ق، حكم رقم ١٤٨ لسنة ١٨ ق.

أو أن الضرر كان لا بد واقعاً لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية... (٢) ولمن أدى الضمان أن يرجع بما فعل على المحكوم عليه به".
يتبين من نص هاتين المادتين أنه يجب أن تتوفر الشروط التالية من أجل ترتب مسؤولية متولي الرقابة:

١. توجيه طلب من المضرور إلى المحكمة لمساعدة متولي الرقابة.
 ٢. عدم قدرة متولي الرقابة على نفي المسؤولية عن نفسه إما بنفي خطئه من خلال اثبات قيامه بواجب الرقابة أو بوجود السبب الأجنبي.
 ٣. لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقرير المسؤولية من عدمها لأن مسؤولية عديم التمييز هنا جوازية وليست وجوبية.
 ٤. وجود مبررات لتقرير هذه المسؤولية.
 ٥. وجود واجب اتفاقي أو قانوني للرقابة.
 ٦. أن يكون الشخص الموضوع في رقابة غيره في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسبب حالته العقلية كالمجنون أو حالته الجسمية كالمقعّد.^{٣١}
- وترتباً على ذلك نرى أن مسؤولية متولي الرقابة حسب القانونين العماني والإماراتي هي من جهة مسؤولية ثانوية وليست أصلية إذ يمكن لمتولي الرقابة الذي قد يحكم عليه بدفع التعويض للمضرور في حال توفر الشروط التي ورد ذكرها أن يرجع على المسؤول الأصلي وهو عديم التمييز بما دفعه من تعويض، وهي لا تتقرر إلا بطلب من المضرور ومسؤولية تقديرية يعود أمر تقريرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع إذا توفرت الشروط السابق ذكرها ومن جهة أخرى أساس هذه المسؤولية يقوم على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس وفي حال نفي الخطأ تنتفي مسؤولية متولي الرقابة كلياً، إضافة لذلك نرى أن ترتب مسؤولية

^{٣١} المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات-الدائرة المدنية والتجارية- حكم

رقم ٧٢١ لسنة ٢٣ ق.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

متولي الرقابة لا يعفي المسؤول الأصلي وهو في حالتنا عديم التمييز من المسؤولية. ويجوز لمتولي الرقابة الرجوع على المحكوم عليه (أي عديم التمييز) بما دفعه للغير.

وبالتالي نجد أن القانونين العماني والإماراتي أوردا أحكاما متناغمة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز ومسؤولية متولي الرقابة. وهذا ما أكدته أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات حيث قضت بأنه: "لما كان الأب بولايته على ولده القاصر شرعاً وقانوناً يكون مسؤولاً بضمان ما قد يحدثه ولده من ضرر للغير شرعاً، وجبر الضرر يكون ابتداءً في مال الجاني ولو كان صغيراً ثم وليه إن لم يكن للصغير مال ثم عاقلته إن لم يكن للولي مال ثم بيت المال إن لم يكن لعاقلته مال ولا تهدر دية امرئ مسلم ولا يقبل من الطاعن تنصله من مسؤوليته الشرعية هذه تبعاً لما أسلفناه ولقد أورد الطاعن آية (ولا تزر وازرة زر أخرى) في غير موضعها بل أغفل مقتضياتها كما ذكرت كتب التفسير أنه يحمل وزرين زر إهماله في تربية ولده ومراقبته وضمان ما يحدثه ولده للغير من ضرر وهو مسؤول داخل البيت وخارجه ومسؤوليته في الخارج أولى لما يتعرض له من المخاطر خارج محضنه الذي يتوفر فيه العديد ممن يرعونه، ولقد أحكمت مسؤولية الولي بشكل واضح في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راعٍ في أهله وهو مسؤول عن رعيته - إلخ مما يجعل مسؤولية الطاعن قائمة في الرعاية والضمان والتعويض عن الضرر الذي أحدثه ولد الطاعن"^{٣٢}.

وخلاصة القول نجد أن الغرض من ضمان الضرر التقصيري في الفقه الإسلامي والقانونين العماني والإماراتي إصلاحي يقتصر على جبر الضرر وتعويض المضرور عنه فهو لا يهدف إلى عقاب محدث الضرر ولهذا كان أساس ضمان الضرر هو

^{٣٢} المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات-الدائرة المدنية والتجارية- حكم رقم ٧٦ لسنة ١٤ ق.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الإضرار وليس الخطأ بمفهومه التقليدي الذي يتطلب الإدراك والتمييز، وبالتالي ترتبت بحسب هذه القوانين إمكانية مساءلة عديم التمييز عن الأضرار التي يسببها للغير بعكس بعض القوانين العربية التي لم تقرر هذه المسؤولية بشكل أصلي وفي أحسن تقدير تم تقريرها بشكل استثنائي كما سنرى في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز

إن كل من القانون القطري والقانون الكويتي والقانون البحريني أسسوا وبشكل عام المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز على أساس الخطأ، ومع ذلك جاءت مبررات كل قانون مختلفة عن الآخر، الأمر الذي اقتضى تناول أساس المسؤولية في مطلبين: الأول يتناول أحكام المسؤولية التقصيرية وفق القانون القطري والثاني يتناول هذه المسؤولية وفق القانونين الكويتي والبحريني لوجود التشابه الكبير بين هذين القانونين.

المطلب الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز في القانون المدني القطري

أورد القانون المدني القطري^{٣٣} في مادته (١٩٩) أحكام المسؤولية التقصيرية والتي ارتكزت إلى الخطأ^{٣٤} كأساس لها ونصت على أن:

^{٣٣} القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.

^{٣٤} من المسلم به أن هذه الأحكام قد استقاها القانون القطري من القانون المدني الفرنسي القديم الذي اشترط توفر الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية إلا أن تطورا كبيرا شهدته القانون الفرنسي في هذا الخصوص بحسب آخر تعديل (Act No. 2013-404 of 17 May 2013) يوحى برأينا

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

"كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"

إن نص هذه المادة لم يشترط التمييز من أجل إقرار المسؤولية التقصيرية للمسؤول ولكن المادة (٢٠٠) من نفس القانون استدركت الأمر ونصت على أنه:
١. "يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.
٢. ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

من خلال هذين النصين يتبين أن شروط تحقق المسؤولية التقصيرية وفق القانون المدني القطري هي الخطأ والذي يستلزم وجود التمييز لدى المسؤول والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهذه هي الشروط التي تطلبها غالبية القوانين العربية والتي استقت أحكامها من القانون الفرنسي القديم.^{٣٥} في بحثنا هذا سوف نركز على ركن الخطأ لارتباطه الوثيق بموضوع البحث.

إن نصوص القانون المدني القطري لم تورد تعريف للخطأ - وهي العادة التي انتهجتها القوانين التي اعتمدت المنهج اللاتيني في تقنياتها - إلا أن الفقه

بعدم تطلب الخطأ بالمعنى التقليدي لتقرير المسؤولية التقصيرية حيث نصت المادة (١٣٨٢) على مايلي:

"Every act whatever of man that causes damage to another, obliges him by whose fault it occurred to repair it".

<http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (٢٠١٥/١٢/٢٠).

^{٣٥} إن أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون القطري تشابه لحد كبير تلك التي تبنتها التشريعات العربية في هذا الخصوص، انظر مثلاً المادة (١٦٤) من التقنين المدني السوري والمادة (١٦٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري.

بدوره قدم الكثير من التعاريف له وبحسب ما استقر عليه الأخير فإن الخطأ هو إخلال بالالتزام قانوني أو إنحراف عن السلوك الواجب مع إدراك الشخص بأنه قد انحرف.^{٣٦} وعرفته محكمة النقض السورية بأنه "سلوك معيب لا يأتيه رجل بصير وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحيطت بالمسؤول".^{٣٧} وبذلك نرى أن التعاريف الفقهية تورد ركنين للخطأ الركن المادي وهو التعدي والركن المعنوي وهو الإدراك. بالنسبة لركن التعدي وهو الإنحراف في السلوك فقد اتجه الفقه إلى أنه قد يكون عمداً ويسمى في هذه الحال بالجريمة المدنية وقد يكون مجرد إهمال وتقصير ويسمى في هذه الحال بشبه الجريمة المدنية، ومعياري الإنحراف في السلوك هو معيار موضوعي لا ذاتي ويقع عبء إثباته على المضرور، وذلك لأن أساس المسؤولية عن العمل الشخصي هو خطأ واجب الإثبات.^{٣٨} كذلك يمكن أن يكون التعدي إيجابياً وهو القيام بفعل أو سلبياً وهو الامتناع عن القيام بفعل. أما الركن المعنوي وهو الإدراك أو القدرة على التمييز فهي شرط أساسي في تحقق المسؤولية التقصيرية، بحسب ماذهب إليه معظم الفقه^{٣٩}، إذ لا يكفي وجود التعدي لقيام ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، ولا بد أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً له.

^{٣٦} عبد الرزاق احمد السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-دار احياء التراث العربي-بيروت لبنان، ١٩٥٢- الفقرة ٥٢٧- ص ٧٧٨-٧٧٩.

^{٣٧} - نقض سوري، ١٩٥٨/٥/٢٧، مجلة القانون ١٩٥٨، العدد ٥، ص ٣٥٧.

^{٣٨} - أنظر في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-دار احياء التراث العربي-بيروت لبنان، ١٩٥٢- الفقرة ٥٢٨- ٥٣٠ ص ٧٧٨-٧٨٥.

^{٣٩} انظر في ذلك محمد حسين منصور، النظرية العامة في الالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٦، ص ٥٢٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وبالتالي وبحسب القاعدة العامة لا تترتب مسؤولية عديم التمييز التقصيرية لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه باعتبار أن هدف المسؤولية المدنية في القوانين التي تبنته أساساً مزدوج (جزائي رادع يقصد منه تقويم سلوك محدث الضرر وإصلاحي يقصد منه تعويض المضرور فلا يصح بعد ذلك إلزام غير المميز بالتعويض ما دام أنه لا يفهم معنى الجزاء والعقاب).

لأنه وفي حالات محدودة وبشكل استثنائي وضمن الشروط التي أورتها المادة (٢٠٠) من القانون القطري يمكن تقرير مسؤولية عديم التمييز التقصيرية، وليس ناقص التمييز، إذا توفرت الشروط التالية:

١. وقوع ضرر.
 ٢. عدم وجود شخص مسؤول عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض من الشخص المسؤول.
 ٣. الحكم بالتعويض هو مسألة تقديرية تعود لقاضي الموضوع ولا يحكم بها بشكل تلقائي.
 ٤. التعويض الذي قد يحكم به ليس تعويضاً كاملاً وإنما تعويض عادل يراعى فيه مركز الخصوم.
- وبالتالي نرى بداية أن أساس هذه المسؤولية هو الضرر وليس الخطأ فهي مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمل التبعة وهي في ذلك تعد خروجاً على القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية. وهي مسؤولية احتياطية لا يحكم بها إلا في حال عدم تمكن المضرور من الحصول على تعويض من الشخص المسؤول على عديم التمييز وهو في غالب الأحيان متولي الرقابة. وهي مسؤولية جوازية يعود أمر تقريرها إلى القاضي وذلك تبعاً للوضع المالي لعديم التمييز وكذلك للمضرور. إضافة لذلك فالمسؤولية هنا مخففة وليس من الضروري أن يكون التعويض كاملاً وإنما يجب أن يكون عادلاً بحيث يراعى القاضي في ذلك مركز الخصوم فيمكن أن يحكم

بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز ثرياً وكان المضرور فقيراً جداً وقد لا يحكم القاضي بأي تعويض إذا كان المضرور فاحش الثراء وعديم التمييز مدقع الفقر أو أن يحكم بتعويض جزئي إذا كان عديم التمييز غنياً ولكن ليس إلى حد الثراء الفاحش وكان المضرور محتاجاً. وبذلك نرى أنه وفقاً لهذه المادة لا يمكن مساءلة عديم التمييز تقصيرياً إلا بشكل استثنائي ومشروط.

إلا أن بعض الفقه ذهب إلى أنه يمكن تقرير المسؤولية التقصيرية الكاملة لعديم التمييز في عدة حالات منها:^{٤٠}

١. في حالة قيام المسؤولية على الخطأ المفترض كمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع أو مسؤولية حارس الأشياء عن الأشياء التي توجد في حراسته.

٢. في حال ما إذا اشترك إهمال عديم التمييز مع خطأ المسؤول في وقوع الضرر يمكن نسبة الخطأ إلى عديم التمييز إذا كان في مكان المضرور لا في مكان المسؤول، وذلك من أجل تخفيف مسؤولية الفاعل.

٣. في حال كان عديم التمييز ليس في مكان المسؤول وحده وإنما يوجد مسؤول عنه كالولي، في هذه الحالة لا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسؤول عنه الذي يكون في هذه الحالة مسؤولاً عن فعل الغير. وهذا هو حكم مسؤولية متولي الرقابة حيث أوردت المادة (٢٠٨)^{٤١} من القانون القطري شروط تحقق هذه المسؤولية والتي في بعض

^{٤٠} - انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- دار احياء التراث العربي-بيروت لبنان، ١٩٥٢- الفقرة ٥٣٩ ص ٨٠٢-٨٠٣.

^{٤١} تنص المادة (٢٠٨) من القانون المدني القطري على أن "١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

شروطها مشابهة لتلك التي أوردناها في سياق شرح القانون العماني والإماراتي أعلاه مع إختلاف أن المسؤولية هنا إلزامية وتتقرر بشكل تلقائي ولا يعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع إضافة لكون التعويض المحكوم به هو تعويض كامل وليس تعويض تعويض عادل يراعى فيه مراكز الخصوم. وأعطى القانون الحق لمتولي الرقابة بالرجوع على الشخص المسؤول بكل ما يدفعه للمضروور تعويضاً عن عمله غير المشروع^{٢٢}.

مما سبق نرى أن عدم مساءلة عديم التمييز في القانون القطري يبدو منسجماً مع تأسيس هذه المسؤولية على أساس الخطأ الذي يتطلب توفر الإدراك لدى المسؤول. إلا أن القانونين الكويتي والبحريني والذين اشترطوا توفر الخطأ لتقرير المسؤولية التقصيرية قد انتهجا نهجاً مختلفاً على نحو ما سنرى في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز في القانونين الكويتي والبحريني

إن الصياغة القانونية لأحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون الكويتي تبدو لوهلة أنها مختلفة عن تلك التي أوردتها القانون البحريني إلا أن

بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. ٢- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته. ٣- وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، ما بقى القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. ٤- وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج. ٥- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب."

^{٢٢} حيث نصت المادة (١/٢١٠) من القانون المدني القطري على أنه " للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضروور تعويضاً عن عمله غير المشروع."

استعمال كل منهما لمصطلح "الفعل الخاطئ/الخطأ" كأساس لهذه المسؤولية وفي نفس الوقت تقرير وبنص صريح المسؤولية التقصيرية لغير المميز كمسؤولية أصلية في كل منهما دفعنا إلى الجمع بينهما في مطلب واحد أثناء تحليل أحكام هذه المسؤولية. بداية سنورد النصوص القانونية في كل من هذين القانونين ومن ثم التحليل القانوني لهما.

تنص المادة (٢٢٧) من القانون المدني الكويتي^٣ والتي تنظم أحكام المسؤولية التقصيرية على مايلي:

"١. كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً. ٢. يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز."

وأوردت المادة (٢٥٥) من نفس القانون حكماً خاصاً بالضرر الواقع على النفس، لا يوجد له مقابل في بقية قوانين مجلس التعاون الخليجي، حيث نصت على أنه:

"إذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لأحكام الشرع الإسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ وكان وقوع هذا الضرر بطريق المباشرة، وباستعمال شيء مما ذكر في المادة ٢٤٣^٤، فإن المباشر يلتزم بضمانه، ما لم يكن في إتيانه ملتزماً بحدود الدفاع الشرعي".

^٣ القانون المدني الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

^٤ تنص المادة (٢٤٣) على أن: "١- كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير. ٢- وتعتبر الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن، والأسلحة، والأسلاك والمعدات الكهربائية، والحيوانات، والمباني،

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

ووفيما يتعلق بكيفية تطبيق الأحكام السابقة فقد نصت المادة رقم (٢٦١) من نفس القانون، تطبيقاً لقاعدة الخاص يقيد العام وبقدم عليه في التطبيق، على أن: "تسري على ضمان أذى النفس أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع فيما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة به والواردة في هذا الفرع".

أما القانون البحريني^٥ فقد نصت المادة (١٥٨) والمادة (١٥٩) على التوالي على مايلي:

"كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بالتعويض"

"يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز"

قبل البدء بتحليل النقاط القانونية المتعلقة بمدى وطبيعة مسؤولية عديم التمييز نورد بعض الملاحظات:

- إن القانون الكويتي قد تأثر بالفقه الإسلامي في تبنيه لمبدأ مسائلة الشخص عن إحداثه للضرر سواء كان إحداثاً مباشراً أو بالتسبب كما سبق بيانه في المبحث الأول أثناء دراسة أساس تحقق المسؤولية التقصيرية حسب الفقه الإسلامي^٦.

وكل شئ آخر يكون، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه، مما يعرض للخطر. ٣- وتبقى الحراسة على الحيوان ثابتة للحارس، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، وذلك إلى أن يسيطر عليه غيره لحساب نفسه."

^٥مرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ بإصدار القانون المدني.

^٦ هناك الكثير من الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز الكويتية التي تؤكد تنبي أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص: انظر مثلاً الحكم رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩م الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٢/٠٨م، الحكم رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٩م الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٠٦/٢٦م، الحكم رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٢م الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٢٦م، الحكم رقم ٦ لسنة ١٩٩٣م الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٠٦/٠١م، الحكم رقم ٣١٧ لسنة ٢٠٠١م الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٦/٢٥م.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

- كلا القانونين أقر وبشكل صريح المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز كما أقرها الفقه الإسلامي.
- نجد أن كلا القانونين قد تأثر بالفقه المقارن في استعمالهما لمصطلحي "الخطأ أو الفعل الخاطئ" و "التعويض" بدلا من المصطلحات المستخدمة شرعا "الإتلاف" و "الضمان".
- كلا القانونين قد اشترط لتحقيق المسؤولية التقصيرية ثلاثة شروط كالتى تطلبها الفقه المقارن وهي الخطأ - ومناطه الإخلال بواجب قانوني^٧ - والضرر وعلاقة السببية وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية حيث قررت أنه "من المقرر أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ في جانب المسؤول وضرر يلحق بالمضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث يثبت أن هذا الضرر قد نشأ عن ذلك الخطأ وكان نتيجة لحدوثه".^٨

مما سبق نرى أن القانون الكويتي قد أورد قاعدة عامة تنظم أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع أيا كان نوع الضرر وقاعدة خاصة بالمسؤولية المترتبة على أذى النفس - متأثرا في هذه الأخيرة بأحكام الشريعة الإسلامية التى تسري عليها بالإضافة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بشرط عدم تعارض الأخيرة معها. بالنسبة للقاعدة الخاصة بأذى النفس فقد نص على ثلاثة شروط لتحقيقها ليس الخطأ من ضمنها وهذه الشروط هي أن يكون الضرر حصرا من الأضرار التى تقع على النفس لا المال، وأن يكون وقوع هذا الضرر بطريق المباشرة وليس بالتسبب وأن تكون وسيلة إحداث الضرر شيء يتطلب عناية خاصة أو حيوان. وبالتالي نرى أن

^٧ محكمة التمييز الكويتية، الحكم رقم ١٠٦ لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٨/٢/١٩٩٤م.

^٨ محكمة التمييز الكويتية، الحكم رقم ٩٦ لسنة ٢٠٠٢م الصادر بتاريخ ١١/٢/٢٠٠٢م.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

حالات ترتب مسؤولية أذى النفس محدودة ومقيدة بشروط خاصة من جهة، ومن جهة أخرى هي مسؤولية قائمة على الضمان أو تحمل التبعة أي مسؤولية موضوعية غير قائمة على الخطأ. تأكيداً لذلك قضت محكمة التمييز الكويتية أنه "من المقرر أن القانون المدني جعل الفعل الضار أحد مصادر الالتزام وقسمه إلى قسمين أولهما العمل غير المشروع وقوامه تقرير مسؤولية كاملة شاملة ترجع في أساسها إلى فكرة الخطأ بوجه عام وثانيهما أذى النفس المستوجب للضمان وفقاً لأحكام الدية في الشريعة الإسلامية وقوامه أذى النفس - دون المال - وذلك عندما يستغل على المصاب أو ذويه من بعده الطريق إلى جبر الضرر جبراً كاملاً شاملاً على أساس المسؤولية التقصيرية لانتفاء خطأ مباشر الضرر أو لكون المباشر مجهولاً...".^٩ وفي حكم آخر أكدت المحكمة عدم اشتراط الخطأ في المسؤولية عن أذى النفس في دعوى دهس أدت إلى وفاة المجني عليه أثناء لهوه بالساحة خلف كرتة التي اتجهت نحو السيارة فتابعها إليها وسقط أسفل عجلاتها، حيث جاء في حكم المحكمة أن "قيادة المتهم للسيارة واصطدامها بجانبها بالمجني عليه هو الذي جلب الضرر وكان سبباً له بغير أن يتدخل أمر بين هذا الفعل والضرر الناجم عنه مما مؤداه لزوماً أن ينطبق عليه وصف المباشر... ولا يغير من ذلك انتفاء خطئه إذ أن تقرير المسؤولية عن الدية من أذى النفس ليس أساسه وقوع خطأ من المباشر وإنما مجرد وقوع الضرر...".^{١٠}

وبالتالي استقر القضاء الكويتي على أن الضرر هو الركن الجوهري في هذه المسؤولية وأهميته تفوق أهمية الخطأ وبذلك يمكن في بعض حالات المسؤولية أن

^٩ محكمة التمييز الكويتية، الحكم رقم ١٢٢ لسنة ١٩٩٨م الصادر بتاريخ ٢٠/١/١٩٩٨م.

^{١٠} محكمة التمييز الكويتية، طعن بالتمييز رقم (٨٨/٢١٩) تجاري، جلسة ١٥/١/١٩٨٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

تقوم بغير خطأ ولكن لا يتصور أبدًا وجودها بلا ضرر^{٥١}، وبذلك اعتبر أن ثبوت الضرر شرط لازم لقيام المسؤولية على أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ذاته، بأن يكون قد نجم عنه مباشرة^{٥٢}.

بالنسبة للقاعدة العامة في العمل غير المشروع وفق القانونين الكويتي والبحريني نجد أن النص القانوني الذي أقر هذه المسؤولية جاء هجيناً حين جمع في الوقت نفسه بين عدم التمييز وبين الخطأ مما قد يثير بعض الغموض عن طبيعة وأساس هذه المسؤولية هل هي مسؤولية قائمة على الخطأ أم انها مسؤولية موضوعية تترتب بمجرد حدوث الضرر، خاصة أن القضاء الكويتي ميز بين العمل غير المشروع الذي يتطلب الخطأ وبين أذى النفس الذي لم يتطلب فيه ركن الخطأ، حيث نجد أن كلا القانونين اشترطا وجود ركن الخطأ كما أسلفنا سابقاً وب نفس الوقت أقرّا مسؤولية غير المميز أو عديم التمييز. وبحسب ما استقر عليه الفقه فإن الخطأ يستلزم وجود ركنين ركن مادي وهو التعدي ووركن معنوي وهو الإدراك كما سبق بيانه سابقاً. لا توجد مشكلة لمسألة تحقق الركن المادي اذ يمكن تصور وقوع تعدي من قبل عديم التمييز.

أما بالنسبة للركن المعنوي وهو الإدراك نجد أن الفقه ربط بينه وبين التمييز واعتبر أن غير المميز لا يتوفر لديه الإدراك كونه لا يستطيع التمييز بين الخطأ والصواب وبين الخير والشر وتطبيقاً لذلك فإن الركن المعنوي لا يمكن تصور وجوده لدى عديم التمييز وبالتالي لا يمكن تصور ارتكاب الخطأ من قبله مما يؤدي لانعدام مسؤوليته التقصيرية. وبمخالفة لهذا الفقه يرى البعض أن القانون الكويتي

^{٥١} محكمة التمييز الكويتية، الحكم رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٨٧م الصادر بتاريخ ٢٢/٠٤/١٩٨٧م. انظر كذلك الحكم رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٩م الصادر بتاريخ ٠٢/٠٧/١٩٨٩م، و الحكم رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٠م الصادر بتاريخ ١٨/٠٦/١٩٩٠م.

^{٥٢} محكمة التمييز الكويتية، الحكم رقم ١٤٠ لسنة ١٩٨٦م الصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٨٦م.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

هنا قد اكتفى بالتعدي، أي بالركن المادي فقط لإمكان مساءلة عدم التمييز عن الأضرار التي يلحقها بالغير ذلك أن نظرية الخطأ بمفهومها التقليدي - وفق هذا الرأي - الذي يستلزم توافر عنصرها المادي والمعنوي قد عفا عليها الزمن وأن الاتجاه الحديث يذهب إلى الاكتفاء بالعنصر المادي وحده^{٥٣}.

وبرأينا أنه كان من الأنسب لو أن القانونين الكويتي والبحريني استبدلا مصطلح الخطأ الوارد في النص القانوني بمصطلح الضرر أو غيره تجنباً لحصول مثل هذا الخلط، خاصة أن كلا القانونين وبشكل صريح نصا على قيام مسؤولية عديم التمييز التقصيرية. إذ أن تبني المسؤولية التقصيرية الشخصية والكاملة لعديم التمييز وفقاً للقانونين الكويتي والبحريني يعتبر موقفاً سليماً و متوافقاً مع المنطق القانوني السليم ومراعياً لمصالح الأفراد. وهما بذلك من حيث المبدأ قد اتبعا نهج الشريعة الإسلامية في تقرير المسؤولية التقصيرية الأصلية لعديم التمييز وسائراً في الوقت ذاته الاتجاه الحديث في الفكر القانوني المعاصر الذي لا يتطلب الإدراك والتمييز لقيام المسؤولية التقصيرية.

بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة عن الأضرار التي يسببها غير المميز وفق أحكام القانونين الكويتي والبحريني فهي كمثيلتها في القانون القطري وبخلاف القانونين العماني والإماراتي لا تستلزم توجيه طلب من المضرور ولا يعود أمر تقديرها للمحكمة وهي مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض حيث يمكن نفيها إذا أثبت متولي الرقابة أنه قام بواجبات الرقابة أو بإثباته السبب الأجنبي. حيث وردت أحكام هذه المسؤولية في نصين متطابقين في كل من المادة (٢٣٨) من القانون الكويتي والمادة (١٧٠) من القانون البحرينى ونصنا على مايلي:

^{٥٣} سليمان مرقس: الوافي في شرح الالتزامات المدنية في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول - في الأحكام العامة، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥.

" ١. كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية. يكون ملزماً في مواجهة المضرور، بتعويض الضرر الذي يحدثه له ذلك الشخص بعمله غير المشروع، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجبات الرقابة على نحو ما ينبغي، أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب..."

وتطبيقاً لذلك أوردت محكمة التمييز البحرينية في حكم لها أنه "من المقرر أن مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأعمال غير المشروعة التي تقع ممن هم تحت رقبته هي مسؤولية مبنية على خطأ مفترض قابلاً لإثبات العكس لا ترتفع عن جانب المكلف بالرقابة إلا إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب..."^{٥٤}

وبالرغم من التطابق بين هذين القانونين بالنسبة لشروط تحقق المسؤولية إلا أنهما اختلفا في مسألة حق المكلف بالرقابة في الرجوع على من هو تحت رقبته، حيث يمكن رجوع المكلف بالرقابة وفق القانون الكويتي بكل ما دفعه ولم يشترط القانون هنا حدود أو شروط معينة بما في ذلك اشتراط تحقق مسؤولية عديم التمييز حيث نصّت المادة (٢٤١) من على أنه: "للمسئول عن عمل الغير، أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضاً عن عمله غير المشروع" بينما نصت المادة (١٧٣) من القانون البحريني على أنه: "للمسئول عن عمل الغير، حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر". حيث اشترط القانون البحريني من أجل الرجوع أولاً تحقق مسؤولية الشخص الذي يقع تحت رقبته وأن يقيد الرجوع بحدود تحقق مسؤولية الأخير. ونجد أن هذا النص مطابق للقوانين التي لا ترتب مسؤولية على عديم التمييز إلا بشكل استثنائي وبضمن

^{٥٤}الحكم رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٩٩م الصادر بتاريخ ٢٨/٠٦/١٩٩٩م.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

شروط معينة مراعاة لفقدان التمييز لديه^{٥٥}، إلا أن هذا النص برأينا لا ينسجم مع ما اتجه إليه القانون البحريني عندما أقر وبشكل صريح مسؤولية عديم التمييز كمسؤولية أصلية وشخصية كما سبق بيانه وبرأينا لا مبرر لمثل هذا الشرط.

الخاتمة

باستثناء القانون القطري نجد أن قوانين دول مجلس التعاون الخليجي قد تبنت من حيث المبدأ بشكل مباشر أو غير مباشر موقف الفقه الإسلامي في تقرير المسؤولية التقصيرية الكاملة والشخصية والأصلية لعديم التمييز بالرغم من وجود اختلافات شكلية في الصياغة القانونية واختلاف في بعض التفاصيل بين هذه القوانين. ونرى أن هذا الموقف صائبا ومحققا للعدالة الإجتماعية ذلك أن فاقد الأهلية قد يتسبب بأضرار مادية للغير وفي كثير من الأحيان قد يتمكن المكلف بالرقابة من دفع مسؤوليته وفق هذه القوانين باثبات قيامه بواجب الرقابة أو باثبات وجود السبب الأجنبي مما يؤدي لحرمان المضرور من التعويض في حال كانت الاحكام الوطنية لاتقرر المسؤولية التقصيرية الأصلية والشخصية لعديم التمييز، اذ أن تقرير المسؤولية التقصيرية لا يعني معاقبته وانما فقط جبر وضمان الضرر الذي تسبب به للغير. أما بالنسبة للقانون القطري فقد انتهج المسلك الذي انتهجه بعض الدول العربية كمصر وسوريا والفقه المقارن في اشتراط وجود التمييز لتحقيق

^{٥٥} انظر في ذلك نص المادة (١٧٦) من القانون المدني السوري التي نصت على أنه: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر" علما أن القانون السوري لا يقرر المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز إلا بشكل استثنائي فالقانون السوري يتطلب وجود الخطأ بركنيه وفق المادة (١٦٤) واعتبر أن الشخص يعتبر مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة، وفقاً لما جاء في المادة (١٦٥) متى صدرت منه وهو مميز وأن مسؤولية عديم التمييز لا تقوم إلا بشكل استثنائي وضمن شروط معينة.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

المسؤولية التقصيرية وعدم امكانية مساءلة عديم التمييز عن الأضرار التي يسببها للغير إلا بشكل استثنائي ومشروط مما يتسبب بحرمان المضرور من التعويض في بعض الحالات مما يجافي العدالة.

وبالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة نجد أن كل قوانين مجلس التعاون الخليجي قد أسست هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض مع إمكانية استرداد ما يدفعه متولي الرقابة من الشخص المسؤول، إلا أن حالات تحقق هذه المسؤولية اختلفت بين هذه القوانين وفق اتجاهين: فالاتجاه الأول جعل هذه المسؤولية ثانوية وتقديرية خاضعة لسلطة المحكمة وهو ما تبناه كل من القانون العماني والإماراتي والاتجاه الثاني الذي تبناه كل من القانون القطري والكويتي والبحريني قررت المسؤولية الكاملة على متولي الرقابة ولم تترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع. وأخيرا نرى أن كل هذه القوانين ماعدا القانون البحريني منحت متولي الرقابة الحق بالرجوع بكامل مادفعه على من هو تحت رقابته. أما تقييد حق الرجوع وفق القانون البحريني بالحدود التي يكون فيها عديم التمييز مسؤولا عن تعويض الضرر فهو برأينا لا ينسجم مع الأحكام التي تبناها هذا القانون بالنسبة لأحكام المسؤولية التقصيرية وكان من الأفضل عدم إيراد مثل هذا التقييد.

المصادر

السنة النبوية:

محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ١٤١٤ هـ
١٩٩٣ م.

مؤلفات التراث:

- القواعد الكلية من درر الحكام - شرح مجلة الأحكام، على حيدر، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

- القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ في الفقه الاسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا تاريخ.
- لجنة من العلماء في الحقبة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية - بيروت، 1302هـ.
- محمد بن صالح العثيمين، شرح الأربعين النووية، دار الثريا للنشر، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

المراجع العامة:

- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-دار احياء التراث العربي-بيروت، لبنان، ١٩٥٢.
- سهيل حسين الفتلاوي، مبادئ القانون السعودي (دراسة في نظريتي القانون والحق مقارنة بقوانين الدول العربية)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، ٢٠١٢.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة في الالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٦.
- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزئين ٤ و ٥، الطبعة ١٢، دار الفكر، دمشق-سوريا، ٢٠٠٩.

المراجع الخاصة:

- سليمان مرقس، الوافي في شرح الالتزامات المدنية في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول - في الأحكام العامة، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٨٨.
- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، ١٩٩٣.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة التاسعة، ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٢ م.
- ياسين بن ناصر الخطيب، البئر وضمانه، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٥٦، الإصدار: من ذو القعدة إلى صفر لسنة ١٤١٩ هـ - ١٤٢٠ هـ.
- القوانين والتشريعات:
- القانون المدني البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٠٥/١٨.
- القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.
- القانون المدني الكويتي الصادر بمرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
- قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.
- الأحكام القضائية:
- المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات.
- محكمة التمييز البحرينية.
- محكمة التمييز القطرية.
- محكمة التمييز الكويتية.
- المحكمة العليا العمانية.

عَقْدُ الْبِنَاءِ وَالنَّشْغِيلِ وَنَقْلُ الْمِلْكِيَّةِ وَأَثَرُهُ عَلَى الْاِقْتِصَادِ الْوَطَنِيِّ

الدُّكْتُورُ مَالِكُ حَمْدُ مُحَمَّدُ أَبُو نَصِيرٍ
أُسْتَاذُ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ الْمُشَارِكُ
جَامِعَةُ الْإِسْرَاءِ - الْأَمْرُ دَنْ

abunaseir68@yahoo.com

الملخص

عَقْدُ الْبِنَاءِ وَالتَّشْغِيلِ وَنَقْلُ الْمِلْكِيَّةِ وَآثَرُهُ عَلَى الْاِقْتِصَادِ الْوَطَنِيِّ
الدُّكْتُورُ مَالِكُ حَمْدُ مُحَمَّدُ أَبُو نَصِير

يعالج هذا البحث موضوع في غاية الاهمية وهو عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (عقد البوت) الذي بموجبه تعهد الحكومة الى احدى الشركات الوطنية او الاجنبية امتياز و/او ترخيص للقيام بمشروع معين وغالباً ما يكون من المشاريع الاساسية للدولة، والمتعلق بمرفق عام حيث تقوم شركة المشروع ببنائه وإدارته وتملكه لمدة معينة يتم الاتفاق على تحديدها بموجب العقد بحيث تكون كافية لكي تسترد شركة المشروع تكاليف البناء بالإضافة الى ربح مناسب وفي نهاية المدة المتفق عليها تقوم الشركة بنقل ملكية المشروع بالكامل الى الحكومة دون تحمل الحكومة اي تكلفة.

وتكمن اهمية البحث في توضيح ودراسة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) في اقامة المشاريع الاساسية في الدول من حيث دراسة النظام القانوني لجوانبه الاقتصادية والمالية بهدف الوصول الى منظومة متكاملة يمكن الاهتداء بها واتباعها اثناء تشييد اهم مشاريع الدولة، ووضع اهم السبل والضمانات التي تضمن عملية نقل المشاريع الى الحكومة بصورة جيدة، عقب انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، وخاصة ان المشرع الاردني لم ينظم العلاقة بين شركة المشروع والحكومة بموجب قواعد خاصة بل ترك الامر للقواعد العامة. ومن هنا اوصت الدراسة المشرع الاردني ان يتبنى في تعديل مرتقب وضع قواعد خاصة بعقد (البوت) تتناسب مع احتياج الدولة للاستثمارات الأجنبية لتشجيعها من جهة، وضمان حفاظ الدولة على ثرواتها ومواردها الطبيعية من جهة أخرى.

Abstract:

**Build, Operate and Transfer of Ownership Contract and
its impact on the national economy contract**

Dr .Malek .H. M Abunaseir.

This research deals with a very important topic, a build-operate-transfer contract (BOT), under which pledged the government to a national or foreign companies franchise and / or license to carry out a specific project, and it is often essential for state projects, and the facility in which the project company built management and owned by a certain period under the contract are agreed upon so that they are determined enough to the project company to recover construction costs in addition to an appropriate profit, and at the end of the agreed period, the company transferred ownership of the project to the government in full without incurring the cost of any government.

The importance of this research is to clarify and study the build-operate-transfer contract (BOT) to establish the basic projects in countries where the legal system, economic and financial aspects of the study in order to reach an integrated system can be guided by and followed during the construction of the most important state projects, the development of the most important ways and guarantees to ensure that the process transport projects to the government well, after the end of the period agreed upon in the contract, especially that the Jordanian legislator did not regulate the relationship between the project company and the government under special rules, but leave it to the general rules. Hence the study recommended the Jordanian legislator to adopt the modified prospective special rules to hold (B.O.T) commensurate with the state's need for foreign investment to encourage them on one hand; and to ensure that the state maintains the wealth and natural resources on the other

Keyword: Foreign companies, project company, (BOT), construction

المُقَدِّمَةُ

في ظل النهضة الاقتصادية التي تعيشها الدول والمتغيرات الاقتصادية الدولية، وظهور نفوذ وسطوة الشركات متعددة الجنسيات ، وظهور آليات جديدة تقوم بها شركات القطاع الخاص لتمويل المشاريع الحيوية والضخمة التي كانت في يومها ما قاصرة على الدولة، كان على الدول إتباع سياسة الاقتصاد الحر ونظام الخصخصة كنهج اقتصادي من شأنه زيادة دور القطاع الخاص في مشاريع التنمية الاقتصادية بهدف الحصول على التمويل للمشاريع الأخرى والتغلب على مشكلات القطاع العام المتعددة، والمتمثلة بانخفاض الإنتاجية وعدم كفاءتها والعوز الشديد والنقص في قدرتها على الوفاء باحتياجات مواطنيها، وكذلك التخلي عن وظيفتها في مجارة التغيرات العالمية الجديدة وصرف اهتمامها لمشاريع أخرى ذات نفع وطني لا اقتصادي. وانتقال وظيفتها إلى دور الرقابة والإشراف وتوفير الأمن والاستقرار .

والدول إذ تلجأ إلى مثل هذا النوع من العقود لتخفيف العبء عن كاهلها من خلال ترك إنشاء المشاريع للقطاع الخاص، فإنها تطمح نحو بعد آخر ليس اقل أهمية من الهدف الأول وهو نقل التقنية المتقدمة والتي تفتقر إليها اغلب الدول النامية ، وتحتاجها للمساعدة في تحقيق أفضل النتائج في برامج التنمية .

وبالرغم من المزايا التي يحققها عقد (البوت) - عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية- حسب الترجمة لاسم هذا العقد الذي يرمز له بحروف (B.O.T) والذي شهد انتشاراً في كثير من الدول ومنها - الأردن ومصر - أصبحت تطبيقاته بديلاً عن التمويل عن طريق الموازنة العامة، أو من خلال القروض الخارجية والمعونات أو التمويل المجمع عن طريق البنوك وذلك لدوره الحيوي في إيجاد مشروعات البنية الأساسية والتنمية . إلا أن له بعض العيوب، منها ارتفاع تكلفة المشروع نظراً للمخاطر الانتمائية وزيادة نفقات الاستشارات والدراسات التي يقوم بها القطاع

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثماني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الخاص والتي سيتم احتسابها ضمن التكاليف العامة للمشروع. ونظرا أيضا للعقود المتعددة التي ستبرم بين الأطراف فان المشاكل القانونية ستزداد وستعكس بالتالي على المشروع . فضلا عن عدم ثقتنا بان تقوم الشركات الأجنبية بنقل التقنية للدول النامية لأنها تحجم عن الاستثمار في مثل تلك المشاريع أو إنها لن تقوم بنقل هذه الأساليب والتقنيات لشعوب تلك الدول . كما أن الشركات الأجنبية المستثمرة عادةً ما تلجأ إلى السوق المحلي (البنوك) للحصول على التمويل المالي الذي يلزمها مما يؤثر على الاقتصاد الوطني وانخفاض العملة الوطنية نتيجة زيادة الطلب على العملة الأجنبية.

لما تقدم ولبيان الأهمية التي يحظى بها هذا الموضوع الحيوي، سنقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .

المبحث الأول

ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

سنوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين : نتناول في أولهما مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وفي الثاني نتناول الية تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومجالاته.

المطلب الاول

مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

سنقسم الدراسة في هذا المطلب الى فرعين نتناول في أولهما تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وفي الثاني نبحث في مزايا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

الفرع الاول

تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

في الآونة الأخيرة لاحظنا أن الدول ومن بينها الأردن^(٥٦) بدأت تتجه نحو استخدام عقد يسمى عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) كأحد الأساليب التي تدل على زيادة مشاركة القطاع الخاص الوطني والأجنبي في مشاريع البنية الأساسية وهذا العقد هو أقصى درجات مشاركة القطاع الخاص إذ أن الدولة تتخلى عن ملكية المشروع نهائيا للقطاع الخاص .

(٥٦) أعلنت الأردن عن نيتها بإنشاء ميناء في مدينة العقبة بنظام البوت كما أعلنت عن نيتها إبرام عقد مع شركة أجنبية للقيام باستثمار الصخر الزيتي في الأردن بنظام البوت. أيضا جر مشروع مياه الديسي وتبني وزارة الأوقاف لنظام البوت كأداة لإنشاء وإدارة وتشغيل الوقف المشرفة عليه الوزارة.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

ويقصد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية هو النظام الذي يعتمد على التمويل الخاص ويستخدم في المشاريع الكبرى لا سيما المشاريع الخاصة التي تستلزم موارد مالية كبيرة للقيام بانجازها .

وللتعرف على عقد البوت (B.O.T) فانه يتكون من الحروف الأولى لثلاث كلمات:

Build =B بناء أو إنشاء . Operate =O تشغيل. Transfer =T

ownership نقل الملكية .

ومفهومه ان تعهد الحكومة الى احدى الشركات سواء اكانت وطنية ام اجنبية القيام بمشروع معين وغالبا ما يكون من المشاريع الاساسية للدولة والمتعلق باحد مرافقها الحيوية تقوم شركة المشروع بتنفيذه - تصميمًا وبناءً واستغلالاً وتملكاً- لفترة معينة تحدد بالعقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع لتكاليف بنائه بالاضافة الى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية المدة المحدد والمتفق عليها بين الحكومة وشركة المشروع تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة وبحالة جيدة دون تحمل الحكومة لاي نفقات^(٥٧).

وهذا يعني أن تتعهد شركة خاصة بإنشاء مرفق عام بأموالها ثم تتولى تشغيله وإدارته بتقديم خدمات المرفق إلى الجمهور مقابل رسوم معينة تقررها اتفاقية (البوت) تغطي بها ما دفعته الشركة من تكاليف والعائد من استثمارها ، وفي نهاية مدة العقد تنتقل الملكية إلى الجهة الحكومية كاملة وبحالة جيدة، أما إذا كانت الشركة تحتكر العائد خلال مدة العقد لوحدها يسمى العقد (B.O.O.T) ^(٥٨).

^(٥٧) احمد رشاد سلام، عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٢.

^(٥٨) د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروع البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد (٦٩) سنة ١٩٩٩، ص ١٧٢ . إبراهيم الشهاوي، الامتياز

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

و (B.L.T) ويقوم على التعاقد مع الشركة خاصة لإنشاء المرفق ثم تأجيره تأجيراً تمويلياً (Lease) أو تأجير عادياً (Rent) ليكون المصطلح (B.R.T) وقد لا يكون الترخيص لغايات الإنشاء بل للتحديث مع التملك والتشغيل (R.O.O) (Rehabilitate, Own and Operate) ، وقد يكون تحديث وتملك ونقل ملكية (R.O.T). وهو بذلك اقدر على التأقلم مع مختلف التشريعات وخيارات المتعاقدين . وحقيقة هذا العقد أنه عقد التزام مرفق عام تحكمه المبادئ العامة للعقود الإدارية والتي من أهمها حق الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة^(٥٩).

بنظام (B.O.T) وأهميته الاقتصادية، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر ٢٠٠٤، العدد ٤٧٥/٤٧٦ السنة الخامسة والتسعون، ص ٣٠٠. محمد عبد الحليم عمر، قضايا اقتصادية معاصرة من منظور إسلامي (نظام البوت)، سلسلة حلقات نقاشية- جامعة الأزهر. د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٢ وما بعدها. د. محمود فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة عدد ٤٦١/٤٦٢، إبريل ٢٠٠١، ص ٦. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ٣٥٨ وما بعدها.

Jeffery delmon, Boo, B.o.t projects. A commercial and contractual Guide. 2000, sweet and Maxwell- London p 1.

^(٥٩) أنظر في تفصيل ذلك د. هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص ١٧٣ وما بعدها. د. محمود فهمي، عقود البوت (b.o.t) وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٦ - إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

الفرع الثاني

مزايَا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يحقق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (عقد البوت) مجموعة من المزايا مما يجعل الحكومات تتجه الى تشجيع الاخذ بمثل هذا النوع من المشاريع والتي سنتناولها تباعاً على النحو التالي:

- ١- تخفيف العبء عن موارد الدولة إذ انه يتم تمويل مشروعات عقود البوت من قبل شركات القطاع الخاص بعيداً عن ميزانية الدولة . ومن ثم من شأن هذا التوفير أن يسمح للدولة باستثمار الأموال في مشاريع أخرى أو إنفاقها في وجوه توفير الخدمات لأفراد شعبها وهي تلك التي ليس لها مردود مالي مباشر (كالتعليم والصحة) .
- كما أن من شأن قيام الشركات الخاصة على تنفيذ المشاريع رفع كفاءة التشغيل وتقليل التكلفة من خلال استخدام أحدث الآلات ، وإن هذه الآلات لا تتوافر إلا لدى بيوت الخبرة الأجنبية خصوصاً الخاصة منها ^(١٠) .
- ٢- يسمح عقد الـ (B.O.T) بنقل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والادارة من القطاع العام الى القطاع الخاص الذي يتمتع بقدر كبير من الخبرة والحنكة ^(١١) التي تساعد على ادارة المشاريع بالطريقة التي تفيد الدولة صاحبة المشروع وكذلك تحقيق الربح لشركة المشروع.

^(١٠) انظر د . محمد انس جعفر ، العقود الإدارية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٩١ .

^(١١) Mauel J , “Common Contractual Risk Alloation in international Power Projects” Columbia Business Law Review 1996.p. 102.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٣- يساهم عقد الـ (B.O.T) في خفض معدلات البطالة من خلال خلق سوق اضافية للإنتاج الوطني وتوفير فرص جديدة لقطاعات الهندسة والمقاولات للتعامل مع هذه المشاريع بالاضافة الى نقل التكنولوجيا للدولة صاحبة المشروع (٦٢).

٤- قد يؤدي عقد (البوت) إلى حماية الدولة من آثار التضخم، ذلك لأنه يقضي على فترات الانتظار التي تحتاج إليها المشاريع الحكومية لتوفير احتياجاتها المالية. فضلا على أن من شأن عقد (البوت) أن يملك الدولة مشاريع ذات تقنية عالية وذات منفعة ضرورية دون أي مخاطرة بتكلف أعباء دفع الأموال لان شركة القطاع الخاص هي التي ستدبر الأموال اللازمة للمشروع، وبالتالي فإن الدين لن يظهر في ميزانية الدولة بل في ميزانية الشركة التي ستتولى إنشاء المشروع، وهذا من شأنه تحسين مستوى المدفوعات في الميزانية.

٥- يترتب على انتهاء مدة عقد الـ (B.O.T) المتفق عليها إعادة المشاريع الى الدولة مما يتيح للحكومة إعادة تشغيلها وجني فوائدها.

٦- في ظل الخصخصة التي تنتهجها أغلب الدول فإن عقد البوت يعد أنسب وأفضل الوسائل التي يمكن للدولة استخدامها، لأنه يحتفظ لها بالقدرة على مراقبة المشاريع الإستراتيجية وأيلولتها في نهاية مدة العقد للدولة.

(٦٢) Unido "B.O.T.Guidelines for Infrastructure Development Through B.O.T Projects" 1996 .p. 80.

ومما سبق لا بد ان تقوم سياسات الدولة على تشجيع الاستثمار الخاص وحماية هذا الاستثمار من خلال اصدار التشريعات والقوانين المناسبة لتيسير اصدار الموافقات والتراخيص المطلوبة وتوخي العدالة والشفافية لجذب مثل هذه الاستثمارات لتخفيف العبء عن كاهلها من خلال ترك إنشاء المشاريع للقطاع الخاص، ونقل التقنية المتقدمة والتي تفتقر إليها اغلب الدول النامية، وتحتاجها للمساعدة في تحقيق أفضل النتائج في برامج التنمية .

المطلب الثاني

آلية تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومجالاته

سنقسم الدراسة في هذا المطلب الى فرعين : نتناول في الفرع الاول آلية تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وفي الثاني نبحث في مجالات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .

الفرع الاول

آلية تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

يمر تنفيذ هذا العقد بمراحل متعددة تبدأ بمرحلة الإعداد للمشروع ثم مرحلة الإنشاء والتشغيل وبعد ذلك تأتي المرحلة الأخيرة وهي نقل ملكية المشروع للدولة . ويتم خلال المرحلة الأولى تحديد المشروع ومواصفاته من قبل الدولة أو إحدى مؤسساتها وإعداد المستندات والدعوة للعطاءات وفقاً للأسلوب الحكومي المتبع ومن خلال بعض الدوائر المختصة، كدائرة العطاءات العامة وبعد أن يقدم المتنافسين عروضهم يتم اتخاذ قرار اختيار الشركة المؤهلة للقيام بالمشروع ويتم الاختيار وفق ضوابط موضوعية وقد تلجأ إحدى الشركات إلى تقديم عروضها للدولة دون أن يكون هناك تنافس بين الشركات، أو دون الإعلان عن المشروع، أي يكون باقتراح من الشركة ذاتها وبعد رسو المشروع على شركة القطاع الخاص تشرع بالتنفيذ،

وهذه مرحلة تدبير التمويل اللازم للمشروع إذ أن السلف التي تحصل عليها من الدولة تكون على الأغلب غير كافية للبدء بإنشاء المشروع ، وبعد تدبير الأموال والبدء بإنشاء قد تبرم مجموعة من عقود المقاولات مع بعض الشركات المتخصصة للقيام ببعض جوانب الإنشاء الخاصة للمشروع، وقد تبرم أيضا عقد تامين على المشروع وعقد توريد للمعدات أو عقد تأجير تمويلي لها وبعد انتهاء مرحلة إنشاء المشروع تقوم بتشغيله وعمل الصيانة اللازمة له طيلة فترة العقد، وقد تلتزم الشركة بتدريب وتطوير مهارات بعض موظفي الدولة ونقل التكنولوجيا لهم، وذلك من اجل التأكد من قدرتهم على تشغيل المشروع بعد تسلم الدولة للمشروع من الشركة .

والدولة إذ تختار الملتزم الذي تتوافر فيه المواصفات التي تجعله قادرا على تنفيذ المشروع فإن عليها أن تحظر على الملتزم التنازل عن العقد للغير، أو على الأقل أن لا يكون هذا التنازل إلا بموافقتها، وهذا بالطبع لا يشمل حق الملتزم بتوكيل غيره للقيام بتنفيذ بعض أجزاء المشروع كالمقاولات الفرعية والتصميمات، إلا انه يبقى الملتزم مسؤولا عن أفعالهم في مواجهة الإدارة مع حق هذه الأخيرة بالرجوع على المقاول من الباطن بالتعويض عما لحق بها من ضرر.

وعادة ما يكون نقل الملكية من شركة المشروع إلى الدولة في نهاية مدة العقد لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق طرفا العقد، أو تشترط الدولة أن يتم نقل ملكية المشروع قبل نهاية المدة ونقله ليس للدولة بل إلى قطاع خاص وطني .

ودور الدولة خلال فترة العقد دور المراقب فضلا على أن لها حق بتدريب كوادرها وموظفيها حتى تتمكن هذه الكوادر من إدارة وتشغيل المشروع بعد أن تسترد الدولة ملكيتها له، لكن قد يحدث أحيانا أن تقوم الشركة بإنشاء مشروع لحساب الدولة ومملوك لها فتستأجره الشركة من الدولة وتقوم بتشغيله واستثماره وفي هذه الصورة لا يكون للدولة حق المراقبة إلا أن الصورة قد تنعكس بحيث تنشئ شركة

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثامن السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

القطاع الخاص المشروع وتؤجره للدولة وفي هذه الحالة تشغله الدولة كيفما تريد ووقتاً تشاء ويكون لها حق تملكه في نهاية مدة العقد وفقاً لما يعرف بعقد التأجير التمويلي (LEASING CONTRACT)^(٦٣).

وللإدارة في ظل هذا العقد - أيضاً - أن تتأكد من تنفيذ الملتزم لشروط العقد تنفيذاً دقيقاً ومن حسن قيامه بواجباته هو وعماله ومن مطابقة المواد المستخدمة في البناء والتنفيذ والتشغيل، كما نص عليه العقد- طبقاً للمواصفات والمخططات الواردة في العقد- أو كما تقتضيه طبيعة العمل. كما ويحق للدولة مراقبة الملتزم في تقديم الخدمة وفقاً لما هو متفق عليه ومقتضيات إبرام العقد حتى مع عدم وجود نص صريح على ذلك .

الفرع الثاني

مجالات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

في ظل تحول الاقتصاد من ولاية الدولة إلى ولاية النظام العالمي الجديد الذي تقوده الولايات المتحدة منذ سقوط الاتحاد السوفيتي، وما تمخض عن ذلك من ظهور نظام العولمة ومنظمة التجارة الدولية (w.t.o) وتضاؤل مفهوم السيادة الذي بات يختفي، كان على الدول النامية ومنها الأردن ومصر تبني السياسات التشريعية التي تؤدي إلى رفع القدرة التنافسية لاقتصادياتها، أو على الأقل الصمود في وجه هذه المتغيرات الاقتصادية الدولية والتخلص من التبعية للدول المتقدمة والمؤسسات

(٦٣) أنظر د. محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٧، ص ٢١٩.

الدولية كصندوق النقد الدولي، إذ من البديهي ان تكون الدولة الضعيفة اقتصادياً ومعرفياً أكثر خضوعاً وتبعية.

لذا قامت كل من مصر والأردن بالاعتماد على بعض العقود الاستثمارية ذات الجدوى الاقتصادية والتي من ضمنها عقد (البوت) نظراً للمزايا التي يحققها وقدرته على توفير التمويل العيني لاقتصاديات هذه الدول في معظم المجالات الاقتصادية التي تعاني من نقص في التمويل.

لذا نتوقع أن يكون لعقد (البوت) دور تمويلي مهم في مجال تنفيذ سياسات التصحيح "الإصلاح" الاقتصادي، ويمكن للدول تبني نظام (البوت) كوسيلة تمويل للأصول الرأسمالية اللازمة لتأسيس المشروعات العامة وتجديدها وإحلال المعدات الحديثة في مشروعاتها العامة بدلاً من المعدات القديمة والتالفة، مما يدفع باتجاه استخدام أساليب حديثة تساعد على زيادة الإنتاج وجودته دون تحميل ميزانية الدولة تكاليف شراء المعدات وتقتصر التكاليف على دفع القيمة الإيجارية للمؤجر، خصوصاً وأن هذه الأموال قد لا تتوافر لدى هذه الدول ولا تستطيع تحملها دفعة واحدة .

ونرى أن هذا يصدق على الكثير من المشروعات الحكومية في الأردن والتي تعاني ضعف الإنتاج وتدني مستويات الجودة وارتفاع تكاليف المنتج وبالتالي عدم قدرته على المنافسة في ظل اتفاقية منظمة التجارة الدولية (O.T.W) وبالتالي التخلي عنها للقطاع الخاص الذي عادة ما يكون رأس مال أجنبي .

وبالرغم من ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر من أحد عقود الاستثمار التي تحرص الدول على الأخذ به في سبيل تحقيق أغراض التنمية ، إلا انه لوحظ أن هناك مجموعة من المعوقات التي تؤثر في مناخ الاستثمار سلباً، وبالتالي على عقود الاستثمار والذي يشكل عقد (البوت) احدها، وينصرف مفهوم الاستثمار إلى مجموعة الأوضاع والظروف - القانونية والاقتصادية والسياسية- التي تشكل المحيط الذي تتم فيه العملية الاستثمارية.

فالمغالاة في المزايا المقدمة للمستثمر الأجنبي إذ من شأن هذه المغالاة أن تؤدي إلى استعداد أفراد المجتمع وحتى الأجهزة الوطنية ، ونحن نلاحظ أن الكثير من الاحتجاجات التي يقوم بها أفراد المجتمع إنما تنصب على الاستثمارات الأجنبية وتعبّر عن رفضهم للمزايا التي يتمتع بها المستثمر .

وكذلك فإن تعدد الجهات المسؤولة عن الاستثمار وتضارب اختصاصها - إذ نجد في بعض الدول أن هناك أكثر من جهة صاحبة اختصاص بالاستثمار - تجعل المستثمر أكثر خوفاً على أمواله وأقل اطمئناناً على استثماره ، لذا نجد الدول تحرص إذا ما أرادت تشجيع الاستثمار على إنشاء هيئة خاصة تعنى بشؤون الاستثمار وهذا ما قامت به الأردن إذ أنها أنشئت هيئة تشجيع الاستثمار تعنى فقط بكل ما له علاقة بالاستثمار وتهيئ أفضل السبل للمستثمرين . كما وأن المستثمر يجد نفسه أيضاً أمام قوانين يشوب نصوصها الغموض وعدم الوضوح وكثرة القيود مما يجعل تطبيقها يتميز بالمزاجية فضلاً عن عدم استقرارها وسرعة تعديلها دون مبرر وبضياع حقوق المستثمر والتي كانت في حساباته وقت بدء استثماره ، وليس هذا مدعاة لمقاضاة الدولة لمجرد أنها قامت بتعديل تشريعها^(٦٤) ، ومن شأن ذلك أن يربك المستثمر ويشك في نجاح استثماره في ظل هذه القوانين مما يدفعه للهجرة الى دول أخرى خوفاً على أمواله ، ومن شأن التخلص من العيوب السابقة ظهور مناخ اقتصادي مستقر وواضح .

(٦٤) لذا يقوم بعض المستثمرين لضمان استقرار التشريع خلال فترة استثماره بإبرام اتفاقية مع الدولة تتعهد بموجبها الدولة بأن تبقى معاملته طيلة فترة الاستثمار وفقاً للقوانين النافذة وقت إبرام الاتفاق .

نظرة المشرع إلى فكرة السيادة إذ أن تشبث المشرع بفكرة السيادة بمفهومها التقليدي من شأنه أن يؤدي به إلى وضع العديد من القيود التي من شأنها أن تؤثر على الاستثمار والمستثمرين وبالتالي نكوصهم عن الاستثمار في ظل هذه القوانين وعليه يكون على المشرع النظر لفكرة السيادة نظرة منفتحة وعدم الغلو فيها والتوفيق بين مقتضياتها وجذب الاستثمار الأجنبي أي النظر إليها من زاوية المصلحة لا من زاوية السلطة والرقابة دون أن يذهب بنا القول إلى تخلي الدولة عن سيادتها.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

سنوزع الدراسة في هذا المبحث على ثلاثة مطالب: نتناول في أولها طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وفي الثاني تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عما قد يختلط به من عقود أخرى وفي الثالث المبادئ القانونية المتعلقة بعقد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

المطلب الأول

طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) . فذهب فقهاء القانون في ذلك إلى مذاهب واتجاهات مختلفة، ودعم كل منهم مذهبه بحجج أيد فيها وجهة نظره. حيث انقسموا إلى ثلاثة آراء نجلها فيما يلي:

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الرأي الأول :- يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بان (البوت) ما هو الا تنظيم لمفهوم اقتصادي (٦٥) تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة وتنقل عبء تصميم وتمويل وبناء وتشغيل احد المرافق العامة إلى عاتق القطاع الخاص .

وهذا الرأي ينكر الطبيعة الاتفاقية (البوت) ويخرجه من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى انه يتضمن العديد من الاتفاقات التي تتعارض فيها مصالح الأطراف ، لكن الحقيقة أن الاتفاقات الفرعية ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي ، أما العقود الأخرى فإنها تبرم لتنفيذ العقد وبالتالي لا تؤثر على طبيعته (٦٦) .

فضلا على أن الواقع يثبت أن هنالك عقود تبرم بدءا من عقد المفاوضات في بعض عقود (البوت) المهمة إذ تقوم شركة قطاع خاص محلية أو أجنبية بتقديم طلب لإبرام عقد (البوت) لتنفيذ مشروع ما خصوصا في مجال التنقيب عن النفط أو المعادن فتبرم الدولة معها عقد يحدد التزامات وحقوق كل طرف وبعد ذلك تلجأ شركة المشروع ولأجل إنشاء وتشغيل المشروع إلى إبرام عقود متعددة مع أطراف أخرى كعقود القروض والتمويل و المقاولات الفرعية والتوريد وهذه هي طبيعة كافة العقود الحديثة والذي يتطلب معظمها إبرام العديد من العقود .

الرأي الثاني: يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بالطبيعة العقدية (البوت) إلا أنهم يختلفون فيما بينهم حول الطبيعة العقدية للبوت فمنهم (٦٧) من يضيفي صفة عقود

(٦٥) جابر جاد نصار ، عقود البوت (B.o.t)، والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٢ ، ص ٥٠ .

(٦٦) د. هاني سري الدين ، مرجع سابق ، ص ٥

(٦٧) د. سامي عبد الباقي صالح ، الضمانات القانونية في تنفيذ مشروعات البوت ، محاضرات أُلقيت في

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

القانون الخاص (العقود المدنية) ويخضعها بالتالي لأحكام وقواعد القانون المدني ويرتب نتيجة على ذلك بان القضاء العادي (القضاء المدني) هو القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عنها والفصل فيها ، هذا ما لم يكن العقد ينص على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عنه ، ويدل على ذلك بالقول:

١- أن هذه العقود تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي حرية الإرادة في التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة .

٢- أن هذه العقود ترتب حقوقا والتزامات متوازية بين الحكومة وشركة المشروع .

٣- أن النظام العالمي الجديد بما يفرضه من سياسة الاقتصاد الحر ونظام الخصخصة يحتم على الدولة التخلي عن سلطاتها الاستثنائية والتعامل مع الأفراد كمتعاقدين عادي .

٤- أن القول بغير الطبيعة المدنية (صفة عقود القانون الخاص) يؤدي إلى إجماع الشركات الخاصة للتعاقد معها .

إلا أن جانب آخر من أصحاب هذا الرأي (٦٨) يذهب للقول بان عقد (البوت) عقد إداري لأنه امتداد لعقد الامتياز ولان الدولة كطرف في العقد لها حقوق وشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ويرتب هذا الرأي نتيجة مؤداها خضوع المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم القضاء الإداري باعتبارها الجهة المختصة بذلك ما لم يتضمن العقد شرط التحكيم .

مركز البحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٣-١٤/١٠/٢٠٠١، ص ٩

(٦٨) د . محمود فهمي ، عقود البوت (b.o.t) وتكييفها القانوني ، مرجع سابق، ص ١٣ . د . إبراهيم الشهاوي ، مرجع سابق، ص ٢٩٧ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

وتذهب بعض القوانين كالقانون السعودي (نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م٤٦ بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢ بأنه لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء وإذا صدر حكم من هيئة التحكيم في منازعة تكون الإدارة طرف فيها فلمجلس الوزراء بقرار منه تعديل هذا الحكم .

الرأي الثالث: يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بان عقد (البوت) ليس عقدا إداريا وليس عقدا من عقود القانون الخاص بل هو عقد قائم بذاته ذو طبيعة خاصة^(٦٩) يستمد جذوره من عقود الامتياز رغم الاختلافات الكثيرة بينهما ، إذ أن عقد البوت يبرم بعد مفاوضات بين الطرفين حول طبيعة الحقوق والالتزامات بين طرفيه لكنها مفاوضات تقوم على أساس المساواة بينهما .

وطبيعته الخاصة فرضت وضع قواعد قانونية تتعلق بملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع ومدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع وإجراءات التقاضي والتأمينات العينية والية نقل ملكية المشروع للدولة في نهاية مدة العقد أو حلول ميعاده .

ويرى أنصار هذا الرأي بصعوبة وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حدة وتحديد ما إذا كانت عناصر العقد الإداري موجودة به أم لا، ويدللوا على رأيهم بالقول :

١- أن الدولة تظهر في العقد كطرف عادي وليس كسلطة عامة وان ليس في

العقد شروط استثنائية كما هو الحال في العقد الإداري .

٢- خلو تشريعات القانون من أي تنظيم لهذا الشكل من العقود مما يخرجها

عن نطاق عقود القانون الخاص، فضلا على أنهم يلجأون إلى تبريرات

(٦٩) د . محمد انس جعفر ، مرجع سابق ، ص ٨٣ . د. احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص ٣٨٣ .

خارجة عن نطاق العقد كإحجام الشركات والنظام العالمي وهي مما ليس لها اثر في طبيعة العقد أو تكييفه .

ونرى في ذلك: بداية تجدر الإشارة إلى اختلاف مفهوم نظام (البوت) وعقد (البوت) إذ أن عقد البوت هو العقد الذي تبرمه الدولة مع شركة القطاع الخاص بغرض إنشاء أو تحديث أو تصميم أو تطوير مشروع يقدم خدمة عامة وتملكها للمشروع في نهاية مدة العقد ، أما نظام (البوت) فهو تنظيم تعاقدى تتفاعل وتتعاون أطرافه من أجل تحقيق غايته النهائية وهي إنشاء المشروع وتملكه وتشغيله وتحويل ملكيته للدولة في نهاية مدة العقد ومن أجل تحقيق ذلك فإن شركة المشروع تبرم اتفاقات تكميلية لعقد (البوت) كعقود القرض والمقاوله ومجمل هذه العقود تشكل نظام (البوت) فضلا عن دراسات الجدوى الاقتصادية التي من الممكن أن تقوم بها الدولة لوحدها أو بالتعاون مع شركة القطاع الخاص ، ومن ثم يتميز النظام عن العقد بأن الأول وسيلة أو أداة بينما الثاني غاية وهدف .

وحتى نستطيع تحديد طبيعة العقد لابد من التعرف على هذا العقد - مراحل إبرامه والمبادئ التي تحكمه - إذ يبرم بمناسبة إبرام عقد البوت مفاوضات يسودها الحرية التعاقدية في كافة بنود وشروط العقد والمساواة بين طرفي العقد ، بل أن الدول أيقنت مؤخرا أن تبني فكرة المساواة والتوازن العقدي في المصالح هو ما يجب أن يسود عقد البوت أيضا إذا ما أرادت لسياساتها الاقتصادية أن تنجح وان تقبل الشركات العملاقة والقادرة على إحداث التنمية والتطوير الحقيقي على التعاقد معها ، وهذا يعني أن الدولة يجب أن تتخلى عن بعض امتيازاتها التي تمنح لها وهي بصدد إبرام عقد إداري.

ولابد وان تقوم الدولة والمستثمر وهما بصدد إبرام العقد على دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع ويجب أن تشمل الدراسة العناصر التالية :

١. طبيعة المشروع : يجب على الدولة أن تتأكد من أن قيام المشروع سيعود بالنفع على أفراد شعبها ، وان يتأكد المستثمر من حاجة أفراد المجتمع لخدمات المشروع حتى يتسنى له بيع الخدمة وتقاضي مقابل ، وبالتالي تحقيق المشروع للربح .

٢. عنصر الزمان والمكان : إذ يجب التأكد من توافر الموارد في المكان المراد إنشاء المشروع فيه أو مدى توافرها في المستقبل ، وبالتالي اقتصادية التشغيل والعائد وتوافر الموارد وإمكانية التنفيذ ، ويجب أيضا التأكد من المدة التي سيستغرقها إقامة المشروع ومدة الإنتاج المتوقعة وفترة امتياز المشروع .

بل أن الدولة تقوم بإعداد الدراسات الحقيقية عن الجدوى الاقتصادية للمشروع وتقدم لشركة المشروع كافة المعلومات المتعلقة بالمشروع المنوي إنشائه أو تحديثه إذ أنها تقف موقف ايجابي وتوضح كل ما من شأنه الإخلال بالتوازن العقدي لمصالح طرفي العقد .

وللدولة أيضا حق الرقابة وتعديل شروط عقد (البوت) بكافة مراحله وبكافة صور الرقابة (الصيانة وإدارة المشروع والرقابة المالية والفنية لكن هذه الرقابة يجب أن تكون مقيدة بقيددين:

١. أن يكون الغرض من الرقابة والتدخل هو دوام حسن واستمرار سير المرفق العام وتقديم الخدمة وفق ما تم الاتفاق عليه ووفقا لمقتضيات القوة القاهرة .

٢. أن لا يترتب على هذه الرقابة والتعديل بالشروط إلحاق الضرر الجسيم بالملتزم لان من شأن ذلك الإخلال بالتوازن العقدي أو أن الإدارة تلتزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق الملتزم .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

وبناء على ما سبق فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي الأول من أن البوت تنظيم إداري اقتصادي وليس عقدا لان هذا لا يتفق مع حقيقته وواقع (البوت) ذلك أن الدولة ترتبط بعقد (اتفاق) مع الملتزم ؛ الذي بدوره يبرم عقود تكميلية بينه وبين غير الإدارة وهذا يشكل في الحقيقة نظام البوت وليس عقد البوت كما أسلفنا .

كما ولا نتفق مع الرأي الثاني الذي يذهب للقول بان عقد البوت هو عقد خاص لان من قالوا بأنه عقد خاص فان قولهم محل نظر لان الدولة تتدخل كطرف في العقد ولان العقد في الحقيقة منصبا على مرفق عام يقدم خدمة عامة . كما وأن القول بأنه عقد خاص لأنه محكوم بمبدأ سلطان الإرادة والنظام الدولي الجديد فهذا ليس من شأنه أن يصبغ صبغة العقد الخاص على العقد . وهو كذلك ليس عقدا إداريا لان الدولة لا تتمتع بأي حقوق استثنائية كتلك التي تتمتع بها في ظل العقود الإدارية .

وإننا نؤكد أن لا أهمية في التمييز فيما إذا كان العقد إداريا أم مدنيا لان معظم عقود (البوت) تعتمد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عنها كما وليس لذلك أهمية طالما كان هدف القضاء بنوعيه تحقيق العدالة والتوازن العقدي خصوصا إذا ما أدرك القضاء طبيعة هذا العقد والغاية المتوخاة منه .

ومن ثم نرى بأن عقد (البوت) عقد ذو طبيعة إدارية خاصة تسمح بتحقيق المساواة والتوازن العقدي بين طرفيه، وتمنع الإدارة من توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد أو استرداد المشروع قبل انتهاء مدة العقد، وإلا لزمها التعويض عن المدة المتبقية من مدة العقد .

المطلب الثاني

تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عما قد يختلط

به من عقود أخرى

أولاً - تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد الأشغال العامة .
"عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي ، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد " (٧٠) .

وهذا التعريف شمل العناصر الأساسية لعقد الأشغال العامة .

١- يشترط أن تكون الأشغال العامة لصالح أو لحساب شخص معنوي عام (إدارة عامة مستقلة، الدولة) . ويعني هذا أن يتم العمل لحساب الشخص المعنوي سواء كان منذ البداية كذلك أو كان سيؤول إليه في النهاية ولا يشترط أن يكون محل العقد مملوكا للشخص المعنوي . وعليه لا يكون عقد إداري إبرام الأفراد عقودا لتملك مساكن تقيمها شركات القطاع الخاص حتى لو تمت إقامة المساكن بدعوة من الدولة وبإشراف منها ولكن إبرام الدولة للعقود مع الشركات الخاصة لإقامة المساكن تعد من قبيل العقود الإدارية .

١- أن يكون موضوع عقد الأشغال العامة عقاراً .

يجب أن يرد عقد الأشغال العامة على عقارات ومن ثم إذا كان العقد واردا على منقولات فلا يعد مثل هذا العقد عقد أشغال عامة وإن أمكن اعتباره عقد توريد أو أي عقد إداري آخر.

٣- أن يكون غرض عقد الأشغال العامة تحقيق نفع عام .

(٧٠) حكم رقم ٢٨٤ بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ محكمة القضاء الإداري المصرية .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

أي أن يحقق العقد نفعا يعود على كافة أفراد المجتمع سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، ولا تعتبر أشغالا عامة تلك التي تتم للصالح الخاص للأفراد .

وعليه يتفق العقدان في أن الغرض منهما تحقيق النفع العام للأفراد وأنهما مرتبطان بمرفق عام لا خاص لكنهما يختلفان بان المتعاقد في عقد (البوت) يحقق أرباحه من خلال المردود المتوقع من تقديم الخدمة خلال فترة العقد المحددة وبالتالي لا يعرف المتعاقد حجم أرباحه من العقد في حين يحقق المتعاقد في عقد الأشغال العامة أرباحه من انجاز العقد وتسليمه للإدارة .

ثانياً- تمييز عقد (البوت) عن عقد التأجير التمويلي .

عرف البعض عقد التأجير التمويلي بأنه " نشاط تمويلي لشراء معدات أو أصول رأسمالية بغرض تأجيرها بعقد طويل الأجل غير قابل للإلغاء ولا يتحمل المؤجر أية تكاليف بحيث يكون للمستأجر حق تملك الأصل" (٧١).

وآخر عرفه بأنه " تأجير عيني لأصول رأسمالية بمقتضى علاقة تعاقدية بين المؤجر والمستأجر مقابل قيمة إيجاريه يدفعها المستأجر للمؤجر خلال فترة زمنية معينة" (٧٢).

وثالث يرى بأنه " انتمان طويل ومتوسط الأجل مضمون بحق الملكية" (٧٣).

ونظمه التشريع المصري باعتباره عقد إيجار ذي طبيعة خاصة، ومستقل عن العقود التي تتم بمناسبته (٧٤) مع استثناء يتعلق بحق المستأجر رفع دعوى مباشرة

(٧١) انظر د. محمود فهمي ، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٩٦ ، السنة الخامسة والسبعون ، ص ١١٥ .

(٧٢) أحمد فؤاد عطا، صناعة التأجير التمويلي وأثرها المباشر على الاقتصاد المصري، ندوة التأجير التمويلي- جامعة عين شمس، بتاريخ ١٧/٢/١٩٩٩ .

(٧٣) د. هاني دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، دراسة نقدية فى القانون الفرنسى ، مكتبة الإشعاع الفنية - الاسكندرية، الطبعة الثانية ، ١٩٩٨ ، ص ٦٩٢

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

على البائع أو المورد والحقيقة أن عقد التأجير التمويلي عقد إيجار ذي طبيعة خاصة مختلفة عن باقي العقود والتي تدخل في عملية إبرامه (كالوعد بالإيجار ، والوكالة، والإيجار والوعد بالبيع ثم البيع) واستمد هذه الطبيعة من جوهره المتمثل بتمويل استثمار محدد للمستأجر^(٧٥). ويستخدم هذا العقد قواعد مشابهة لتلك المقررة لحكم عقد الإيجار العادي بعد تحويلها لتلاءم الهدف الاقتصادي الذي وجد من أجله وهو منح التمويل .

و تتضح أهم سمات هذا العقد.

١ - أن الأجرة ليست مقابل الانتفاع بل هي أقساط لدين واحد غير قابل للانقسام، وبالتالي يشترط أن يكون هناك اتفاق على عدم قابلية العقد للإلغاء إلا باتفاق طرفيه لضمان حصول الشركة على كامل قيمة تمويلها المستثمر^(٧٦). وإذا ما تم فسخ العقد بعد ذلك يلتزم المستأجر بأن يدفع باقي الأقساط.

٢ - تحتفظ شركة التأجير التمويلي بملكيتها للمأجور مع تضمن العقد حقاً للمستأجر بتملك الأصل في نهاية مدة العقد على أن يكون ثمن التملك ثمن تحفيزي لا رمزي وهذا يعني أن يراعى في ثمن التملك مجموع الأقساط

(٧٤) د. عبد الرحمن السيد القرمان ، عقد التأجير التمويلي طبقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ، دراسة نقدية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية - القاهرة، بدون تاريخ نشر ص ٤٠ . هاني دويدار، المرجع السابق، ص ٧١٠ .

(٧٥) الدكتور عبد الرحمن السيد القرمان ، المرجع السابق ، ص ٤١ . هاني دويدار، المرجع السابق ، ص ٧١٠ .

(76)- Mario Giovanoli- lecredit bail "leasing" en europ developement et nature juridique librairies tchniques, Paris, 1980, P 247.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

المدفوعة لكن هذا التخفيض لا يصل إلى الحد الذي يصبح معه الثمن تافهاً^(٧٧).

٣- نقل منافع ومخاطر ملكية العين (المأجور) من المؤجر إلى المستأجر والمنافع هي التشغيل والاستخدام المربح طول مدة الإيجار والربح المتوقع من التحسن في القيمة المتبقية (Residual Value) التي يشتريها في نهاية مدة العقد.

أما المخاطر فتشمل الخسائر من الطاقة غير المشغلة والتقاعد التقني وما يصيب المأجور من تلف أو خسائر تحتاج إلى صيانة وإصلاح. وعقد التأجير التمويلي وإن اقترب إلى حد كبير من الطبيعة القانونية لعقد الإيجار إلا أنه ذو طبيعة خاصة تشمل البيع والإيجار والوكالة والوعد وهو بهذا ليس وجهاً من وجوه عقد الإيجار فقط ومن ثم يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بكل العقود فيما لم يتم النص عليه في القانون المنظم لعقد التأجير التمويلي. أما عن طبيعة عقد التأجير التمويلي في القانون الأردني فهي تمثل طبيعته في النظام الأنجلو أمريكي أو بالتحديد الولايات المتحدة الأمريكية مع التأكيد على أن طبيعة النظام الأمريكي لا تهتم بتحديد طبيعة العقد بل ينظر إليه بأنه مجموعة من الحقوق والالتزامات. أما أهم سمات عقد التأجير التمويلي في التشريع الأردني .

^(٧٧) عبد الفتاح عبد الفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ٥٧٥. لكن انتقل هذا الملكية ليس إلزاماً أو بضمن تافه وإلا أصبح العقد بيعاً إيجارياً وهو ما لا يعد تأجيراً تمويلياً وفق القانون الفرنسي والمصري .

Simon Griffith and allen Jones: Lease evaluation and Taxation, Theory practice, London euro money publication, plc, 1992, p130

حيث اعتبر أن هذه السمة هي ما تميز هذا العقد عن غيره .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

أولاً: إن ملكية المأجور (المال) تنقل إلى المتعاقد الآخر (المستأجر) إما إلزاماً بنص عقد التأجير التمويلي^(٧٨) وإما بمنح المستأجر خيار الشراء التحفيزي^(٧٩) مقابل دفع مبالغ متفق عليها أو بدون مقابل.

ثانياً: ولكي يضمن المؤجر استرداد قيمة المال محل عقد التأجير التمويلي وتكاليف إبرام العقد فيجب أن لا تقل مدة العقد عن (٧٥%) من العمر الإنتاجي^(٨٠) (التقديري) للانتفاع بالمأجور وترتبط هذه الخاصية بخاصية أخرى وهي أن لا يكون العقد قابلاً للفسخ (الإلغاء)^(٨١).

ثالثاً: أن الأجرة (القسط) لا تمثل مقابل الانتفاع ولا تشكل ديناً غير قابل للانقسام فقط بل في بعض الصور (البيع الإيجاري) تمثل ثمن المأجور . ويتشابه عقد البوت مع عقد التأجير التمويلي في

١ - أنهما من عقود التمويل للمشروعات ووسيلة للتنمية الاقتصادية^(٨٢).

٢ - أنهما من العقود التي تحتاج إلى توافق إرادتين فضلاً عما يلزم إبرامهما من ضرورة إبرام العديد من العقود والاتفاقات للوصول للغاية النهائية بإبرام العقد

^(٧٨) أنظر المادة (٣) من قانون التأجير التمويلي الأردني وتعديله الفقرة (ب) البند (١). والمعيار رقم (١٧) ، ملحق المعيار الدولي.

^(٧٩) المادة (٣) فقرة (ب) بند (٢) من قانون التأجير التمويلي. محمود فهمي وآخرون، عقد التأجير التمويلي ص ١١ .

^(٨٠) نرى بأن العمر الإنتاجي أو التقديري للانتفاع بالمأجور معيار غير منضبط إذ قد تظهر آلة حديثة تجعل من السابقة عديمة الانتفاع وبالتالي انتفاء الانتفاع ولهذا نرى بوجود أن يرتبط العمر التقديري بالمال ذاته لا بالانتفاع.

^(٨١) محمود فهمي وآخرون، عقد التأجير التمويلين ، مرجع سابق، ص ١١ .

^(٨٢) إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٣٠٥ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

(البوت أو التأجير التمويلي)^(٨٣) وقد يكون أحد العقود المبرم بمناسبة إبرام عقد البوت وتنفيذه عقد التأجير التمويلي إذ يتواعد الطرفان في أسلوب (B.L.T) على تأجير المرفق إما للجهة الحكومية وإما للملتزم مقابل أجر محدد يدفعه المستأجر منهما للآخر.

٣- يترتب على عقد البوت وعقد التأجير التمويلي نقل ملكية الأموال في نهاية مدة العقد لكن نقل الملكية في عقد (البوت) يكون على وجه الإلزام أما في عقد التأجير التمويلي فيكون على سبيل الخيار .

٤- جواز التنازل عن العقد للغير، إذ رغم أن العقدان يرتكزان على الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في تنفيذه إلا أنه يجوز في كليهما التنازل عن العقد للغير بموافقة الجهة الحكومية في عقد البوت والمؤجر في عقد التأجير التمويلي ويتحلل الملتزم في عقد (البوت) والمستأجر في عقد التأجير التمويلي من التزامهما في مواجهة الطرف الآخر^(٨٤).

أما أوجه الاختلاف بينهما فإنها تؤسس على ما يلي :

١- ينصب عقد (البوت) على إنشاء وتشغيل وتسيير مرفق عام بواسطة الملتزم مع احتفاظ الجهة الحكومية بحق السيطرة والرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليها في نهاية فترة الامتياز وبهذه المثابة يختلف عن عقد التأجير التمويلي^(٨٥) الذي

(٨٣) أنظر تفصيلاً إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها، احمد سلامة بدر، ص ٣٥٩، ولكن ينفي البعض الصفة التعاقدية للبوت مؤكداً إنه تنظيم لمفهوم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من العقود كقروض التمويل والإيجار والبيع... " انظر في ذلك د. هاني سري الدين، مرجع سابق، ص ٥.

(٨٤) وهناك من يرى أن التنازل وإن كان بموافقة الطرف الآخر لا يعفي الملتزم من المسؤولية، انظر في ذلك إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣١١.

(٨٥) د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

ينصب على تأجير أموال إلى المستأجر ودون أن يلتزم بأي أعباء لاختلاف غايتهما ، ففي حين يهدف الأول لتقديم خدمة عامة وإشباع حاجات الأفراد فإن عقد التأجير التمويلي يهدف لتقديم تمويل يشبع حاجة شخصية للمستأجر كتوفير السيولة أو الأموال و المعدات أو تحديثها... إلخ^(٨٦).

٢- ينظر الممولون في عقد (البوت) إلى جدول عوائد وإيرادات المشروع لاسترداد ما دفعوه من أموال^(٨٧) دون النظر إلى مصادر الضمان الأخرى مثل مجموع الأصول أو الميزانية وهذا على نقيض عقد التأجير التمويلي إذ ينظر المؤجر لملكيته للأصول على إنها بمثابة وسيلة ضمان وليست كمصدر لاسترداد التمويل فقط وإن كانت هذه الأموال تدخل في حسابات الممول "المؤجر" عند اتخاذ القرار بمنح الائتمان.

٣- الملتمزم في عقد (البوت) هو من يقوم بالبناء أو التحديث والتشغيل ثم بعد أن يحقق العوائد المتوقعة وانتهاء مدة العقد ينقل ملكية المشروع إلى الدولة وهذا التزام مؤكد على الملتمزم ليس خياراً له.

وبناءً على ما سبق يعتمد نظام البوت (B.O.T) التمويل الخاص ويستخدم عادة في المشروعات الضخمة والمتعلقة بالبنية الأساسية كالطرق ومعدات

^(٨٦) د. محمود فهمي، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١١ ويرى أن عقد البوت عقد إداري وإن تميز على نحو ما عن العقد الإداري التقليدي لكن يرى البعض الآخر أن عقد البوت ليس من الضروري اتصاله بمرفق عام ومن ثم لا تتوافر فيه كافة الشروط المتفق عليها لاعتباره عقداً إداري. د. ماهر حامد، النظام القانوني للبوت، ص ١٦١ وما بعدها.

^(٨٧) ولهذا فإن عقد التأجير التمويلي لا يرتبط بفكرة أن الأموال المؤجرة تدفع ثمنها بنفسها كأساس لاسترداد المؤجر لأمواله المستثمرة بل يتم دفع الأجرة من موارده وما يدعم هذا أن المؤجر لا يقبل على إبرام عقد التأجير التمويلي إلا بعد التأكد من موارد المستأجر الأخرى .

الطاقة^(٨٨) ويبدأ باتفاقية المشاركة (Share holders agreement) والتي تنشأ الحقوق و الالتزامات وكيفية إدارة المشروع والتكلفة... الخ^(٨٩).

٤- نسبة المخاطر في عقد (البوت) أعلى بكثير من نسبتها في عقد التأجير التمويلي لأن الملتزم في عقد (البوت) يعتمد على المردود الذي سيتحصل عليه من تشغيل المشروع لذا تلجأ شركة المشروع بنقل الأعباء لجهات أخرى كشركات التأمين.

٥- التوازن المالي بمفهوم العدالة يشكل أحد الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني لعقد (البوت) كأحد العقود الإدارية إذ تتعاون الإدارة والملتزم بغية إنجاز عمل محدد وتأمين خدمة لأفراد المجتمع^(٩٠) وهذا على نقيض ما هو عليه عقد التأجير التمويلي إذ أن العلاقة التعاقدية بين طرفيه تتسم بالاختلاف والتنازع فالمؤجر يهدف لتحقيق أكبر عائد ممكن مع أقل مخاطرة ممكنة والمستأجر يحاول الحصول على الأموال بأقل تكلفة ممكنة مع أفضل مزايا.

(88) Jeffery delmon, Boo. Bot projects, p 2

" Project are large and complex undertaking usually involving major infrastructure such as road and power plants".

(89) "Share holders agreement establishes the right and obligation of the share holds, it will define how the project company will be managed how costs and etc...."

"jeffery delmon, Boo, Bot projects. A commercial and contractual Guide. p87..

(٩٠) إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

المطلب الثالث

المبادئ القانونية المتعلقة بعقد البناء والتشغيل ونقل

الملكية

يحكم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (عقد البوت) مجموعة من المبادئ القانونية التي تشكل البنيان الأساسي لنشأته ومن شأن تخلف أي من هذه المبادئ أن تجعل الحديث عن عقد غير عقد البوت وسنتناول هذه المبادئ من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول : التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها وفقا للمواصفات المتفق عليها.

الفرع الثاني: التوازن العقدي في عقد (البوت) وتمتع شركة المشروع بضمانات ومزايا قانونية.

الفرع الأول

التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها وفقا

للمواصفات المتفق عليها

تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية "انه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن " (٩١) .
لكن ما مدى انطباق هذا الحكم على عقود البوت ؟.

(٩١) حكم بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨ مشار اليه في د. جابر جاد نصار ، عقد البوت ، ص ١٣٣ .

نود الإشارة بداية إلى أن عقد (البوت) من العقود التي يحتاج تنفيذها إلى إبرام مجموعة من العقود الأخرى التي يتطلبها تنفيذ المشروع كما وانه عقد يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم ما تم الاتفاق عليه هو الواجب التنفيذ ومن ثم يثار التساؤل في حالة ما إذا خلا العقد من مثل هذه النصوص.

ويجب بعضهم^(٩٢) عن هذا التساؤل بالقول بان شركة المشروع تلتزم بتنفيذ الالتزام شخصيا على اعتبار أن اختيار المتعاقد يتم وفقا لإجراءات خاصة ، ويدل على ذلك ما جاء بالقانون المصري رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة بقوله " يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية" ثم يردف قائلا بأنه لا يجوز التنازل عن العقد لان ذلك يشكل إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يمكن الاتفاق على خلافها .

أما التعاقد من الباطن فانه جائز كأصل عام ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك ، ومع ذلك ليس من شأن التعاقد من الباطن أن يخلي طرف المتعاقد الأصلي من المسؤولية في مواجهة الإدارة ، وليس للإدارة الرجوع على المتعاقد من الباطن إلا بدعوى غير مباشرة لذا نتمنى على المشرع وهو بصدد إصدار قانون لعقد البوت أن يمنح الإدارة حق رفع دعوى مباشرة على المتعاقد من الباطن بل نرى بأن التعاقد من الباطن إن كان بموافقة الإدارة فانه يكون بمثابة تعاقد مباشر معها وبالتالي فان لها حق الرجوع عليه بدعوى مباشرة حتى مع عدم النص على هذا الحق .

والذي نراه أن المتعاقد ينفذ التزاماته شخصيا لان عقد (البوت) من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي إذ أن الدولة أبرمت عقد البوت مع المتعاقد هذا بذات وعلى وجه الحصر دون غيره لأنها وجدت بأنه هو القادر على تنفيذ المشروع وفقا لما

(٩٢) الدكتور جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص ١٣٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

ترغب فيه لكن يجوز ان توكل بعض المهمات إلى آخرين مع بقائها هي المسؤولة وفي حالة عدم النص على عدم جواز مثل هذا التوكيل.

الفرع الثاني

التوازن العقدي في عقد البوت وتمتع شركة المشروع

بضمانات ومزايا قانونية

وتعني هذه الفكرة أن التزامات العقد يجب أن تكون مرنة بالزيادة والنقصان بحيث إذا زادت التزامات وأعباء المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه على نحو لا يؤدي إلى غبن أي من طرفي العقد أو إلحاق الضرر به .

مما يعني أن الإدارة قد تغير في التزامات المتعاقد معها مما يزيد من أعبائه ومن ثم يكون ذلك مبررا لفكرة التوازن المالي (العقدي) التي من شأنها أن توازن بين التزامات المتعاقد وحقوقه وهذا يشجعه للاستمرار في تنفيذ العقد فضلا على أن هذا المبدأ يدفعه منذ البداية الى إبرام العقد وان هذا المبدأ ذو أهمية على اعتبار أن عقود (البوت) قد يمتد تنفيذها فترات طويلة من الزمن تتغير في ظلّه الكثير من الظروف المحيطة بالتعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة التوازن العقدي تختلف عن فكرة التعويض إذ أن التعويض يقوم على أساس الخطأ أو الضرر بينما التوازن العقدي لا تنسب إلا إلى تغير الالتزامات سواء كان بسبب الإدارة أم لا ، كعمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات غير الموقعة .

وهذا يعني أن الدولة تتنازل عن الحصانة السيادية في إبرام العقد وبالتالي الحصول منها على تعهدات تضمن عدم تأثر تلك المشروعات بالنواحي السياسية والتشريعية .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) الْعَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦ .

ولتشجيع شركات القطاع الخاص للاستثمار في إنشاء المرافق العامة بنظام (البوت) فإنه لابد من أن توفر الدولة مجموعة من الضمانات كعدم جواز التأميم والمصادرة (مادة ٨ من القانون المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧) ^(٩٣) ومنع فرض الحراسة على أموال الشركة أو التحفظ عليها إلا بطريق الحكم القضائي (مادة ٩ من القانون المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧) وكذلك عدم جواز تحديد أرباحها (مادة ١٠ من القانون المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧) وأيضا يجب أن تتمتع الشركة بالإعفاءات الضريبية على أرباحها وكذلك عدم جواز تحديد أرباحها (مادة ٢٣-٢٦ من القانون المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧) .

والدولة وهي تقرر هذه المزايا والضمانات فإنها توازن بين حاجتها لإنشاء مثل هذه المشاريع لتقديم الخدمة لأفراد مجتمعها في ظل عدم قدرتها على إنشائها ، وبين سيادتها في فرض قوانينها لتحقيق المصلحة العامة وأيضا المشكلات التي قد تنجم عن هيمنة الشركة أو الشركات الأجنبية على المشاريع الحيوية في الدولة .

مدى جواز لجوء شركة القطاع الخاص لوسيلة التأجير التمويلي في تمويل مشروع (البوت) .

تتعدد مفاهيم وصور عقد التأجير التمويلي لكن ما يعنينا في هذا النطاق التأجير التمويلي الذي يمنح المستأجر حق تملك الأموال في نهاية مدة العقد . وعليه يكون التساؤل هل يمكن لشركة التأجير التمويلي أن تستأجر جميع أنواع المعدات والآلات والعقارات التي تحتاجها لتنفيذ المشروع بطريق التأجير التمويلي ؟

^(٩٣) قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العدد (١٥) مكرر في ١١/٥/١٩٩٧ . وانظر أيضا قانون تشجيع الاستثمار رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته نشر القانون في العدد رقم (٤٠٧٥) من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٦/١٠/٩٥ وعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ والمنشور في العدد رقم ٤٤٢٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢/٤/٢٠٠٠ .

بداية إن اللجوء إلى التأجير التمويلي من شأنه تشجيع الشركات على إبرام عقود البوت على اعتبار أنه يقلل من التكلفة في إنشاء المشروع وتشغيله وصيانتها إذ أن الشركة لن تلتزم إلا بدفع قسط الإيجار وليس كامل ثمن الآلة وقسط الإيجار يمكن تغطيته من خلال المردود المتوقع من تشغيل المشروع أما فيما يتعلق بحق الإدارة في تملك المشروع في نهاية مدة العقد فلن يتأثر فيما إذا لجأت الشركة للتأجير التمويلي أم لا إذ أنها تستطيع تملك المشروع من خلال حق شركة القطاع الخاص في تملك الآلات والمعدات في نهاية مدة عقد التأجير التمويلي والذي يجب أن تكون مدته أقل من مدة نهاية عقد البوت .

إلا أن لجوء الشركة للتأجير التمويلي مؤثر على ضعف الملاءة المالية لديها والمتطلبة في هذه الشركات ، و مؤثر أيضا على ارتفاع في تكلفة المشروع لأن هذه القروض تبرم بفوائد ستحتسب في النهاية على المشروع ومدته .

- مدى ارتباط عقد (البوت) بالخصخصة .

الخصخصة عقد بيع تبرمه الإدارة مع احد أشخاص القطاع الخاص بمقتضاه تتخلى الدولة (الإدارة) بالبيع عن مشروع لها قائم وقد يكون البيع جزئيا ومن ثم تبقى الدولة شريكة بالنسبة المتبقية التي تملكها مع الاتفاق في هذا العقد على شروط التشارك وحقوقها وواجباتها ، وقد يكون بيعا كليا وفي هذه الحالة ينتقل المشروع من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة^(٩٤) . وهذا العقد هو عقد بيع ولا

(٩٤) نرى أن تجربة الخصخصة في تحويل المشاريع الحكومية إلى مشاريع تابعة للقطاع الخاص مع بقاء الدولة مالكة لجزء منها هي أفضل السبل وهو ما حصل في خصخصة شركة الاتصالات إذ أن الدولة توجهت إلى إدخال شريك استراتيجي مع بقائها مالكة لجزء من الشركة وهذه التجربة انعكست بالإيجاب على الشركة من حيث نوعية الخدمة والأرباح التي حققتها .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

أهمية بعد ذلك فيما إذا كان العقد إداريا أم مدنيا إذ لا فائدة من هذا التقسيم في هذا المضمار .

أما عقد (البوت) فهو من العقود التي تستخدم في تطبيق نظام الخصخصة إلا انه ينصب على إنشاء مشروع أو تحديثه أو تصميمه وليس شراء مرفق عام قائم . وان كانت النتائج المتوقعة للخصخصة هي تحديث المرفق وتطوره في تقديم الخدمة إلا أنهما يختلفان في أن ملكية المشروع وفقا لعقد (البوت) تعود في نهايته للدولة ، أما المشروع الذي ينتقل بنظام الخصخصة ينقل الملكية من الدولة إلى القطاع الخاص نقلا نهائيا .

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذا البحث توضيح ودراسة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في اقامة المشاريع الاساسية في الدول من حيث دراسة النظام القانوني لجوانبه الاقتصادية والمالية بهدف الوصول الى منظومة متكاملة يمكن الاهتداء بها واتباعها اثناء تشييد اهم مشاريع الدولة، ووضع اهم السبل والضمانات التي تضمن عملية نقل المشاريع الى الحكومة بصورة جيدة، عقب انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، وخاصة ان المشرع الاردني لم ينظم العلاقة بين شركة المشروع والحكومة بموجب قواعد خاصة بل ترك الامر للقواعد العامة، وانتهينا من ذلك إلى التوصيات التالية :

- نتمنى على المشرع الاردني ان يتبنى في تعديل مرتقب وضع قواعد خاصة بعقد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) تتناسب مع احتياج الدولة للاستثمارات الأجنبية لتشجيعها من جهة، وضمان حفاظ الدولة على ثرواتها ومواردها الطبيعية من جهة أخرى.
- من المناسب استخدام صيغة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، كأسلوب حديث من أساليب الاستثمار الأجنبي المباشر، لكن ينبغي إلزام المستثمر الأجنبي بعدم استبدال التكنولوجيا المستخدمة في المشروع بتكنولوجيا أخرى متقدمة عند انتهاء مدة استثماره، وينبغي إلزامه باستخدام التحسينات التي تستجد على التكنولوجيا خلال مدة استثمار المشروع وتسليمها إلى الطرف الوطني عند انتهاء مدة الاستثمار حتى لا تتقادم التكنولوجيا عند التسليم.
- كما أن الشركات الأجنبية المستثمرة عادةً ما تلجأ إلى السوق المحلي (البنوك) للحصول على التمويل المالي الذي يلزمها مما يؤثر على الاقتصاد الوطني وانخفاض العملة الوطنية نتيجة زيادة الطلب على العملة الأجنبية.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

لذا فإننا نقترح على الدول وهي بصدد تنظيم عقد (البوت) أن تشترط على الشركات عدم اللجوء إلى السوق المحلي لتدبير الأموال أو إجبار الشركة على استثمار جزء من إيرادات المشروع داخل نطاق الدولة .

المَصَادِرُ الْعَرَبِيَّةُ:

- ١- احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢- جابر جاد نصار ، عقود البوت (B.o.t)، والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .
- ٣- د. عبد الرحمن السيد القرمان ، عقد التأجير التمويلي طبقا للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ، دراسة نقدية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية - القاهرة، بدون تاريخ نشر .
- ٤- د. سامي عبد الباقي صالح ، الضمانات القانونية في تنفيذ مشروعات البوت ، محاضرات أُلقيت في مركز البحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٣-١٤/١٠/٢٠٠١.
- ٥- د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٦- د . محمد انس جعفر ،العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة
- ٧- د. محمد عبد الحليم عمر، قضايا اقتصادية معاصرة من منظور إسلامي (نظام البوت)، سلسلة حلقات نقاشية- جامعة الأزهر.
- ٨- د. محمود فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة عدد ٤٦١/٤٦٢، إبريل ٢٠٠١ .
- ٩- د. هاني صلاح سري الدين ،الإطار القانوني لمشروع البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

والتمويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،
عدد (٦٩) سنة ١٩٩٩.

١٠- د. هاني دويدار ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، دراسة نقدية في
القانون الفرنسي ، مكتبة الإشعاع الفنية - الإسكندرية الطبعة الثانية ،
١٩٩٨ .

الرسائل والابحاث العلمية:

١- إبراهيم الشهراوي، الامتياز بنظام (B.O.T) وأهميته الاقتصادية، مجلة
مصر المعاصرة، أكتوبر ٢٠٠٤، العدد ٤٧٥/٤٧٦ السنة الخامسة
والتسعون.

٢- احمد رشاد سلام، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات
الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٣.
٣- أحمد فؤاد عطا، صناعة التأجير التمويلي وأثرها المباشر على الاقتصاد
المصري، ندوة التأجير التمويلي- جامعة عين شمس، بتاريخ
١٩٩٩/٢/١٧.

٤- عبد الفتاح عبد الفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري، رسالة
دكتوراه ، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.

٥- د. محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، رسالة
دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٧ .

٦- د. محمود فهمي ، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مجلة مصر
المعاصرة العدد ٣٩٦، السنة الخامسة والسبعون ، ص ١١٥.

المَصَادِرُ الْأَجْنَبِيَّةُ:

1. "jeffery delmon, Boo, Bot projects. A commercial and contractual Guide.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

2. Mario Giovanoli- lecredit bail"leasing" en europ development et nature juridique librairies tchniques, Paris, 1980, P 247.
3. Mauel J , “Common Contractual Risk Alloation in international Power Projects” Columbia Business Law Review 1996
4. Simon Griffith and allen Jones: Lease evaluation and Taxation, Theory practice, London euro money publication, plc, 1992, p130
5. Unido“B.O.T.Guidelinees for Infarstructure Development Through B.O.T Projects” 1996 .

التشريعات

- ١- قانون تشجيع الاستثمار الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته نشر القانون في العدد رقم (٤٠٧٥) من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٩٥/١٠/١٦ وعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ والمنشور في العدد رقم ٤٤٢٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.
- ٢- قانون التأجير التمويلي الأردني رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٨، المنشور على الصفحة رقم ٣٤٢٢ من عدد رقم ٤٩٢٤ بتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٧.
- ٣- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العدد (١٥) مكرر في ١١/٥/١٩٩٧.

نُطَاقُ حِمَايَةِ الْحَقِّ فِي الصُّورَةِ
مِنَ النَّاحِيَةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ وَالْإِجْرَائِيَّةِ
«دَرَأَسَةُ فِي الْقَانُونِ الْعِرَاقِيِّ وَالْمُقَارَنِ»

الدَّكْتُورُ كَاسِمُ عَبْدِ اللَّهِ نَزَّالِ الْمِيَاكِي

كُلِّيَّةُ الْقَانُونِ - جَامِعَةُ الْفَارَاقِي - الْعِرَاقُ

الملخص

تتناول الدراسة الإطار العام القانوني لحماية أصوره التي تعد وسيلة للأغراض المتعددة في العصر الراهن، من أجل توفير الغطاء القانوني في التشريعات الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي.

وتوصلت الدراسة إلى العديد من النتائج حول التكييف القانوني للحق في الصورة، واستنتجت أن هناك قصور تشريعي في معالجة القضاء للحق في الصورة .

وقد ثبتت الدراسة العديد من التوصيات للمشرع لاسيما المشرع العراقي، لاستقراء الظروف الاجتماعية التي يمر بها العراق بالتشديد على تجريم الصورة وفرض عقوبات مشددة على انتهاك الحق في الصورة.

Abstract

The scope of protection of the right in the image

Dr. Kazem Abdullah Nazal Mayahi

The research studies the general legal frame for the protection of the image as an effective serves different purposes in current era and in order to provide the legal case in criminal procedure with its procedure and objective part.

The study concludes different conclusions and results for the legal adoption for the image justice and indicates that

there is a legislative defect or limitation in dealing with the judicial power of the image.

The study confirms many recommendations for the legislator especially the Iraqi legislator to induce the social conditions in Iraq, and to intensify the incrimination of the image and to impose intensive punishment if the power of the image is infringed.

Keyword: image, protection, protection.

المُقَدِّمَة:

الصورة ترتبط بشخص الإنسان ارتباطاً وثيقاً، فإذا كانت الصورة من جهة تقوم برسم ملامح الشخص الخارجية، فأنها من جهة أخرى تعد مرآة تعكس ما يدور في نفسه وفي فكره وانعكاساً لشخصيته، فهي انعكاس عما يخفيه الإنسان بداخله، ومن هنا تأتي قيمة الصورة.

ولقد فتح التقدم العلمي والتكنولوجي في الوقت الحديث آفاقاً ضخمة أمام تقدم الإنسانية وتحقيق مستوى متقدم وأفضل من الحياة، ولكنه حمل في نفس الوقت، بين طياته مخاطر ضخمة تهدد حقوق الأفراد. وكلما تطور العلم، زادت مشكلات هذا التطور تعقيداً، لاسيما في السنوات الأخيرة فقد تضاعفت الاهتمامات بالتقنية الحديثة لدرجة أصبحت معها الأماكن الخاصة والحريات الشخصية بل والحياة الخاصة عموماً في متناول كل من يريدها وبقدر قليل من الجهد والعناء، وهذا ما ينطبق على استخدام الوسائل البصرية^(٩٥).

كما أن الصورة تعد وسيلة تعبير فعالة- في العصر الحالي- يمكن استخدامها في العديد من الأغراض المختلفة ولهذا يكون من الواجب توفير إطار قانوني خاص بها يضع حدوداً للاستعمال المشروع مقيداً بالمصلحة العامة^(٩٦)، وعلية فكان أولى بالمشروع إن يقرر لها حماية خاصة سواء على الصعيد الدستوري- الذي يحتل قمة

(٩٥) أ.حريه محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ٢٣٩.

(٩٦) د. جعفر كاظم جبر الموزاني، د. نعيم كاظم جبر الموزاني، د. محمد حسناوي شويح، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية من عرض صور لضحايا الجريمة، مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨، ص ٦٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

التنظيم القانوني في الدولة- إلى جانب الدور الذي تضطلع به التشريعات الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي على إقرار حماية لها ووضع ضوابط دقيقة تجرم أية انتهاك لذات الحق، كما أسهمت العديد من الأحكام القضائية وكثير من اجتهادات وآراء الفقه الجنائي على العمل على إقرار هذا الحق.

أهمية الدراسة: ترجع أهمية موضوعنا في البحث والدراسة إلى أنه:

- يعد حق الشخص في صورته عنصرا من عناصر حياة الإنسان الخاصة، فإذا كانت الصورة العادية تحمل تسجيلا حقيقيا لما تراه العين، وما يعجز الفكر الإنساني عن التعبير عنه، فإن التطور التقني لوسائل التصوير تجاوز ذلك كما في التصوير الاسبكتوغرافي، وقد يتم التصوير باستخدام أشعة غير مرئية أو تصوير ضوئيا^(٩٧).

وقد أدت ثورة التقنية الحديثة إلى ظهور أجهزة تصوير ذات تقنية عالية قد تؤدي إلى انتهاك خصوصية الإنسان وحقه في صورته، مما دفع الكثير من الدول والتشريعات إلى مواجهة هذه الجرائم ووضع القوانين لسد أي فراغ قانوني يمثل انتهاك لذات الحق.

- أصبحت الصورة في العصر الحالي علاوة على أهميتها العملية والأمنية، فقد أصبحت أداة هامة تستخدم في البحث الجنائي.

مشكلة الدراس: أن الإشكالية التي تحاول الدراسة التصدي لها تتمثل في:

- مدى تأثير التطور العلمي والتكنولوجي في العصر الحديث على القانون الجنائي بشقيه (الموضوعي والإجرائي)، حيث يؤدي التقدم العلمي إلى

(٩٧) أ. بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - بن عكنون بجامعة الجزائر، سنة ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٧٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

ظهور العديد من المشكلات الجديدة منها عدم ملائمة القانون الجزائي لما يشهده العالم من تطورات وبخاصة في وسائل التصوير.

- موقف التشريعات الجزائية الإجرائية من معالجة الحق في الصورة، ومدى حجية الصورة من الناحية الإجرائية كدليل في الإثبات الجنائي في التشريع العراقي والمقارن.

منهجية البحث: في هذه الدراسة تعتمد بشكل كبير على اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي الذي يهدف إلى وصف وتشخيص موضوع البحث من مختلف جوانبه وكافة أبعاده. من خلال جمع المعلومات من المصادر، والوثائق، والدراسات، والأبحاث، والكتب ومواقع الإنترنت ذات العلاقة بهذا الموضوع. وكذلك توضيح وتحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات الصادرة في هذا الشأن. كما انتهجنا المنهج الاستقرائي التحليلي حيث إن طبيعة الموضوع تقتضي إتباع هذا المنهج في استقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية في موضوعنا من أجل تحديد الثغرات أو أوجه القصور فيها، والعمل على استنباط بعض النتائج ومحاولة وضع حلول للمسألة المعروضة.

كما أن موضوع الدراسة يقوم على أساس المقارنة بين القانون العراقي والمقارن، وإيضاً موقف كل منهما في معالجة الحق في الصورة، فقد رأيت اعتماد المنهج المقارن.

هيكلية الدراسة قسمت الدراسة إلى مبحثين على التوالي فضلاً عن مقدمة وخاتمة تتضمن نتائج وتوصيات وعلى النحو الآتي :

أنصرف المبحث الأول لبيان ماهية الصورة وطبيعتها القانونية وتضمن مطلبين؛ المطلب الأول مفهوم الصورة وأهميتها وآليات المراقبة، أما المطلب الثاني يتناول

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

التكييف القانوني للحق في الصورة، وفي المبحث الثاني استعرضنا النطاق الموضوعي والإجرائي لحماية الحق في الصورة وتألف من مطلبين ؛ المطلب الأول النطاق الموضوعي لحماية الحق في الصورة وأنصرف المطلب الثاني إلى توضيح موقف القضاء العراقي والمقارن من حماية الحق في الصورة .

المبحث الأول

ماهية الصورة وطبيعتها القانونية

تمهيد وتقسيم: الحق في الصورة أحد مظاهر حرمة الحياة الخاصة، وأحد عناصرها المهمة، التي تسعى التشريعات الوضعية إلى حمايتها، وسنوضح ماهية الصورة وطبيعتها القانونية على النحو الآتي:-

المطلب الأول

مفهوم الصورة وأهميتها وآليات المراقبة

قديمًا ظل التكوين الفني للصورة معتمداً على الرسم باليد بفرشاة أو غيرها وذلك حتى أوائل القرن الثامن عشر، لذا كان تصوير القسمات الطبيعية لشخص يتطلب عادة سكوته في وضع معين لمدة تطول أو تقصر ريثما ينتهي المصور من عمله^(٩٨)، إلا أن الاعتداء على الصورة قد برز في السنوات الأخيرة، فقد تضاعفت

(٩٨) د. هبة أحمد علي حسانين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٤٢. نقلا عن؛

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الاهتمامات بالتقنية الحديثة من بينها التصوير الفوتوغرافي وآلات تسجيل الصوت والصورة وعرضها، وأجهزة التصوير على بعد كبير من الهدف لدرجة أصبحت معها الحياة الخاصة للأفراد في متناول كل من يريد بها بقدر قليل من الجهد والعناء^(٩٩).

الفرع الأول

تعريف الصورة وأهميتها

تشريعياً لم يتناول المشرع العراقي تعريفاً للصورة، مثله مثل العديد من التشريعات التي لم تتناول مفهوم الصورة، إلا إن المشرع العراقي تطرق إلى مفهوم التصوير الشمسي^(١٠٠)، أي "التصوير الفوتوغرافي".

وفقهاً تعرف الصورة بأنها "هي الشكل الظاهر لروحه الكامنة في جسده، فهي تبرز الأنا، وتعد تعبيراً عن حالات الفرح والحزن التي يمر بها"^(١٠١)، كما

J.stoufflet:Le diorite de la personnel sure son imago (quelques re-marques sure la protection de la personality)J.C.P.1957-1-1343

No.13.

(٩٩) د. محمد أمين فلاح الخرشنة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي "دراسة

مقارنة"، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص ٢١٦.

(١٠٠) تنص المادة (٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على إن "لحاكم التحقيق

أو المحقق إن يرغم المتهم أو المجني عليه في جنائية أو جنحة على التمكن من الكشف

على جسمه أو اخذ تصويره الشمسي.....".

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

عرفت بأنها "كل امتداد ضوئي للجسم البشري، يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، ويستوي إن يكون هذا ناقلاً للصورة على حقيقتها، أو إن يدخل عليها تحريفاً بحيث يعطيها منظراً هزلياً" (١٠٢)، وذهب جانب ثالث إلى تعريفها بأنها "تمثيل لشخص أو شيء عن طريق أحد الفنون من نقش أو نحت أو تصوير فوتوغرافي أو فيلم ولم تقف الصورة عند حدود التجسيد المادي لشخص ما، بل تعكس شخصيته وانفعالاته" (١٠٣).

ويبدو لنا أن مفهوم الصورة "تتمثل في المظهر الخارجي للشخص الذي يعد انعكاس لحالاته الداخلية وما يصاحبها من انفعالات ومشاعر خارجية، مما يعنى أن الصورة تجسد المظهر المادي والمعنوي للشخص".

ومن ناحية أخرى حقق التصوير جملة من المنجزات التي خدمت الإنسانية وأستطاع أن يختصر الكثير من الجهد والوقت بحكم الافتراضات الحقيقية التي حققها في شتى ميادين العلوم والفن، إذ أنه أرتبط بالعديد من التطورات التكنولوجية التي أسهمت في تحسين وتطوير العديد من المجالات، وتعد العلوم الجنائية إحدى تلك

(١٠١) د. ضيف الله بن نوح الغويري، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الخاصة للإنسان وتطبيقاتها في النظام السعودي والقانون المصري "دراسة تأصيلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٧٠. نقلا عن؛

Avanas(J.R): la protection des personas control réadlisationet la publication de leur image préface de p.Kayser paris,L.G.D.J,1978,p.181.

(١٠٢) د. سعاد علي محمد الفقيه، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٢٤٩.

(١٠٣) د. رشيد شمش، الحق في الصورة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، نشرة- ب، جامعة المدية، العدد ٣، ٢٠٠٨، ص ١٢٧.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

المجالات التي استفادت من تقنية التصوير وحققت مجموعة من التطورات أسهمت بشكل مباشر في تطوير الإثبات الجنائي" (١٠٤).

"ولقد ازدهرت فكرة الحق في الصورة خصوصاً مع تطور فكرة المجتمع الاستهلاكي، بحيث أصبح كل شيء له قيمة مالية" (١٠٥).

قد "يأخذ التصنت الالكتروني في شكل التجسس سواء كان هذا التجسس من قبل الشرطة، أو من قبل الصناعة (المنافسة) أو التجسس عائلي، وفي جميع الأحوال يجب إلا ننسى إن التطورات التكنولوجية تحمل تهديدا للحريات الفردية" (١٠٦). كما انه "إذا كان التصنت يستخدم في المجال الجنائي بواسطة رجال الضبط، فإنه يستخدم أيضا بين رجال الصناعة بما يطلق عليه التجسس الصناعي" (١٠٧).

(١٠٤) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عوني خطاب، دور أجهزة التصوير الحديثة في الإثبات الجنائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد/ ١٥، العدد/ ٥٥، السنة ١٧، ص ٣٣٩.

(١٠٥) د. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، د. بشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية "الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٤٣٤هـ، يناير ٢٠١٣، ص ٢١٤.

(106) J.Cabannes, le droit au respect de la vie privée, fondement est quantum de la responsabilité du journaliste indiscret, conclusion sous panis 15 mai 1970, D alloz 19970, P.466.

(107) Control and security Journal, n 3, November, december 1988, P.22.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

"وعلى الصعيد الأمني أن إثبات الجرائم من خلال التصوير وسيلة مستعملة خصوصاً في ضبط مخالفات السير على الطرق في معظم الدول" (١٠٨). "كما تستخدم الصور في تحديد هوية المجرم، وتكون الكاميرا من ثم أداة مهمة للعرض والبيان" (١٠٩).

وتشريعياً هناك حالات أخرى يتم تصوير المتهم علانية وفقاً لإحكام القانون مع ضرورة إخطاره بها، "كما في القانون الفرنسي، حيث يتم تسجيل استجواب الأطفال المحتجزين المتهمين باتهامات جنائية بالصوت والصورة وفقاً للمادة (٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي" (١١٠).

(١٠٨) د. معتصم خميس مشعشع، أثبات الجريمة بالادلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن كلية القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، ذو الحجة ١٤٣٤ هـ - اكتوبر ٢٠١٣ م، ص ٣٩. نقلاً عن؛

GREEN-WALD R. ,Scientific evidence in traffic cases, Journal of criminal law, criminology and police science, 1968, p. 57.

(109) Simon Ablon cole, manufacturing identity ,a history of criminal identification, techniques from photography through fingerprinting ,Ph.D. diss Cornell., 1988, P.28-29.

(110) Les auditions des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisées dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire font l'objet d'un enregistrement audiovisuel....."

الفرع الثاني

تعدد مظاهر الاعتداء على الصورة

أضطلع التقدم العلمي والتكنولوجي بدور مهم في أجهزة التجسس على الحياة الخاصة، وشكل ظاهرة في تزايد مستمر في كل المجالات التي تتدخل فيها لتؤدي دورا في التوغل في حياة الآخرين الخاصة وعلى الأخص في مجال الرقابة البصرية والسمعية، وكذا في مجال تجميع المعلومات وتخزينها بواسطة احدث واخطر ما توصل إليه العلم وهو العقل الإلكتروني^(١١١). حيث تعددت أشكال وصور الاعتداء على الصورة ونستعرض منها:

أولا- وسائل الرؤيا أو المشاهدة: تطورت تقنيات التصوير بصورة، حيث يمكننا حصر الأجهزة التي تتم بها مراقبة الصورة على النحو الآتي:

١- التصوير:- أذ يعرف بشكل عام بأنه "عملية نقل صورة لواقع معين في ساعة معينة وحدث محدد بعينه"^(١١٢). وهناك نوعين من التصوير منها التصوير الفوتوغرافي (الثابت)، كما أن هناك تصوير الفيديو (المرئي) أو التصوير المتحرك

(١١١) د. صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٨. نقلا عن؛

STROMHOLM(S.): "Ordinateur et droit", Rev.int.dr.comp, 1973, P55.

(١١٢) د. إبراهيم علي الذوايدي، التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، حث مقدم الى كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص ٣٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنَّةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

هذا التصوير يعتمد على توثيق مشاهد متحركة على خلاف التصوير الفوتوغرافي
"الثابت" (١١٣).

٢- آلات التصوير عن بعد:- فالمستحدثات التكنولوجية في هذا المجال عديدة ومتنوعة، فظهرت آلات التصوير عن بعد، والتي تلغى حاجز المسافة، وأجهزة التصوير بالأشعة تحت الحمراء، والتي تتيح اقتحام المجال الشخصي للأفراد ليلاً بقدرتها على التقاط صور دقيقة لما يأتيه تحت جناح الظلام، والمرايا ذات الازدواج المرئي المسماة بالمرايا الناقصة، التي تتيح مراقبة الشخص أو تصويره داخل مكان مغلق من خلال زجاج يبدو من الداخل كمرآة أو كزجاج غير شفاف، وهي تسمح بالرؤية من خلفها دون أن تسمح للشخص الموجود بالخارج بهذه الرؤية" (١١٤)، كما "توجد نوافذ مزودة بعدسات في اتجاه واحد، بحيث تسمح لمن يجلس داخل الحجرة أن يراقب ما يدور في حجرة أخرى دون أن يعلم من بداخلها، وكذلك التليسكوبات القوية التي تجعل من الممكن مراقبة الأماكن التي يشغلها الأفراد على الرغم من بعد المسافة التي تولد لديهم اعتقاد بأنهم بعيدون عن أعين الغير" (١١٥).

(١١٣) د. عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي وحجته في الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ١٦، العدد ١ آذار ٢٠١٤، ص ٢٩.

(١١٤) رغم انتشار هذه الوسيلة في الأغراض الطبية بملاحظة المرضى في غرف العناية المركزة، إلا أن بعض مؤسسات العدالة الجنائية قد استخدمتها في أغراض مراقبة الأشخاص في الأماكن التي تصعب فيها المراقبة.

انظر: أ. عباسي خولة، الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٤١.

(115) R.V.Jons,Lavie privée mise en péril par la technologie in vie privée et dorits de l'homme.Actes du troisieme colloque

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٤ - التصوير باستخدام الأقمار الصناعية: "إن استخدام الأقمار الصناعية بإمكاناتها الفذة في هذا المجال، وعلى نطاق واسع، من شأنه أن يكشف عن خصوصيات الإنسان ويجعله شبه عار أمام الآلاف بل الملايين من البشر الذين يمكنهم مشاهدة صورته، سواء كانت ثابتة أو متحركة، بكل وضوح في أي مكان من العالم" (١١٦). كما "إن هناك أقمار التجسس الصناعي، وأجهزة الاستطلاع بالصور، حيث تتركب فيها كاميرات للمراقبة تلتقط صوراً من على بعد أميال عديدة" (١١٧).

ثانياً- وسائل تسجيل الصورة:- أدت أجهزة تسجيل الصورة المسماة *magneto scopes* التي أفرزتها تكنولوجيا الإلكترونيات وجعلت منها سلاحاً في كشف العلاقات الخاصة بين الأفراد. وما قامت به أيضاً الدوائر التليفونية المغلقة، التي تعطي مشاهدات مستمرة لما يدور في المكان على جهاز استقبال في مكان آخر، والتي بلغ تطورها حد تطويع الألياف الضوئية التي تستخدمها لكي تلتف حتى تصور ما قد يدور في أركان المكان. والمرابيا ذات الازدواج المرئي التي تتيح مراقبة الشخص أو تصويره داخل مكان مغلق من خلال زجاج يبدو من الداخل كمرآة أو

international sur la convention europeenne des Droits de
l'homme(Bruxelles 30 Oct,1970),Brulan Bruxelles.

1973.P.P.191-199.

-Alan F.Westin: privacy and freedom,New York A
Ttheneum. 1967, PP.71-80.

(١١٦)د. محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية " دراسة

مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٢.

(١١٧)هامش د. سعاد على محمد الفقيه، مرجع سابق، ص ٦١٣.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

كزجاج غير شفاف، وهي التي تسمى "بالمرايا الناقصة"، وغيرها كثير..^(١١٨)، وتسهم وسائل تسجيل الصورة في استخدام العديد من الطرق منها الالتقاط، والنقل^(١١٩)، علاوة على الدور الذي يضطلع به التليفون المحمول في الآونة الأخيرة.

المطلب الثاني

التكليف القانوني للحق في الصورة

نستعرض الآراء التي تطرق إليها الفقه الجنائي بشأن بيان الطبيعة القانونية للصورة، وبعد ذلك نوضح موقف التشريع العراقي والمقارن منها:

الفرع الأول

موقف الفقه الجنائي

هناك أربعة آراء تطرق لها الفقه الجنائي نحاول إن نتناولها على النحو

الآتي:

الرأي الأول: الحق في الصورة حق ملكية: ووفقاً لهذا "الرأي يكون الشخص الطبيعي مالكا لجسده، و يتفرع على ذلك أن المرء يملك أن يتصرف، وأن يستعمل،

(١١٨) د. هشام محمد فريد رستم، حماية حق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات، أسيوط، ، ١٩٩١، ص ١٦-١٧.

(١١٩) د. آدم عبد البديع حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، سنة ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠، ص ٢٩٨.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وأن يستغل- وهي الأماكن الثلاث التي يخولها حق الملكية - جسده و صورته، فله أن يبيع شكله وأن يغير من ملامحه كأن يصبغ شعره أو يحلقه. كما يجوز للإنسان يعده مالكا لصورته أن يعترض على من يصوره أو ينشر صورته^(١٢٠).

ينتقد معظم الفقه الفرنسي هذه النظرية يعدها فكرة خاطئة وغير دقيقة، فأنصار هذا الاتجاه متأثرون بالأفكار القديمة (القانون الروماني) التي ترجع كل جديد إلى الأفكار القانونية السائدة منذ القدم، بدلا من أن يجددوها، ولهذا أدخلوا الحق في الصورة في نطاق الحق في الملكية حتى يتمتع الحق في الصورة بمزايا الحق في الملكية الذي يخول صاحبه سلطات مطلقة^(١٢١).

الرأي الثاني: الحق في الصورة أحد عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة عد البعض "إن الحق في الصورة يقع ضمن الحياة الخاصة للشخص، ولذا فهو عنصر من العناصر المكونة لحياته الخاصة، وأفرد لها تقسيماً آخر أطلق عليه اسم الحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان الأدبي للإنسان، وهو يتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها تلك الحقوق"^(١٢٢).

وقد "وجه إلى هذا الرأي نقد يتمثل في وجود اختلاف بين الحق في الصورة والحق في الخصوصية حيث أن الحق في الصورة مستقل عن الحق في الخصوصية، فالحق في الصورة هو حق الشخص في الاعتراض على التقاط صورته ونشرها

(١٢٠) د. عاقل فصيحة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ١٠٠.

(١٢١) د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٧٣.

(١٢٢) د. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، مرجع سابق، ص ٢١٨.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

دون إذنه، أما الحق في الخصوصية فيقع الاعتداء عليه في نطاق الحياة الخاصة ولا يبدأ هذا الحق إلا حيث تنتهي الحياة العامة للشخص، أما الحق في الصورة فيكون الاعتداء عليه في الحياة العلنية أو الحياة الخاصة^(١٢٣).

الرأي الثالث: الحق في الصورة حق مستقل عن الحق في حرمة الحياة الخاصة، أي أن الحق في الصورة كما أنه يمكن المساس به في الحياة الخاصة، أيضاً يمكن المساس به في الحياة العامة، في حين أن الحق في الخصوصية لا يمكن المساس به في نطاق الحياة العامة للفرد^(١٢٤).

الرأي الرابع: الحق في الصورة ذو طبيعة قانونية مزدوجة يرى أن الحق في الصورة يتخذ موقفاً وسطاً بين الفريقين السابقين، حيث يرى إن الحق في الصورة يكون أحياناً عنصراً من عناصر الحق في الحياة الخاصة، ويكون مستقلاً بذاته أحياناً أخرى. فهو يكون مجرد عنصر من عناصر الحياة الخاصة وأحد مظاهرها الأساسية إذا تعلقَت الصورة بالحياة الخاصة للإنسان، كما لو كانت تمثل منظراً للحياة العاطفية أو العائلية للشخص، ففي التقاطها أو نشرها دون إذن صاحبها إخلال بالاحترام الواجب لحقه في الخصوصية الذي يكون هو أساس عدم المشروعية في هذه الحالة^(١٢٥).

وقد أيد "الفقه المصري هذا الرأي، حيث يرى أن قانون العقوبات المصري وإن كان لا يحمي الصورة في حد ذاتها، وإنما يحميها يعدها عنصراً من عناصر

(١٢٣) راجع في التمييز بين الحق في الخصوصية والحق في الصورة، د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٧٩.

(124) Nerson(R): Distinction du droit à l image et du droit au respect de la vie privée, Rev.trim.Dr.civ.1971,p.365.

(١٢٥) د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

الحياة الخاصة، إلا أنه يمكن في الوقت نفسه وجود اعتداء على الحق في الصورة دون أن ينطوي على اعتداء على الحق في الخصوصية مثل التصوير في الطريق العام^(١٢٦).

ومن جانبنا نرى أن الحق في الصورة الشخصية، يمكن حمايته يعده احد عناصر الحياة الخاصة، كما انه يمكن أن تقرر له الحماية كذلك بوصفه حقاً مستقلاً بذاته عن الحق في الخصوصية، حيث إن كلا الحقين بينهما ترابط وثيق الصلة دون انفصال.

الفرع الثاني

موقف التشريع العراقي والمقارن

تباينت مواقف التشريعات الجزائية حول طبيعة الحق في الصورة على النحو الآتي:

أولاً- موقف التشريع العراقي من طبيعة الصورة

التشريعات العراقية بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة يخلو من أية إشارة إلى طبيعة الحق في الصورة، إلا أن الدستور العراقي النافذ نص على انه (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة)^(١٢٧)، وبمقتضى النص السابق يمكن عد الحق في الصورة أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية.

ثانياً- موقف التشريعات المقارنة من طبيعة الصورة

(١٢٦) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٨٢.

(١٢٧) انظر المادة (١٧) من الدستور العراقي، في الفصل الأول، في (باب الحقوق)

١ - موقف التشريعات العربية

عد القانون الجنائي المصري " الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحياة الخاصة، وأن الاعتداء عليها بالتقاطها أو بنشرها بدون موافقة الشخص المعني يُشكل جريمة يُعاقب عليها"^(١٢٨)، أما القانون المدني المصري فعد الحق في الصورة حق ملكية^(١٢٩)، إلا أنه على الصعيد القضائي رأت بعض المحاكم المصرية أن الحق في الصورة يعد حق مستقل، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها إلى أنه "تعد المحكمة الحق في الصورة مستقلاً عن بقية الحقوق الأخرى"^(١٣٠)، وسار على نفس خطى التشريع المصري القانون الإماراتي والأردني^(١٣١)، ويجمع الفقه المغربي على أن الحياة الخاصة (ومنها الحق في الصورة) من الحقوق الشخصية، وبالضبط في الحقوق الخاصة المتعلقة بالمقومات المعنوية للشخصية^(١٣٢).

(١٢٨) انظر المادتين (٣٠٩) مكرر، (٣٠٩) مكرر (أ) من قانون العقوبات المصري، انظر: د. آدم عبد البديع آدم، مرجع سابق، ص ٣٣٤، د. سعاد على محمد الفقيه، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(١٢٩) نصت المادة (٥٠) من القانون المدني على أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته،...."

(١٣٠) د. عاقلتي فضيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٣. نقلاً عن؛ د. عبد المنعم حسني، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية، ج ١، ص ١١٨، القضية رقم ١٩٨٧، ص ٣٣١.

(١٣١) انظر المادة ٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، وكذلك المادة (٤٨) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦.

(١٣٢) د. نور الدين الناصري، النظام القانوني للحق في الحياة الخاصة "دراسة في ضوء التشريع المغربي والمقارن"، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع، يوليو سنة ٢٠١٣، ص ١١. نقلاً عن؛ د. خالد عبد الله قيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، الرباط، ص ٢٤٨ وما بعدها.

عد القانون الفرنسي أن الحق في الصورة عنصراً من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة - حيث اعترف به المشرع الفرنسي صراحة في المادة التاسعة من القانون المدني المضافة بقانون ١٧ يولييه سنة ١٩٧٠ - تتفرع عنه حقوق تابعة أو ملحقة Droits amayes من بينها الحق في الصورة (١٣٣)، وهذا التوجه تبنته العديد من الأحكام القضائية، حيث قضى بأن " لكل شخص الاستئثار بصورته وله وحده الحق في أن يحدد ظروف وشروط استعمال هذه الصورة " (١٣٤).

وفى الولايات المتحدة الأمريكية، لقد تم الاعتراف (بالحق في الصورة) بمقتضى حكم صادر عن المحكمة العليا كونه أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة بالرغم من عدم وجود سوابق قضائية في الموضوع (١٣٥).

(١٣٣) د. آدم عبد البديع آدم حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٣٣٢. نقلا عن؛

CI.Geffray:"Le secret Privee dans la vie et dans la mart",J.C.P.1974-1-2604,NO.16.

(١٣٤) د. عاقلتي فضيلة، مرجع سابق، ص ٢٥٠. نقلا عن؛

Trib. gr. Inst. 9 octobre 1963, g.p. 1964-1-75

(135) Pavesich V.New England life Ins.Co.122Ca.190,50 S.E.68(1905)

قضية "بافيش" تتلخص وقائعها في أن إحدى شركات التأمين استخدمت صورة المدعى للإعلان عن التأمين عن الحياة بدون موافقته، وقد أظهرته في حالة رثه تعبيراً عن الانصراف عن هذا النوع من التأمين. وتأسيساً على انتهاك حق المدعى في الخصوصية، استجابت المحكمة لطلبه وقضت له بالتعويض. أشار إليها؛ د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٤٤.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وقررت بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإنجليزية إلى عد الحق في الصورة من عناصر الحق في الحياة الخاصة، حيث عدتها جريمة "تشهير"، حيث قضت المحكمة لصالح المدعية على أساس أن ما صدر من المدعي عليه - بعد تصويرها مع الغير - يعد قذفاً في حقها وخاصة أنها متزوجة. ومن الواضح أن القذف في هذه القضية يغطي بعض مظاهر الحياة الخاصة للمدعية، و هي الصورة و قضاء أوقات الفراغ^(١٣٦).

المبحث الثاني

النطاق الموضوعي والإجرائي لحماية الحق في الصورة

تمهيد وتقسيم: أدت التشريعات الجزائية دوراً كبيراً في حماية الحق في الصورة كضمانة هامة تحول دون الاعتداء على ذات الحق، كما أن "حجية التصوير المرئي في الإثبات الجنائي تخضع لما يخضع له سائر الأدلة الجنائية الأخرى من وجوب توافر المشروعية في الدليل فأن فقد التصوير لهذه المشروعية كان دليلاً باطلاً ولا يجوز التمسك به، وربما يعرض من قام بالتصوير إلى المسائلة الجنائية لارتكابه فعلاً ينطوي تحت طائلة التجريم"^(١٣٧)، حيث يتعين إن يتوافر في تلك الأدلة قواعد المشروعية وعدم مخالفة تلك الأدلة لنصوص القوانين المنظمة لها، وسنستعرض موقف التشريع العراقي والمقارن على النحو الآتي:

(١٣٦) انظر:- د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٤٨-٤٩. د. عاقل فاضلة، مرجع

سابق، ص ٥٣. نقلاً عن ؛

HONEYSETT (V). News chronics ltd, reported in time, LONDON, 1935, P. 5.

(١٣٧) د. عمار عباس الحسيني، مرجع سابق، ص ٢٥.

المطلب الأول

النطاق الموضوعي لحماية الحق في الصورة

سنحاول تبيان الموقف الذي أعتمدته التشريع العراقي، وما اضطلعت به التشريعات الجنائية لحماية الحق في الصورة على النحو الآتي:

الفرع الأول

موقف التشريع العراقي

على الرغم من إن التشريع العراقي يمتد بجذوره إلى أعماق التاريخ، إلا إن هناك قصوراً تشريعي كبيراً في معالجة المراقبة الإلكترونية للصورة يعدها أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة، كما إن المعالجة التشريعية لحماية خصوصية الأفراد في الدستور العراقي وفي إطار الحماية المدنية والجنائية أمر محدود تماماً، كما إن المعالجات الفقهية لهذه المسألة قاصرة، وإحكام القضاء قد تكون محصورة. ويرجع ذلك إلى عدم إدخال تعديلات جدية على النظام الجنائي في البلاد يتواءم مع ما يشهده العالم من تطور تكنولوجي وتقتى ينعكس بدوره على الجريمة، لأن الجريمة ما هي إلا انعكاس للمجتمع.

١ - موقف الدستور العراقي

أشارت ديباجته الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ (للحق بالكرامة الإنسانية) من خلال جذورها الأصلية حيث ابتدأت ديباجة الدستور العراقي بالآية الكريمة ((ولقد كرمنا بني آدم^(١٣٨))). و بهذه المقدمة التعريفية وصف واضح لأهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في الإسلام ألا وهو الحق في الكرامة

^(١) (القرآن الكريم سورة (الاسراء) الآية (٧٠) .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الإنسانية، يضاف لذلك النص في باب الحريات على (إن حرية الإنسان وكرامته مصونة..).

كما نص على أن " لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة"^(١٣٩). وهذا يعني إن الدستور العراقي النافذ كفل عدم جواز التدخل بالحياة الخاصة للأفراد إلا إن هذا الأمر لا يعد مطلقاً إذ ترد عليه بعض القيود أهمها أولاً؛ إن لا يتعارض الحق بالخصوصية للفرد مع حقوق الآخرين، والقيد الثاني؛ هو عدم تعارض الخصوصية للفرد مع الآداب العامة.

كما نص على إن " حرمة المساكن مصونة، ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي، وفقاً للقانون"^(١٤٠). ومن الواضح إن التصوير المرئي الذي يتجلى في صورة انتهاك حرمة المسكن يعد باطلاً متى كان بغير أمر قضائي وفقاً للنص الدستوري المتقدم.

ونرى أنه على الرغم من هذا التقييد والذي له ما يبرره بعدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو تقييدها بقانون، ولكن الأولى أن تترك الحريات بدون تقييد كما معمول به في غالبية دساتير العالم المعاصرة، كما يجب عدم التعويل على حفظ النظام العام والآداب العامة كهدف على الرغم من أهميته، إلا أن حريات وحقوق الأفراد الخاصة هي الأخرى تتميز بمكانتها، لأن هذه الحقوق تعد من الأهداف السامية ذات قيمة لا تقدر بأي ثمن والتي تسعى الشعوب إلى التطلع إليها.

٢ - موقف قانون العقوبات العراقي

(١٣٩) المادة (١٧) /أولاً من الدستور العراقي النافذ.

(١٤٠) المادة (١٧) /ثانياً من الدستور العراقي النافذ.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

إن قانون العقوبات العراقي^(١٤١)، لا يعد التصوير بحد ذاته جريمة، وإنما عده كذلك متى كان هنالك نشر لهذا التصوير وان يكون هذا النشر قد تم بأحد طرق العلانية التي حددها القانون ذاته^(١٤٢)، وان يكون هذا التصوير متعلقا بالإسرار أو بالحياة الخاصة أو العائلية وان كانت صحيحة شريطة إن يكون في هذا النشر قد أوقع ضرراً بهؤلاء بمعنى انه اعتبر هذه الجريمة من جرائم الضرر وليس من جرائم الخطر. ولنا على هذا النص العديد من الملاحظات أهمها، إن هذا القانون لم يذكر مفردة "التصوير" إنما أورد مفردة "الصورة" وبالتفسير الواسع لهذه المفردة الأخيرة نجدها تشمل مختلف حالات التصوير فوتوغرافيا كان أم مرئيا "فيديو"، فضلا عن إن النص المذكور يعنى إن التصوير بالشكل الذي لا يمثل جريمة على وفق النص المذكور، فيعد امراً مشروعاً ومن ثم بالإمكان الاستعانة به في الإثبات الجنائي، متى لم يتم نشر هذا التصوير بأحد طرق العلانية. "وهو الأمر الذي يكون معه نطاق حماية الحياة الخاصة محدوداً في مثل هذه الحالة لان انتهاك الحياة الخاصة يتم عادة في السر أكثر من العلانية"^(١٤٣).

إزاء ما تقدم لا يفوتنا إن نقترح على المشرع العراقي أن يستقرأ الظروف الاجتماعية التي تمر بها البلاد ويشدد على تجريم الصورة، وذلك بفرض عقوبات

(١٤١) انظر نص المادة (٤٣٨) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أن "يعاقب بالحبس

مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

١- من نشر بإحدى طرق العلانية إخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بإسرار الحياة

الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم.

٢- من اطلع من غير الذين ذكروا في المادة (٣٢٨) على رسالة أو برقية أو مكالمة تلفونية

فأفشاها لغير من وجهت إليه إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بأحد"

(١٤٢) انظر نص المادة (٣/١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

(١٤٣) د. ممدوح خليل بحر، مرجع سابق، ص ١٥٤.

مشدده عن انتهاك الحق في الصورة على خلاف مقتضى القانون، كما انه يقع على عاتق المشرع مسؤولية كبيرة إن يساير ما يمر به العالم من طفرة تكنولوجية، بإدخال تعديلات جذرية على النظام الجنائي في البلاد يتواءم مع التطور العالمي بتجريم إي انتهاك يحدث عن طريق آلات التصوير سواء كانت للتصوير الثابت (الفوتوغرافي)، أو للتصوير المرئي (المتحرك)، ولاشك إن هذا الأمر يقتضى من المشرع إن يقوم بثورة على القانون الجنائي بشقبة الموضوعي والإجرائي لكي يسد كافة الثغرات التي تسهم في انتهاك الحق في الحياة الخاصة.

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة

سعت التشريعات الوضعية في المجتمعات المعاصرة سواء كانت عربية أو أجنبية إلى وضع تنظيم قانوني يكفل بمقتضاه حماية الحق في الخصوصية، والحق في الصورة بصفة خاصة، نوضحها على النحو الآتي:

أولاً- موقف التشريعات العربية

على صعيد الدستور المصري فقد قرر حماية الحق في الحياة الخاصة بالنص على إن " للحياة الخاصة حرمة.... " (١٤٤)، حيث إن المشرع الدستوري قد جاء بصيغة عامة لحرمة كافة إشكال الحق في الحياة الخاصة، دون إي تقييد ومنها الحق في الصورة يعدة احد عناصر الحق في الحياة الخاصة.

(١٤٤) نص المادة (٥٧) من دستور ٢٠١٤ المصري.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

كما نظم المشرع المصري صورتين من الحماية الجنائية الأولى؛ وقائية تكفل ردع الأفراد عن التلصص عن حرمة الحياة الخاصة باستخدام أجهزة التصوير، و الثانية؛ قمعية تكفل الردع لأزم لمنع كشف أو إفشاء أو استعمال ما تم الحصول عليه عن طريق هذه الأجهزة " (١٤٥)، كما أشارت نصوص قانون العقوبات على حماية هذا الحق (١٤٦).

وفي الدستور الجزائري تنص المادة (٣٩)، على أن " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون..... " (١٤٧)، كما كفل الدستور الأردني ضمانات مهمة للحريات العامة، حيث نص على أن " الحرية الشخصية مصونة " (١٤٨)، وجرم الاعتداء على ذات الحق في القانون العقابي (١٤٩).

ثانيا- موقف التشريعات الأجنبية

أشار دستور عام ١٩٥٨ الفرنسي على حماية صريحة للخصوصية. ولكن في عام ١٩٩٥ قضت المحكمة الدستورية بحماية هذا الحق ضمناً، وأكدت ذلك في قرار لها عام ١٩٩٩ " (١٥٠)، وتشريعياً تطرقت المادة (٢/٢٢٦) عقوبات فرنسي بتجريم الاعتداء على الصورة (١٥١).

(١٤٥) د.سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٣.

(١٤٦) انظر المادة (٣٠٩) عقوبات، وكذلك المادة (٣٠٩ مكرر)، والمادة (٣٠٩ مكرر) (أ).

(١٤٧) الجريدة الرسمية رقم ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦

(١٤٨) المادة ٧ من الدستور الأردني الصادر في ١ يناير سنة ١٩٥٢

(١٤٩) المادة (٣٤٨) من قانون العقوبات الأردني.

(١٥٠) القرار رقم DC 352-94 بتاريخ ١٨ يناير/ كانون الثاني 1995، Recueil، ص ١٧٠ -

الجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ يناير/ كانون الثاني ١٩٩٥، ص ١١٥٤.

وعلى الرابط؛

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية لم ينص الباب الثالث من القانون الأمريكي الفيدرالي لسنة ١٩٦٨ على المراقبة بأجهزة الفيديو، الأمر الذي يفتح المجال "للاجتهاد الفقهي والقضائي لحل مشكلة التطفل التكنولوجي عن طريق الوسائل البصرية التي صار يتعاضد خطرهما باطراد بعد أن تنوعت إشكاله، وتعددت استخداماتها بصورة فاقت كل التوقعات" (١٥٢).

مما دفع بعض الفقه الأمريكي إلى القول بعدم دستورية المراقبة بأجهزة الفيديو لأنها تشكل نوعاً من التفتيش والضبط غير المعقولين إذا كانت الأساليب الأساسية للتحري والتصنت المرخص به كافية للحصول على الأدلة المطلوبة" (١٥٣).

وفي إنكلترا وعلى الرغم من أن هناك العديد من التشريعات التي تؤدي دوراً كبيراً في المساهمة في - احترام الحق في الحياة الخاصة - إلا أن هذه القوانين جميعاً لا توفر حماية ولا تعالج أي قصور على الحق في الخصوصية (وبخاصة الحق في الصورة). وقد وضعت عدة مشروعات قوانين في هذا الصدد وكلها توصي بضرورة الاعتراف بالحق في الحياة الخاصة، غير أنه لم يتم إقرار أي منها حتى

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil>

[/constitutionnel/francais/les-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/francais/les-)

(151) Est puni:2- En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

(١٥٢) د. محمد أمين فلاح الخرشنة، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(153) Hastings Const.L.Q.261,294-299(1974)Electronic Visual Surveillance and the Fourth Amendment.

أشار إليه، د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الآن " (١٥٤)، أما بعد العمل "بقانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨، فإن نطاق الاستبعاد الجوازي مرشح للتوسع طالما كان الدليل قد تم تحصيله بالمخالفة للمادة الثامنة من الاتفاقية المشار إليها والتي (تحمي الحق في الخصوصية) والمادة السادسة من ذات الاتفاقية (والتي تقرر نزاهة المحاكمة) " (١٥٥).

المطلب الثاني

موقف القضاء العراقي والمقارن من حماية الحق في الصورة

نستعرض مسلك القضاء العراقي والمقارن من حجية الصورة ويعدّها أحد الأدلة التي يتم الاستعانة بها في الإثبات الجنائي على النحو الآتي:

الفرع الأول

موقف القضاء العراقي

على الرغم من ندرة الأحكام القضائية التي تعرضت لحجية التصوير المرئي أو للصورة إلا إن هناك العديد من المبادئ القانونية التي سار عليها القضاء العراقي سنستعرض الأحكام ثم نتناول هذه المبادئ "...ففي قرار صادر عن محكمة جنايات البصرة قضى فيه "...محكمة الجنايات قد راعت عند إصدارها تطبيق أحكام القانون تطبيقاً صحيحاً بعد إن اعتمدت الأدلة الكافية التي أظهرتها وقائع الدعوى تحقيقاً ومحاكمة والتي تمثلت بإفادات المشتكين واعتراف المتهم إمام المحقق والمعزز

(١٥٤) انظر تفصيلاً د. محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٣٥. ومن هذه المشاريع مشروع اللورد "مانكروفت" الذي قدمه الى مجلس اللوردات عام ١٩٦١، ومشروع لجنة العدالة وهي الفرع الإنجليزي للجنة الدولية للقانونيين (التي شكلت عام ١٩٦٧ وغيرهم الكثير.

(١٥٥) د. احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٨٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

بمحاضر التشخيص ومحضر ضبط قرص السيدي كلها أدلة قانونية كافية للتجريم وللأسباب التي استندت إليه المحكمة فإن قراراتها الصادرة في الدعوى الصحيحة قرر تصديقها لموافقتها للقانون....^(١٥٦).

ونرى من جانبنا إن القاضي العراقي اعتمد على "قرص السيدي" يعدة دليل معزز إلى جانب الأدلة الأخرى في الدعوى والتي تتمثل في إفادات المشتكين واعتراف المتهم، بمعنى إن المحكمة لا تعول على قرص السيدي بمفرده كدليل للتجريم.

وهذا الأمر أيضا طبق في مرحلة التحقيق الابتدائي، ففي قضية قضى فيها "....حيث اعتمدت المحكمة بعد اطلاعها على قرص (C D) الذي يتضمن تصوير خروج الموظفين من الشركة ولوحظ خروج المجني عليها مع زميلها في الدائرة....ولدى مواجهته بالقرص المتضمن تصوير خروجه مع المجني عليها اعترف إمام المحقق وإمام قاضي التحقيق، بأنه كان يرتبط بعلاقة غرامية مع المجني عليها....."^(١٥٧).

ونرى من جانبنا إن المحقق وقاضي التحقيق قد استعان بالقرص المتضمن تصوير خروجه مع المجني عليها ولكنه لم يعول عليه في إدانته للمتهمة، بل اعتمد على اعتراف المتهم، إلى جانب التقرير الطبي التشريحي للمجني عليها، إما بالنسبة لقرص التصوير فقد عده المحقق معزز للأدلة التي تتضمنها الواقعة.

(١٥٦) محكمة جنايات البصرة بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢١، العدد ١٥٨١٨، الهيئة الجزائية الثانية، ٢٠١٣.

(١٥٧) محكمة الجنايات المركزية العراقية ببغداد، الهيئة الثالثة، بتاريخ ٢٠١٢/٩/١٠ العدد ٢٠١٢ ج/١٥٤٢/٣

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وفى حكم آخر صدر قرار من محكمة جنايات البصرة^(١٥٨) مقتضاه " من خلال سير التحقيق الابتدائي والقضائي والمحاكمة الواجهة العلنية الجارية بحق المتهم المائل (-) وفى أقوال المشتكي (-) وفى تقارير الدعوى وكشوفها ومستنداتها تبين للمحكمة أنه بتاريخ ٢٠١٢ / ٦ / ٤ قام المتهم المائل بنصب كاميرا فيديو عن طريق وضعها على سياج سطح الدار العائدة له وتوجيهها باتجاه شبك "الحمام" العائد لدار جاره المشتكي (-) وتصوير أفراد عائلته وفى بينهم النساء وهن يستحممن في حمام دارهم وضبطت الكاميرا وبداخلها رام يحتوى على ثمانية مقاطع فيديو، وقد أطلعت المحكمة على محضر ضبط الكاميرا والرام وعلى ملف القضية الجنائي الذي تضمن أن هناك مقاطع فيديو يحتوى على نساء عاريات في رام الكاميرا وأطلعت على رام الكاميرا ومحتوياته من خلال مشاهدته مباشرة عن طريق تشغيله في جهاز لابتوب....."

ونرى من جانبنا أن القاضي في تلك القضية عول على الكاميرا، حيث أنها تعد وسيلة استخدامها المتهم في ارتكاب فعل مغل بالحياء، وطبق عليه نص المادة (٤٠٠) والتي تقرر أنه "من ارتكب مع شخص، ذكرا أو أنثى، فعلا مغل بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ونستنتج بأن هناك العديد من المبادئ القانونية التي سار القضاء العراقي عليها دون إن يتحول مساره في هذا المضمار على النحو الآتي:-

١- عد الأدلة الناجمة عن المراقبة المرئية قرائن لا ترتقي لمستوى الدليل ولا تصلح لإقامة حكم قضائي، بل هي أدلة معززة.

(١٥٨) محكمة جنايات البصرة/١هـ، بتاريخ ٢٠١٣/٤/٨، العدد ١٣٨/ج/٢٠١٣.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٢- الاستعانة بأدلة الإثبات الناتجة عن التصوير المرئي في كافة مراحل التحقيق بدء من الاستدلال وانتهاء بالمحاكمة.

٣- تعد المراقبة المرئية نوع من الخبرة القضائية التي تستعين بها المحاكم العراقية في كشف الكثير من ملابسات الجرائم، حيث يمكن الاستعانة بالخبير الفني في كشف محتويات ما تتضمنه آلات التصوير، ويمكن للمحقق ولقاضي التحقيق الاستعانة بها لكشف ملابسات الواقعة المعروضة إمامه.

الفرع الثاني

موقف الأحكام القضائية المقارنة

ساوت محكمة النقض المصرية بين المكان العام والمكان الخاص حيث قضت بأن " المكان العام على الرغم من إن هذا المكان عام يدخله الأفراد دون تمييز، ينطبق عليه حكم المسكن، ويكون مكانا لإسرار صاحبه، مثل المتجر عند إغلاقه " (١٥٩). ولقد أشار القضاء في المملكة المتحدة إلى ذلك، إذ قرر قبول الصورة بوصفها دليل إثبات في المواد الجنائية ضمن ضوابط وشروط معينة تتمثل في وجود الصلة بين الصور والقضايا التي تعرض فيها، كما أوجب أن تقام البينة على مضمون الصورة من قبل شاهد مختص أو ذي صلاحية بهذا الشأن، وأن تكون قد روعيت بشأن الصورة الأسس الفنية في عملية التصوير على النحو الذي يجعلها منتجة في الإثبات وفي التعرف على الشخصية (١٦٠).

(١٥٩) نقض ١٢/٢٢/١٩٧٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٥، رقم ١٩٠، ص ٨٧.

(١٦٠) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عوني خطاب، مرجع سابق، ص ٤٢٣. نقلا عن؛ د. علي

احمد عبد الزغبى: حق الخصوصية في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، ط ١، المؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٥٥٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اتجه "القضاء إلى عدم مشروعية التقاط صورة الفرد حال وجوده بمكان خاص، طالما كان لديه قدر متوقع من الخصوصية في هذا المكان الخاص، فإذا ما تخلف هذا القدر المتوقع من الخصوصية في المكان الخاص، رفعت الحماية الدستورية عن الشخص فيما يتعلق بحقه في الخصوصية" (١٦١).

وفي حكم آخر اعتمد على الدليل الوارد من المكان الخاص طالما مطابق للترخيص^(١٦٢)، أما بالنسبة للاعتماد على الأدلة المستقاة من المكان العام فقد بررت العديد من الأحكام التي أصدرها القضاء الأمريكي إلى إباحة التقاط الصورة للشخص الموجود في مكان عام حتى ولو كان بغير موافقته باعتباره إن الصورة لا تعدو إن تكون وصفا مكتوبا للمكان العام^(١٦٣). وفي القضاء الكندي فلكي تكون الصورة مقبولة كدليل في الإثبات الجنائي، يقتضي أن تكون معبرة تعبيراً صادقاً عن الوقائع، وأن يتم التحقق من صحتها عن طريق شخص مؤهل، وألا يكون ثمة غرض تضليلي في استخدامها^(١٦٤). وفي القضاء الفرنسي قضي بأن "...التقاط صورة لشخص

(١٦١) د. محمد أمين فلاح الخرشنة، مرجع سابق، ص ٢٢٧. نقلا عن ؛

International Social Science Journal. Op.cit.p.518

(١٦٢) peoplev.Teicher,73App.Div.2d,136,425N.Y.S.2d315(Ist.Dept

1980),affg,90Misc.2d638,395N.Y.S.2d587(sup.ct.N.Y.County

1977).

أشار إليه، د. يوسف الشيخ يوسف، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(١٦٣) د. محمد أمين فلاح الخرشنة، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(١٦٤) د. نوفل على عبد الله، أ. خالد عوني خطاب، مرجع سابق، ص ٢٣ ٤ نقلا عن

Creemer and cormier (1969) 4N.S.R.456, 53M.P.R.1; (1968)

1C.C.C.14, 1 C.R.N.S 146 (N.S.S.C.App.Div) and Smith

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

يوجد في مكان خاص ودون رضاه يعد فعلا معاقبا عليه، كما إن نشر الصورة دون إذن يدخل في نطاق تطبيق المواد (٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٢) من قانون العقوبات^(١٦٥).

ويجب أن يرد النقاط الصورة بالأداة الالكترونية على الشخص وليس على صورة حيوان أو شيء، وتشمل صورة الشخص الحي أو الميت، وبالتالي يكون محظوراً أخذ الصورة للإنسان الحي والميت^(١٦٦).

وقضي بأن نشر صورة عارية لصدر أمراه أمام الشاطئ، من قبل الجريدة لا يشكل انتهاكا لحرمة حياتها الخاصة وفقا للمادة (١ / ٢٢٦) عقوبات فرنسي تأسيسا على إن الشاطئ لا يعد مكانا خاصا، فهو مكان عام بحيث يحظى الجمهور الدخول إليه دون إذن^(١٦٧).

ويلاحظ أن التصوير يجوز بدون إذن أو رضاه في المكان العام وعلى البلاج المفتوح (الشواطئ) مع ملاحظة أن السجن لا يعد مكانا عاما ويتعين الحصول على إذن من قاضي تنفيذ العقوبة لتكوين كاميرا مراقبة^(١٦٨).

(1986)71 N.S.R. (2d) 229, 171A. P. R.229(N.S.C.A)

(١٦٥) د. إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي (الحماية الجنائية للحديث والصورة) الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة ٢٠٠٠، ص ١٠٧.

(166) CASS.CRIM.210 October 1980,D.1981,P.72,note R.Lindon

(١٦٧) د. عاقل فصيحة، مرجع سابق، ص ٢٦٣. نقلا عن ؛

CASS, 18 mars 1971, j. c.p. P. 447.

(168) Jean larguier, Ann-Harie larguier, Droit pénal spécial, Dalloz, 10^{ème} éd. 1998, P111.

الخاتمة

لقد استعرضنا في دراستنا المتعلقة بنطاق حماية الحق في الصورة من الناحية الموضوعية والإجرائية في القانون العراقي والمقارن ولقد توصلت دراستنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً-النتائج:

- أن الصورة تجسد المظهر المادي والمعنوي للشخص، كما أن الصورة لها أهمية جنائية وعملية وأمنية كبيرة.
- أسهم التقدم العلمي والتكنولوجي والتقني في ظهور العديد من آليات المراقبة المرئية للصورة سواء تعلقت بوسائل الرؤيا أو المشاهدة، أو وسائل تسجيل الصورة.
- تختلف نظرة الفقه الجنائي والتشريعات حول التكييف القانوني للحق في الصورة.
- إن الدستور العراقي النافذ كفل عدم جواز التدخل بالحياة الخاصة للأفراد، إلا إن هناك قصور تشريعي في معالجته للحق في الصورة، كما أن القضاء العراقي اعتمد على حجية ومراقبة الصورة كدليل إثبات في كافة مراحل الدعوى بدء من مرحلة التحري وجمع الأدلة وانتهاء بالمحاكمة، ولكنه اعتبرها قرائن وليست أدلة، أو أنها " دليل معزز " إلى جانب الأدلة الأخرى.

ثانياً- التوصيات:

- يتعين إدخال تعديلات جديّة على النظام الجنائي في دولة العراق يتواءم مع ما يشهده العالم من تطور تكنولوجي وتقتي ينعكس بدوره على الجريمة، لأنّ الجريمة ما هي إلا انعكاس للمجتمع.
- نوصي المشرع العراقي بترك الحريات بدون تقييد كما معمول به في غالبية دساتير العالم المعاصرة، كما يجب عدم التعويل على حفظ النظام العام والآداب العامة كهدف على الرغم من أهميته إلا أن حريات وحقوق الأفراد الخاصة هي الأخرى تتميز بمكانتها، لان هذه الحقوق تعد من الأهداف السامية ذات قيمة لا تقدر بأي ثمن تسعى الشعوب إلى التطلع إليها.
- نقترح على المشرع العراقي أن يستقرأ الظروف الاجتماعية التي تمر بها البلاد ويشدد على تجريم الصورة، وذلك بفرض عقوبات مشددة عن انتهاك الحق في الصورة على خلاف مقتضى القانون

قائمة المراجع

اولا- الكتب العربية:

- إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي (الحماية الجنائية للحديث والصورة) ط/١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- احمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- هشام محمد فريد رستم، حماية حق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات أسيوط، ، ١٩٩١.
- يوسف الشيخ يوسف، دراسة مقارنة في تشريعات التنصت وحرمة الحياة الخاصة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.

ثانياً- الرسائل والاطاريح الجامعية:

[١] الدكتوراه:

- آدم عبد البديع حسين، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدي الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي "دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، سنة ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

- سعاد علي محمد الفقيه، الحماية الجنائية للحياة الخاصة في القانون الليبي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣.
 - صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، ٢٠١٢.
 - ضيف الله بن نوح الغويري، ضمانات الحماية الجنائية للحقوق الخاصة للإنسان وتطبيقاتها في النظام السعودي والقانون المصري "دراسة تأصيلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٣.
 - عاقلية فضيلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري - قسنطينة، ٢٠١١-٢٠١٢.
 - محمد أمين فلاح الخرشنة، مشروعية الصوت والصورة في الأثبات الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩.
 - ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
 - هبة أحمد علي حسانين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.
- [٢] الماجستير:
- بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الاثبات الجنائية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - بن عكنون بجامعة الجزائر، سنة ٢٠١١-٢٠١٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

- حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤ .
- عباسي خولة، الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، سنة ٢٠١٣-٢٠١٤.

ثالثا- المجالات و الدوريات :

- إبراهيم علي الذوايدي، التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧.
- جعفر كاظم جبر الموزاني وآخرون، نحو نظام قانوني لمسؤولية الصحفي المدنية من عرض صور لضحايا الجريمة، مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨.
- رشيد شمشم، الحق في الصورة، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، نشرة- ب-، جامعة المدية، العدد ٣، ٢٠٠٨
- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونه، د. بشار طلال المومني، النظام القانوني للصورة الفوتوغرافية "الحقوق الواردة عليها ووسائل الحماية القانونية"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثالث والخمسون، صفر ١٤٣٤ هـ، يناير ٢٠١٣
- عمار عباس الحسيني، التصوير المرئي وحجتيه في الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ١٦، العدد ١ آذار ٢٠١٤
- معتصم خميس مشعشع، أثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، ذو الحجة ١٤٣٤ هـ - أكتوبر ٢٠١٣ م.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

- نوفل على عبد الله، أ. خالد عونى خطاب، دور أجهزة التصوير الحديثة في الإثبات الجنائي، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد / ١٥، العدد/ ٥٥، السنة ١٧ رابعاً- المراجع الاجنبية:

[١] الانجليزية:

1. Alan F.Westin: privacy and freedom 'New York, A Ttheneum.1967.
2. Hastings Const.L.Q.261 ,294-299(1974)Electronic Visual Surveillance and the Fourth Amendment
3. Simon Ablon cole 'manufacturing identity 'ahistory of criminal iclentification' techniques from photography through fingerprinting 'Ph.D.diss Cornell.' 1988.

[٢] الفرنسية:

1. Jean larguier 'Ann-Harie larguier 'Droit pénal spécial' Dalloz 'lo éme éd.1998.
2. J.Cabannes 'le dorit au respect de lavie priveé' fondement est quantum de la responsabilite du gournalisté indiscret 'conclusion sous panis 15 mai 1970' D alloz 19970
3. R.V.Jons 'Lavie privée mise en péril par la technologie in vie privée et dorits de l'homme.Actes du troisieme colloque international sur la convention europeenne des Droits de l'homme(Bruxeles 30 Oct ' 1970) 'Brulan Bruxelles. 1973
4. Control and security Journal 'n 3 'November 'december 1988.

الطَّعْنُ بِإِعَادَةِ الْمَحَاكِمَةِ

فِي قَانُونِ أُصُولِ الْمَحَاكِمَاتِ الْمَدَنِيَّةِ

(دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ)

الدُّكْتُورَةُ نَجْلَاءُ تَوْفِيقُ فُلَيْحُ

كُلِّيَّةُ الْقَانُونِ

جَامِعَةُ جَدَامَرَا - الْأُرْدُنْ

الملخص

الطَّعنُ بِإِعَادَةِ الْمُحَاكَمَةِ فِي قَانُونِ أُصُولِ الْمُحَاكَمَاتِ الْمَدَنِيَّةِ (دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ)

الدُّكْتُورَةُ. نَجْلَاءُ تَوْفِيْقُ فُلَيْحُ

إعادة المحاكمة طريق من طرق الطعن غير العادية ، في الأحكام القضائية ، غايته معالجة الأضرار الناجمة عن صدور احكام خاطئة تسبب بها الخصوم او المحكمة ، وذلك بالسماح لهم بإعادة عرض النزاع مجدداً أمام المحكمة – ذاتها - التي أصدرت الحكم للبت بحقيقة الخلل الذي يدعيه المدعي. وبسبب الطبيعة الإستثنائية للطعن بإعادة المحاكمة ، ولأنه يمس مبدأ استقرار التعامل وحجية الحكم القضائي ومبدأ حياد القاضي ، فقد ظهرت دعوات لتحديد نطاق تطبيقه باضيق الحدود، وجاءت هذه الدراسة للتوفيق بين أقوال المؤيدين والمعارضين، ولوضع الحالات التي نص عليها المشرع الأردني كأسباب لإعادة المحاكمة في الميزان وتقييمها على ضوء مبدأ استقرار الأحكام القضائية وحجيتها، وبالنتيجة توصلنا إلى أن واحدة فقط من الحالات التي نص عليها المشرع وهي حالة الغش، هي الجديرة بالإبقاء عليها ، أما بقية الحالات فإنها إما أن تدخل ضمن مفهوم الغش كما هو الحال بالنسبة للتزوير وشهادة شهود الزور أو يمكن معالجتها بطرق أخرى غير إعادة المحاكمة كما ان هناك حالات أخرى قليلة الأهمية لا تستحق - لذاتها- ان تكون سبباً للتضحية بمبدأ استقرار التقاضي وحجية الأحكام.

Abstract

**The Legal System of Re-Trial in the Jordanian Civil
Procedure Law and its assessment**

Dr.. Najla Tawfiq Flaih

The re-trial is considered a way of an unusual appealing in the sentences. It aims to treat the damages related to the wrong sentences caused by opponents or court. Allowing to view the conflict again in front of the same sentencing court. Because of it's an unordinary nature and because it touches the principle of stability and the argument of the sentences, some jurists call upon the limitation of its scope. This study came to compare and balance between different opinions, and to assess the cases that the legislator adopted in the light of the principle of sentences stability and argument. Result of the study shows that only one of the cases related to the fraud deserve to be kept, while the rest of the cases needed to polished , because , either it falls within the concept of fraud, , or can be addressed in ways other than the re-trial. However there are other few cases which do not deserve - to sacrifice the principle of stability and authoritative judgments.

Keyword: Legal System, legislator, principle, stability

المُقَدِّمَةُ

على الرغم من مرور عقود على تبني بعض الدول العربية لنظام إعادة المحاكمة - كأحد الطرق غير العادية - للطعن في الأحكام، فإن الجدل بشأنه، ما زال محتدماً بين الفقهاء و شراح قوانين المرافعات في تلك الدول، حول جدوى هذا النظام بين مؤيد متمسك ببقائه، وبين منكر له مطالب بإلغائه أو على الأقل مطالب بتقليص نطاقه؛ ولهذا فإن من الأهمية بمكان، البحث في موضوع إعادة المحاكمة، وعقد موازنة بين مزاياه وعيوبه، إن وجدت، والكشف من خلال التطبيقات القضائية، عن حقيقة ما إذا كانت هناك مصلحة في الإبقاء عليه، أم ان الأمر - على العكس - من ذلك يستلزم الغاءه أو تقليص حالاته؛ لأنه يمس مبدأ استقرار وحجية الأحكام القضائية؛ لاسيما وان كثيرا من التشريعات الحديثة لم تأخذ بنظام إعادة المحاكمة، او قيدته باضيق الحدود دون ان يتسبب ذلك باي ضرر بنظام التقاضي فيها.

مشكلة الدراسة: تتمثل مشكلة الدراسة في ضرورة إعادة النظر في موضوع الطعن بإعادة المحاكمة - في التشريع الاردني - وتعديل نص المادة ٢١٣ من قانون اصول المحاكمات الاردني.

أهداف الدراسة: عند بحث موضوع إعادة المحاكمة، نجد أن كثيراً من الدراسات السابقة أشارت عند بحثها لموضوع إعادة المحاكمة الى أن هناك حاجة لإعادة النظر في نص المادة ٢١٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني، مؤكدة وجود خلل في بعض الأسباب أو الحالات التي عدها المشرع أسباباً لإعادة المحاكمة، ليس في الأردن فحسب؛ بل في مصر والعراق، فضلا عن أي وجدت ان هناك حالات اخرى وردت في النص لم تتطرق لها الدراسات السابقة، وهي أيضاً تحتاج

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الى نقاش فقهي معمق ومعالجة تشريعية. وان هذه الدراسة هي بالتالي محاولة لجمع هذه الأفكار وتأصيلها بجمع ما قيل من إنتقادات حول إعادة المحاكمة و التركيز - بشكل رئيس - على موضوع التقييم، وكشف مواطن الخلل مع إبداء الرأي في جميع أسباب وحالات الطعن بإعادة المحاكمة، وبشكل مسبب، لاسيما ان قرارات القضاء الأردني أبانت ان كثيراً من الحالات التي وردت في النص لا تجد لها تطبيقاً على ارض الواقع .

أهمية الدراسة: تأتي هذه الدراسة كدعوة للفقهاء والمتخصصين في مجال القانون الإجرائي المدني الاردني، على وجه الخصوص، للنظر في نظام إعادة المحاكمة لغرض التوصل الى صيغة جديدة لاسباب إعادة المحاكمة قد توفر الفرصة امام المشرع لتعديل المادة ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية بنص جديد .

تساؤلات الدراسة: هناك عدة تساؤلات تنصب على نصوص التشريع الأردني النافذ تحتاج الى إجابة وهي :

- 1- هل يمكن الطعن بإعادة المحاكمة في الحكم الابتدائي بعد فوات أجل الاستئناف إذا كان الطاعن قد فوّت على نفسه مدد الطعن ؟
- 2- هل بالامكان شمول الطعن بأحكام القضاء المستعجل بإعادة المحاكمة ؟
- 3- مدى ملائمة نص المادة (٢٠٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية في عدم الطعن بإعادة المحاكمة في القرارات الصادرة من محكمة التمييز؟
- 4- هل بالامكان ان يتدخل المشرع بإلغاء الفقرات (٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨) من المادة (٢١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية، دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بنظام إعادة المحاكمة الذي أخذ به المشرع الاردني ؟

وتفترض الاسئلة السابقة: على الرغم من ان هذا الطريق من شأنه تحقيق العدل للمتقاضين من أجل تصحيح الأحكام، لكنه يجب أن يبقى طريقاً استثنائياً، حرصاً على استقرار الأحكام القضائية، لأنه يمس بحجية الأحكام القضائية، وان

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

تنحصر أسبابه باضييق الحدود ، وان لا يتم اللجوء اليه الا بالقدر الذي لا يمكن لطرق الطعن الاخرى ان تستجيب لحل هذا الاشكال أسوة بما فعل المشرعين الفرنسي والتونسي اللذان ضيقا الى أبعد الحدود من نطاق الطعن بإعادة المحاكمة. الدراسات السابقة:

١. أنيس منصور - إعادة المحاكمة في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ، عرضت هذه الدراسة موضوع إعادة المحاكمة بشكل تفصيلي متكامل وشامل وأشارت الى العديد من الملاحظات الجدية حول - بعض - حالات إعادة المحاكمة التي يتوجب الغاؤها، دون أن تركز مهمتها على تقييم جميع حالات وأسباب الطعن بطريق إعادة المحاكمة .
٢. إبراهيم الصرايرة ، النظام القانوني لإعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني . هي الاخرى لم تركز على التقييم كهدف للدراسة ؛ وانما تناولت إعادة المحاكمة بعامة.

المبحث الاول

ماهية الطعن بإعادة المحاكمة ونطاقه وحالات الطعن

ان إعادة المحاكمة من طرق الطعن الاستثنائية القديمة، غير العادية) للطعن في الأحكام التي عمدت التشريعات التي أخذت به إلى تحديد أسباب أحوالات انطباقه بدقة. وسنعرض في المطلب الاول ماهية إعادة المحاكمة، والحالات التي أجاز فيها القانون طلب إعادة المحاكمة، وأثاره في المطلبين الآتيين :

المطلب الاول

ماهية إعادة المحاكمة

تعد تسمية إعادة المحاكمة ، تسمية حديثة - نسبياً- أخذ بها المشرع الاردني في قانون أصول المحاكمات المدنية ، في حين استخدم المشرع المصري مصطلح " التماس إعادة النظر " .

ويذهب رأي الى ان التسمية الأدق هي التماس إعادة النظر، وليس إعادة المحاكمة؛ على أساس اننا لا نطلب من المحكمة أن تعيد المحاكمة والنظر في القضية من الأساس - مجدداً، ولكن نطلب منها إعادة النظر في القضية في ظل المستجدات المطروحة فقط^{١٦٩}.

^{١٦٩} إبراهيم الصرايرة ، النظام القانوني لإعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، (مجلة جامعة النجاح للأبحاث- العلوم الانسانية المجلد ٢٦ (٧) ٢٠١٢، ١٧٠٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

ويعود سبب استخدام التسمية الأخيرة الى قانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم *civile* (requite)^{١٧٠}، إذ كان على الخصم - في البدء - ان يتقدم بالتماس الى المحكمة، بأسلوب في غاية الادب والتوقير ، ودون تجريح، يطلب فيه الاذن بإعادة النظر في قضيته مجدداً، ولم يبق القانون الفرنسي على تسميته القديمة ، وإنما أبدلها بتسمية الطعن بإعادة نظر الدعوى (Le recours en revision)^{١٧١}. وأياً كانت التسمية المستخدمة للتعبير عن هذا الطريق، من طرق الطعن في الأحكام ، فإن المقصود به انه " طريق طعن غير عادي في الأحكام الحائزة لقوة القضية المقضي بها يتقدم به الخصم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، اذا ما توفر أحد الأسباب التي نص عليها القانون على سبيل الحصر، بغية الوصول الى إزالة الحكم كلياً أو جزئياً، وإعادة النظر في الدعوى من جديد باعتبار هذا الحكم كأن لم يكن"^{١٧٢}. وقد أشار قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة (٢١٣) إلى أنه: " يجوز للخصوم أن يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت

¹⁷⁰ See : *ENCYCLOPÉDIE OU DICTIONNAIRE RAISONNÉ , DES SCIENCES, DES ARTS ET DES MÉTIERS , Demandeur en requête civile*, 2001, 4:805 The University of Chicago < <http://portail.atilf.fr/cgi-bin/getobject ?a.29:184:5./var/artfla/encyclopedia/textdata/IMAGE/> > (28 june 2014) .

¹⁷¹ Code de procédure civile , Version consolidée au 30 mai 2014,

Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 .

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIA RTI000006410938&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=19760101>> (1 june 2014)

^{١٧٢} أنيس منصور خالد ، إعادة المحاكمة في قانون اصول المحاكمات الاردني : رسالة ماجستير (الجامعة الاردنية : كلية الحقوق ، ١٩٩٧) ، ٧ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

قوة القضية المقضية بإحدى الحالات الاتية...." وهذه الحالات جاءت على سبيل الحصر ١٧٣ . ومعلوم ان قوة الأمر المقضي به لا تثبت إلا للأحكام النهائية، وان الحكم لا يكون نهائياً إلا إذا كان صادراً في حدود الاختصاص النهائي للمحكمة ، واستنفذ طرق الطعن العادية، وإن كان قابلاً للطعن بالطرق غير العادية^{١٧٤}.

وهذا يعني اننا في نظام إعادة المحاكمة أمام حالة لم يعد فيها أمام الخصوم أي طريق من طرق الطعن العادية المقررة قانوناً ليسلكوه ، فجاء المشرع وأجاز - إستثناء - السماح بإعادة النظر في بعض الأحكام لأسباب حددها على سبيل الحصر . وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الطريق من طرق الطعن وذلك في المادة (٥٩٣) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ التي نصت على الآتي : "Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit"

١٧٣ وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية ، ان أسباب التمييز " انصبت على تخطئة محكمة الاستئناف في النتيجة التي توصلت اليها في حكمها الطعين ، الى عثور المميزين - وبعد اكتساب الحكم موضوع إعادة المحاكمة الدرجة القطعية - على مستند (فاتورة) أخفته المستدعي ضدها يثبت وجود فواتير في التعامل بين المستدعيين والمستدعي ضدها في حين انكرت الاخيرة ذلك في مرحلة المحاكمة التي صدر فيها الحكم موضوع إعادة المحاكمة .وفي ذلك نجد ان محكمة الاستئناف قد بحثت في الحالات التي بنى عليها المستدعيان (المميزان) طلبهما بإعادة المحاكمة وعالجتها معالجة تفصيلية وطبقا للأصول والقانون وخلصت من حيث النتيجة الى عدم اثبات المستدعيين (المميزين) لأي من الحالتين اللتين استندا اليهما في طلب إعادة المحاكمة وهما الحالتان المنصوص عليهما في الفقرتين (٤١ و) من المادة (٢١٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية.

^{١٧٤} عبد الحكم فودة ، حجية وقوة الأمر المقضي في ضوء مختلف الاراء الفقهية واحكام محكمة النقض ، (مصر : دار الفكر والقانون / المنصورية ، ٢٠٠٦) ، ص ١٠ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وقد أشار بعض الكتاب إلى أن إعادة المحاكمة يعود إلى "وقوع القاضي في خطأ غير عمدي عند تقديره لمسائل الواقع في النزاع المطروح عليه" ١٧٥.

في حين أن هذا الرأي لا يستقيم مع مفهوم إعادة المحاكمة، إذ لا نجد في الكثير من الحالات التي حددتها القوانين أي خطأ من القاضي عدا حالتين فقط ، الأولى : إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو باكثر مما طلبوه . والثانية : إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه مع البعض الآخر؛ ولهذا يشير الفقه الفرنسي - بحق - إلى أن حالات الطعن بإعادة نظر الدعوى تستند إما إلى خطأ في الاجراءات أو إلى خطأ في الوقائع غير منسوب للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ١٧٦؛ لأن القاضي عند اصداره الحكم كان حكمه صحيحا استنادا لظاهر الادلة التي قدمت اليه ؛ والتي خفيت عيوبها عنه يوم صدور الحكم.

وقد ثار خلاف في الفقه حول المقصود بالأحكام التي حازت قوة القضية المقضية التي يجوز الطعن فيها بإعادة المحاكمة، فهل هي فقط الأحكام التي استنفدت فيها الخصوم طرق الطعن العادية ، ام ان النص يشمل حتى الأحكام التي فوت الخصوم على انفسهم اتباع طرق الطعن العادية (المتاحة) فاكتسبت الأحكام قوة القضية المقضية لإتقضاء مواعيد الطعن فيها بمضي المدد القانونية؟ ذهب رأي إلى أنه إذا فوت الخصم على نفسه اتباع طرق الطعن العادية سهواً أو إهمالاً، فليس له

١٧٥ احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية (مصر ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،

١٩٨٥) ، ٩٢٦ .

١٧٦ جلاسون ونسيه وموريل ، ج ٢ رقم ٩١٧ - موريل رقم ٦٣٣ - كوش وفانسان رقم ٤٥٨ . (مشار اليه في : رزق الله انطاكي ، اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، ط ٧ ، سوريا : منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٤) ، ص ٧٥٠ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

اتباع طريق إعادة المحاكمة؛ لأن عدم اتباعه طرق الطعن يعد رضاءً منه بالحكم^{١٧٧}، وقد تبنت محكمة التعقيب التونسية هذا الرأي في قرارها التعقيبي المدني الصادر تحت عدد (٣٦٨٢) في ٢١ أبريل ١٩٨١ و الذي جاء فيه أن الطّاعن " لا يملك...باب التماس إعادة النّظر إلّا بعد إستعماله و استنفاده وسيلة الطّعن بالاستئناف"^{١٧٨}.

في حين يذهب رأي آخر، إلى ان الخصوم يمكنهم اتباع طريق إعادة المحاكمة اذا كانوا إزاء حكم حاز قوة القضية المقضية ، وتوفرت فيه احدى الحالات المنصوص عليها في القانون لإعادة المحاكمة، بصرف النظر عن اتباعه طرق الطعن العادية او عدم اتباعها، وحتى لو فوت على نفسه اتباع طرق الطعن الإعتيادية^{١٧٩}.

^{١٧٧} يراجع: رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (مصر : دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٨-١٩٦٩) ٨٥٨ ؛ فتحي والي ، قانون القضاء المدني اللبناني ، ط ١ ، (بيروت : دار النهضة العربية، ١٩٧٠) ، ٧٥٨ ؛ نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، (مصر : دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٦) ، ٦٧٦ ؛

Procédure civile

Recours en révision: une recevabilité sous condition, 13 mars 2014,

DALLOZ 2014< <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous->

[condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.h](http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.h) > (11may, 2014).

^{١٧٨} مشار اليه في: بيلقاسم القروي الشابي ، مجلة المرافعات المدنية والتجارية ، (تونس :

مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله للنشر والتوزيع ، ١٩٨٠) ، ١٣٣ .

^{١٧٩} ويلاحظ ان القانون الفرنسي الجديد يجيز الطعن بإعادة المحاكمة حتى وإن فوت الخصم على

نفسه ميعاد الطعن بالاستئناف وفق نص المادة ٥٩٣ منه. (Jean Vincent et

serge Guinchord, *procedure civile* ,france:dalloz , 1991,903)

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) الْعَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦ .

وعلى الرغم من ان الرأي الاخير قد يبدو منسجماً مع حكم المادة (٢١٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية؛ لأن نص المادة المذكور جاء مطلقاً فيشمل الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية بصرف النظر عن سبب ذلك سواء باستنفاد طرق الطعن الاعتيادية أم بفوات المدة القانونية، ولكننا نجد ان الاتجاه الاول أقرب الى المنطق القانوني ويحقق المصلحة في استقرار الأحكام القضائية ؛ لأن من يفوت على نفسه طرق الطعن المعتادة لا يشعرنا بأن الحق في جانبه وإلا لما فوت على نفسه طرق الطعن مما يكون غير جدير بالحماية؛ لأنه لا يجوز - على حد تعبير البعض - لمن أهمل حقه في استعمال الطريق العادي للطعن اللجوء الى طريق إستثنائي للمحافظة على الحق^{١٨٠}، الأمر الذي يستوجب في رأينا تعديل نص المادة (٢١٣) آنفة الذكر. وقد اختلف شراح القانون المصري في إمكانية طلب إعادة المحاكمة في الأحكام المستعجلة ، فذهب الرأي الراجح إلى عدم جوازه وحجتهم في ذلك ان هذه الأحكام مؤقتة تصدر في مسائل تحفظية يجوز للمتضرر منها أن يطلب تعديلها او إلغائها من نفس القاضي المستعجل؛ ولذلك فإن الطعن فيها بإعادة المحاكمة لا يجوز إلا عند عدم وجود طرق أخرى للطعن فيها . في حين ذهب رأي آخر الى جواز الطعن بإعادة المحاكمة في الأحكام المستعجلة أسوة بالأحكام العادية ، على أساس انها أحكام بكل المقاييس صادرة في خصومة لها أطرافها وبالإجراءات التي نص عليها القانون^{١٨١} .

ويشير الدكتور احمد ابو الوفا الى ان القانون الفرنسي يرى ان لاعتبارات التي بنيت عليها اسباب إعادة تعلق عما يترتب على تفويت الخصم لميعاد الاستئناف واستناداً لمبدأ ان الغش يفسد كل شيء (ابو الوفا ، /المرافعات ، ٩٢٦) .

١٨٠ عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات ج ٨ ، (الاسكندرية : منشأة المعارف ، د.ت) ١٨٥ .

١٨١ يراجع الشواربي ، ١٦٨-١٨٧ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

في حين أن الأمر محسوم في القانون الأردني؛ لأن الأحكام المستعجلة وإن كانت تقبل الطعن قانوناً ، إلا أن قابليتها للطعن قاصرة على الاستئناف دون إعادة المحاكمة، وذلك لصراحة نص المادة (٢/١٧٦) والذي يعد نصاً خاصاً مقارنة مع نص المادة (170) ، والذي هو نص عام لوروده ضمن الأحكام العامة في الطعن^{١٨٢}، وهو اتجاه موفق من المشرع الأردني، كما لا يقبل الطعن بإعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز ، وذلك لصراحة المادة (٢٠٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية التي نصت في فقرتها الأولى " على انه لا يجوز الطعن في أحكام محكمة التمييز بأي طريق من طرق الطعن ". وهذا الموضوع - في رأينا - يستحق التوقف عنده، إذ أن محكمة التمييز عندما تصدر أحكامها بتصديق الحكم المميز أو عدم تصديقه ، فإن عملها يقتصر على الرقابة على التطبيق السليم للقانون وما يتعلق بالجوانب القانونية للحكم المميز، وبالتالي فإن قرارها لا يتضمن حكماً بشيء يصلح بذاته ان يكون محلاً لدعوى إعادة المحاكمة؛ بل ان طلب إعادة المحاكمة ينصب على الحكم الذي أصدرته محكمة الموضوع والذي تم تصديقه تمييزاً، وبالتالي فهو غير مشمول بحكم المادة (٢٠٤) آتفة الذكر^{١٨٣}، وفي هذا قررت محكمة التمييز الأردنية " عندما يكون الحكم الصادر نتيجة الطعن يقتصر على تصديق الحكم المطعون فيه ، فيكون الحكم المطعون فيه المصدق هو الحكم الذي حاز قوة القضية المقضية ، والذي يجوز الطعن فيه بإعادة المحاكمة وليس الحكم القاضي بالتصديق "^{١٨٤}، كما قررت محكمة النقض المصرية ان " الطعن في الحكم الاستئنافي بالنقض . لا يحول دون قبول التماس إعادة النظر فيه متى توافرت

^{١٨٢} للمزيد من التفصيل راجع : منصور ، إعادة المحاكمة ١٨ - ١٩ .

^{١٨٣} د. عوض احمد الزعبي، الوجيز في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ط١ ، (الاردن :

دار وائل للنشر ، ٢٠٠٧)، ٤٢٥.

^{١٨٤} تمييز حقوق ٩١/١٢٠٥ ، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٩٣، ص ٩٠٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

شرائطه^{١٨٥} ولكن الذي يثير التساؤل حقاً هو مدى إمكانية الطعن في الأحكام التي قد تصدرها محكمة التمييز - استثناءاً - بوصفها محكمة موضوع . ونرى انه إزاء صراحة نص المواد (٢٠٤ ف ١ و ١٩٧ ف ٤ و ٢٠٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني ، فلا يجوز طلب إعادة المحاكمة حتى بالنسبة لهذه الأحكام التي تصدر عن محكمة التمييز بوصفها محكمة موضوع^{١٨٦} ، ولكننا نضيف بان هذا الأمر يحتاج الى معالجة تشريعية تسمح بطلب إعادة المحاكمة، إذا ما صدر حكم محكمة التمييز بوصفها محكمة موضوع؛ لأن العلة - ذاتها - التي تكون قد تحققت لطالب إعادة المحاكمة بتوفر احدى الحالات المنصوص عليها في القانون قد تتحقق في الحكم الصادر عن محكمة التمييز.

^{١٨٥} (الطعن رقم ٢٩٠٢ لسنة ٦٥ ق، ٢٤٠ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٩ / ١٢ / ٢٠٠١)

^{١٨٦} د. عوض احمد الزعبي ، الوجيز ، ص ٤٢١. وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه "..... يعتبر الحكم الصادر عن محكمة التمييز قطعياً غير قابل لأي طريق من طرق الطعن عملاً بالمادة (٢٠٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية ، وعليه فان طلب إعادة المحاكمة وهو طريق من طرق الطعن بالأحكام طبقاً للمادة (٢١٣) من ذات القانون غير مقبول شكلاً ذلك ان احكام محكمة التمييز تصدر عن اعلى سلطة قضائية ولا يتصور إعادة النزاع اليها مرة اخرى لأنها المرجع الاخير للتقاضي "قرار تمييز حقوق رقم ٣٦٧ / ٩٥ صفحة ٢٥٩٤ لسنة ١٩٩٥ مجموعة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الاردنية ، المجموعة القضائية الكاملة ٢٠٠٠م ، ٢٢٥ - ٢٧٥ ،

المطلب الثاني

حالات إعادة المحاكمة

حدد المشرعون في الدول التي أخذت بنظام إعادة المحاكمة بنصوص صريحة حالات الطعن بطريق إعادة المحاكمة والملاحظ ان هناك أسباب تتفق عليها كثير من التشريعات - المقارنة - التي أخذت بنظام إعادة المحاكمة " كالغش " ، في حين ان هناك بعض الحالات لم تأخذ بها تشريعات اخرى، وسنحاول في هذا المطلب عرض الحالات التي أخذ بها التشريع الأردني وعلى النحو الآتي :

اولاً : الغش

يتضمن الغش كل أعمال الخداع والتدليس والحيل التي يلجأ اليها الخصم بغية تضليل المحكمة سعياً لكسب الدعوى، دون أن يكون محققاً فيها والغش مفهوم قانوني قديم، كان يعده القانون الروماني سبباً لإبطال كافة التصرفات التي بنيت على الخديعة والتدليس، وأصبحت قاعدة "الغش يفسد كل شيء" التي تبناها القانون الروماني شائعة حتى العصر الحديث . ومن الامثلة التي يضربها الفقه للغش سرقة المراسلات التي يبعث بها الخصم الى محاميه وبالتالي منع وصول تعليمات الموكل الى الوكيل ، وكذلك الإتفاق مع محامي الخصم على إهدار مصالح موكله أو استخدام وسائل احتيالية أو الإكراه ، لمنع الخصم من تقديم دفاعه^{١٨٧} .

وبطبيعة الحال فإن الغش الذي يعتد به هو الغش الذي يصدر عن الخصم ذاته او من يمثله، ولا عبرة به إذا صدر عن الغير، كما ان الأمر يقتضي أن يكون الغش محل خفاء عن طالب إعادة المحاكمة أثناء نظر الدعوى وأثناء اتباعه لطرق

^{١٨٧} محمد عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن ، ج ٢ ، (القاهرة : المطبعة النموذجية ، ١٩٥٨ م) ، ٩٢٩ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

الطعن الاعتيادية؛ لأنه لو كان عالماً به في مرحلة التقاضي في الدعوى الاصلية، فإنه لا يحق له طلب إعادة المحاكمة بسبب تقصيره في التمسك به كدفع في تلك الدعوى، وأخيراً فإنه يشترط للإعتداد بالغش كسبب لإقامة الدعوى أن يكون مؤثراً في صدور الحكم الذي صدر في الدعوى الاصلية^{١٨٨}. ولكن مجرد انكار الخصم للدعوى لا يعد غشاً^{١٨٩} وكذلك الكذب، ولكن على الرغم من ان الكذب - بحد ذاته - لا يعد سبباً لإعادة المحاكمة^{١٩٠}، إلا ان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى ان الكذب أو الكتمان يمكن أن يشكل سبباً لإعادة المحاكمة، حسب الظروف المحيطة بالدعوى؛ كأن يكون متعمداً ومنصباً على وقائع هامة أو ينطوي على إخفاء وقائع مجهولة من الخصم الآخر، كما لو أنكر الخصم واقعة معينة كان لها تأثير فعال في مجرى الدعوى^{١٩١}، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية السيدة (x)^{١٩٢} ان محكمة استئناف فرساي بردها دعوى المدعية، بالاستناد الى ان كذب زوجها السيد (y) بشأن مقدار دخله لا تكفي - بحد ذاتها - لتكون الغش (la fraude) الذي

^{١٨٨} يراجع أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،

(مصر: مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١) ٧٠٧-٧٠٩؛ الصرايرة، النظام القانوني، ١٧١

^{١٨٩} العبودي، شرح أحكام، ٤١٧ .

^{١٩٠} محمود الكيلاني، موسوعة القضاء المدني - شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، (

عمان: دار الثقافة، ٢٠١٢) ٣٦٤ .

^{١٩١} الزعبي، الوجيز، ٤٢٧؛ الصرايرة، النظام القانوني، ١٧١٠ .

^{١٩٢} الغرفة المدنية الثانية / في ٢١ / شباط / ٢٠١٣ في ٤٠٠ / ٤ / ١٢ (نشر في الجريدة

الرسمية) رقم ١٢ / ١٢ / ١٤٤٤٠ . Cour de cassation ,chambre civile 2, Audience

publique du jeudi 21 février 2013,N° de pourvoi: 12- 14440,

legifrance,available at:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do;jsessionid=7F01520D>

[81E28615C2787B809CCCECD8.tpdjo02v_2](http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do;jsessionid=7F01520D81E28615C2787B809CCCECD8.tpdjo02v_2) > (1januray2014).

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

نصت عليه المادة (٥٩٥) الفقرة الاولى من قانون المرافعات المدنية؛ لأنها لم تكن مصحوبة أو مقترنة بتصرفات أو أعمال فعلية تؤكد الغش؛ فإن محكمة الاستئناف بحكمها هذا تكون قد خالفت القانون؛ لأن الذمة المالية هي عنصر مهم للتقييم مما كان على الزوج السيد (y) - وبحكم القانون - الكشف عن دخله وتحديد مقداره بصراحة؛ لأن وجود الدخل ومقداره أمران ضرورياً للحكم والبت بالدعوى، ولذلك تقرر نقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف فرساي " والغش المعتبر هو الغش الذي من شأنه التأثير على القاضي، عند إصدار الحكم^{١٩٣}. وقد اختلف الاجتهاد بشأن وجوب اثبات الغش قبل رفع طلب إعادة المحاكمة ام لا؟ فنجد ان محكمة التمييز الأردنية كانت تذهب الى انه " لا يشترط ان يسبق طلب إعادة المحاكمة حكم بثبوت الحيلة^{١٩٤}، الا انها عادت وقضت في قرار لاحق بأنه " يشترط لقبول الحيلة في دعوى إعادة المحاكمة، الحصول على حكم بثبوتها من المحكمة المختصة^{١٩٥}، ويبدو ان الاتجاه السابق لمحكمة التمييز هو الأرجح فلا حاجة في رأينا - إلى حصول طالب إعادة المحاكمة على حكم سابق بثبوت الغش؛ لأن موضوع اثبات الغش يدخل في صلب عمل واختصاص المحكمة التي تنظر موضوع إعادة المحاكمة، فضلاً عن ان اشتراط ثبوت الغش بدعوى مستقلة سيؤدي الى تكرار الاجراءات وازدواجية العمل القضائي وزيادة وتيرة المنازعات المعروضة على القضاء، ثم ما طبيعة الدعوى التي تقام لإثبات الغش وبمآذا يلزم الخصم؟ وقد أخذت بالغش كسبب من أسباب إعادة المحاكمة العديد من التشريعات منها التشريع الفرنسي والمصري والعراقي واليميني والتونسي .

^{١٩٣} راجع قرار محكمة التمييز الاردنية : تمييز حقوق ، ٧٥ / ٢٨٧ ، مجلة نقابة المحامين ،

١٩٧٦ ، ع ١-٦ ، ٨٣٨ .

^{١٩٤} تمييز حقوق ، ٥٨ / ٢٧٧ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٥٨ ، ع ٧-١٢ ، ٦٤٤ .

^{١٩٥} تمييز حقوق ، ٦١ / ١٤٩ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٦١ ، ع ٩ ، ٤١٥ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

ثانياً: أن يبنى الحكم على أوراق ثبت تزويرها بإقرار الخصم أو بحكم قضائي .
التزوير كما هو معلوم مصطلح جنائي، أفردت له القوانين عقوبات معينة؛ لأنه يقوم على تغيير الحقيقة، بقصد الغش، بمحرر رسمي أو عادي إضراراً بالغير، وبالتالي فإن استخدام الخصم لمحرر مزور في الدعوى المدنية يدل على سوء نيته وغشه وإلى أن الحق لم يكن في جانبه، وأنه استخدم وسيلة غير مشروعة ليظهر بها أمام القضاء وكأنه صاحب الحق في الدعوى المنظورة. وقد عالج القانون الأردني هذه الحالة في المادة (٢١٣ / ٢) التي نصت على أنه: " إذا أقر الخصم بعد الحكم بتزوير الأوراق التي بني عليها أو إذا قضي بتزويرها " ١٩٦ ويشترط لتطبيق النص :

أ- أن يقر الخصم بالتزوير أو يثبت بحكم قضائي، ولم يحدد القانون كيف يكون الإقرار ولا بأية وسيلة وإزاء إطلاق النص فلا يشترط أن يكون الإقرار قضائياً، ولكن يشترط لثبوت التزوير بحكم قضائي أن يكون الحكم القضائي قطعياً حتى ولو لم ينص القانون على ذلك ١٩٧ ولا يجوز أن يتخذ الطعن بإعادة المحاكمة وسيلة لإثبات التزوير ١٩٨ .

١٩٦ يبدو أن نص الفقرة ٢ من المادة ١٩٩٤، أكثر وضوحاً من النص الوارد في المادة (١٥٣ / ٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ (المعدل) التي نصت على " ظهور حيلة كان ادخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساساً للحكم . أو يثبت تزويرها حكماً وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة " .

١٩٧ نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط ، ص ٦٧٩ ؛ عباس العبودي ، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية ، (عمان :دار الثقافة ، ٢٠٠٩) ، ٤١٨ .

١٩٨ راجع قرارات محكمة المصرية : (نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، طعون ارقام ٥٦٣ و ٥٨٢ و ٥٦٧٦ سنة ٥٢ قضائية نقض ١٩٥٤/١٢/٢) .مشار إليها في : مليجي ، التعليق ، ٣٤ ؛

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

- ب- أن يكون الحكم محل الطعن بإعادة المحاكمة قد بني على الورقة المزورة .
ت- أن يثبت التزوير بعد صدور الحكم المطعون به، اما إذا ثبت التزوير قبل ذلك فلا يعتد به كسبب لإعادة المحاكمة لأنه بإمكان الخصم الدفع بالتزوير او اتباع طرق الطعن الاعتيادية^{١٩٩}.

ث- أن تكون الورقة المزورة مقدمة من الخصم أو من يمثله.

ثالثاً : إذا كان الحكم قد بني على شهادة أو شهادات قضى بعد الحكم بانها كاذبة .
يعالج المشرع الاردني هذه الحالة في المادة (٣/٢١٣) هي لا تختلف عن سابقتها في ان سبب إعادة المحاكمة فيها يعود الى امر استجد بعد صدور الحكم المطعون فيه بطريق إعادة المحاكمة وهو ثبوت أن الشهادة أو الشهادات كانت مزورة. و يثور التساؤل عن المقصود بكلمة (بعد) التي استخدمها المشرع الاردني، فهل المقصود بها بعد صدور الحكم البدائي أم بعد اكتسابه قوة القضية المقضية ؟ وعلى الرغم من ان المشرع الأردني لم يصرح بذلك الا ان الراجح ان المقصود هو أن يكون ثبوت ان الشهادة هي شهادة زور بعد اكتساب الحكم قوة القضية المقضية^{٢٠٠}؛ لأن الحكم إن لم يكن قد اكتسب تلك الدرجة فان بإمكان الخصم المتضرر الطعن بطرق الطعن الاعتيادية بان الأدلة مبنية على شهادة زور، ومن البدهي القول بأن العبرة لقبول طلب إعادة المحاكمة أن تكون الشهادة أو الشهادات التي ثبت انها شهادات زور هي الاساس الذي بني عليه الحكم المطعون

صاوي ، الوسيط ، ٧٠٧؛ منصور ، إعادة المحاكمة ، ٥١ ؛ الصرايرة ، النظام القانوني ، ١٧١١

^{١٩٩} ابو الوفا ، المرافعات ، ٩٣٠ .

^{٢٠٠} راجع : رزق الله الانتطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية ، ط ٦ ، (دمشق : مطبعة المفيد الجديدة، ١٩٦٤-١٩٦٥) ٧٥٤ ، وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني في قانون المرافعات ، ط ٥ (القاهرة : دار الفكر العربي ، ١٩٦٨) ٧٨٠ ؛ القضاة ، الوجيز ، ص ٣٤٠ .

به كدليل للحكم، أما إذا لم يكن لها أثر في اصدار الحكم أو كان اثرها ثانوياً وليس جوهرياً ضمن أدلة أخرى متضافرة فإنه لا يعتد بها كسبب لطلب إعادة المحاكمة ، وهنا تبرز اهمية التسببب في الأحكام لان التسببب سيكون دليلاً لمعرفة هل بني الحكم على الشهادة المطعون بها ام لا ؟^{٢٠١}

رابعاً: حصول طالب إعادة المحاكمة على مستندات منتجة في الدعوى كان الخصم قد حال دون تقديمها ثم يحصل عليها طالب إعادة المحاكمة وفي هذه الحالة يشترط أن تظهر الورقة بعد اكتساب الحكم المطعون فيه قوة القضية المقضية والا لكان بالإمكان الطعن بالحكم بالطرق المعتادة. ويقع على طالب إعادة المحاكمة عبء إثبات ان الخصم كان قد كتم المستندات أو حمل الغير على كتمانها، وهو عبء ثقيل في اعتقادنا وينصب على صعوبة في الاثبات ، أما كون الورقة منتجة أم لا، فهي مسألة تبت فيها محكمة الموضوع و تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز .

خامساً : إذا قضي بشيء لم يطلبه الخصوم او باكثر مما طلبوه .

هذه الحالة تدور حول مسألة ان المحكمة مقيدة بالطلبات الواردة في عريضة الدعوى ولا تمتلك الزيادة عليها، ومن أمثلة ذلك الحكم بالفوائد على الرغم من ان الخصم كان قد اقتصر على طلب الحكم له بالدين فقط^{٢٠٢}، فالقاضي طرف محايد خارج عن الخصومة وليس له أن يضيف اليها ما لم يطلبه الخصوم أو اكثر مما طلبوه؛ لأن القاضي عند قضائه بشيء لم يطلبه الخصوم يكون قد وضع ارادته محل إرادة الخصوم، فضلاً عن ان ذلك قد يشير الى ان القاضي ارتكب خطأ جسيماً؛ لأن القاضي الذي يغفل أولاً يعلم حقيقة طلبات الخصوم هو مخطئ لا محالة، ومثل هذا

^{٢٠١} نجلاء توفيق فليح ، تسببب للأحكام المدنية "دراسة مقارنة " ، مجلة الرافيدين للحقوق

تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل . ٢٠٠٢ / ع ١٤ ع ١٥ ، ومابع

١٩٩٤، عمر ، التماس إعادة النظر ، ٢٧٠ ؛ الصرايرة ، النظام القانوني ، ١٧١٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الخطأ لا يغتفر لأنه ينصب على جهل بأبسط قواعد التقاضي وذهول عن الاطلاع على طلبات الخصوم كما وردت في استدعاء الدعوى.

سادساً : إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً .

إن من شروط صحة الأحكام أن تكون قابلة للتنفيذ؛ وإن التناقض في فقرات الحكم بين الإلزام بشيء ونفيه يوقع دوائر التنفيذ في حيرة في تحديد ما يطلب من المدين تسديده ؛ بل إن المدين نفسه قد يتمسك بالشرط الثاني من الحكم الذي يخالف ويناقض الشرط الأول القاضي بالإلزام، مما يتسبب في تعطيل العملية التنفيذية وتوقفها، فضلاً عن انه يولد الشك في الحكم القضائي والعدالة القضائية ومن الأمثلة التي يوردها الفقه على هذه الحالة أن تقضي المحكمة بالمقاصة وتحكم في الوقت ذاته بدفع الدين ٢٠٣.

سابعاً : صدور الحكم على شخص طبيعي أو معنوي لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية، تعالج هذه الحالة صدور حكم يمس شخصاً لم يكن طرفاً في الدعوى أو أن يمتد أثر حكم قضائي لشخص لم يتم تمثيله ، ذلك ان من مستلزمات اكتمال الخصومة القضائية أن يحضر الشخص بنفسه او بمن ينوب عنه ، اما استنادا لنيابة قانونية او قضائية او اتفاقية .وان القانون الاردني مثله في ذلك مثل القانون المصري الذي أخذ عنه، حصر طلب إعادة المحاكمة بحالتي النيابة القانونية والقضائية واستثنى النيابة الاتفاقية. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بانه "يجوز للخصوم أن يطلبوا وفقاً لأحكام المادة (٢١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية إذا صدر حكم على شخص طبيعي او اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً

٢٠٣ ابو الوفا ، المرافعات ، ص ٩٣٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) الْعَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

في الدعوى، وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية^{٢٠٤}. وهذا الأمر كان موضع انتقاد من شراح قانون المرافعات المدنية المصري^{٢٠٥} الذين لم يجدوا سبباً منطقياً لإستثناء النيابة الإتفاقية من حكم المادة (٧٤١ / ٧) من القانون المصري^{٢٠٦}.

ثامناً : إذا صدر حکمان متناقضان بين الخصوم انفسهم وبذات الصفة والموضوع . حدد المشرع في هذه الحالة الشروط التي يمكن من خلالها للخصم طلب إعادة المحاكمة وهذه الشروط هي^{٢٠٧} :

١. - أن يكون الحكمان متناقضين بشكل يتعذر التوفيق بينهما أو تنفيذهما معاً، كأن يقضي الحكم الاول بشيء ويقضي الثاني بنقيضه، وأن يكون الحكمان بين ذات الخصوم وبذات الصفة.

٢. أن ينصب الحكمان على الموضوع نفسه ، وأن ينصب طلب إعادة المحاكمة على الحكم الثاني الذي صدر مناقضاً للحكم الاول^{٢٠٨}.

^{٢٠٤} تمييز حقوق ١٣١٠ / ص ٢٩٠٩ سنة ١٩٩٤ ، مجلة نقابة المحامين .

^{٢٠٥} عمر، التماس إعادة النظر ٢٦٠ وما بعدها.

^{٢٠٦} يتضح ان حكم المادة ٢١٣ من قانون اصول المحاكمات الأردنية مقتبس من المادة ٧١٤ فقرة ٧ من قانون المرافعات المصري .

^{٢٠٧} يراجع : صلاح الدين سلحدار ، أصول المحاكمات المدنية ، ط ١ ، (سوريا ، منشورات جامعة حلب ، ١٩٩٧) ٢٦٣ ، الزعبي ، الوجيز ، ٤٣٢ ؛ منصور ، إعادة المحاكمة ، ١٠٠ ، الصرايرة ، النظام القانوني ، ١٧١٤ .

^{٢٠٨} الزعبي ، الوسيط ، ٤٣٣ والقرارات القضائية التي اشار اليها .

المبحث الثاني

آثار إعادة المحاكمة وتقييمه

يترتب على تقديم طلب إعادة المحاكمة عدة آثار وفي هذا المبحث سنعرض آثار إعادة المحاكمة في المطلب الأول، ونعرض في الثاني تقييماً شاملاً لحالات إعادة المحاكمة التي نص عليها قانون اصول المحاكمات الأردني وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

آثار إعادة المحاكمة

يترتب على الطعن بإعادة المحاكمة اثار متعددة يمكن حصرها على النحو الآتي :

أولاً : صدور حكم جديد في الدعوى

لا شك ان المحكمة التي تنظر إعادة المحاكمة ستقرر ابتداء رد الطعن شكلاً بطريق إعادة المحاكمة إذا وجدت ان الطعن قدم خارج المدة المحددة قانوناً؛ لان مدد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق بها . كما قد تقرر رد الطعن شكلاً إذا وجدت ان طالب إعادة المحاكمة لم يؤسس دعواه على احدى الحالات التي نص عليها القانون، أو كانت وهمية ، ولكن إذا تبين ان دعوى إعادة المحاكمة قد أقيمت في موعدها وتوفر في الطعن سبب من أسباب إعادة المحاكمة فإنها ستتجه الى قبول الطعن شكلاً^{٢٠٩} ولكن عندما تنتقل المحكمة إلى بحث الطلب من الناحية

^{٢٠٩} اذا ان المدعي هو المكلف بإثبات بان الطعن قد قدم خلال المدة القانونية ، مما يتوجب على المحكمة التي قدم اليها الطعن بالسماح للمدعي (لتقديم البيانات لغايات قبول طلب إعادة المحاكمة

الموضوعية، فإن عليها أن تتيقن من ان طالب إعادة المحاكمة محق في طلبه وأن تأخذ بنظر الاعتبار - عند تقريرها ذلك - انها أمام وسيلة انتصاف استثنائية، على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية^{٢١٠}، بعد ذلك تتجه إلى سحب الحكم محل الطعن مما يترتب عليه زوال آثاره وإعتباره كأن لم يكن، ثم تتجه الى إصدار حكم جديد يحل محل الحكم السابق قد يكون مختلفا عنه كلياً أو جزئياً ، وذلك حسب الحقائق التي ستظهر أمامها من خلال بحثها وتدقيقها في سبب الطعن، فهي قد ترد الدعوى التي سبق وأن الزم فيها طالب إعادة المحاكمة بتسديد مبلغ معين إذا استطاع طالب إعادة المحاكمة إبراز مستند المخالصة وإبراز الورقة التي حال خصمه دون تقديمها للمحكمة والتي تثبت وفاءه بالدين كاملاً ، فتصدر المحكمة في هذه الحالة حكماً يقضي برد الدعوى . في حين لو ان طالب إعادة المحاكمة كان قد سبق وان حكم بتسديد نفقة لزوجته بمبالغ شهرية معينة استنادا إلى شهادة شهود زور شهدوا ان موارده المالية تزيد عن موارده الحقيقية ، فان قبول الطعن بإعادة المحاكمة قد يترتب عليه تخفيض النفقة بما يتناسب وموارد الطاعن الحقيقية بعد استبعاد الأدلة والإثباتات التي وردت على لسان شهود الزور .

شكلاً) وهذا ما قضت به الهيئة العامة بقرارها المرقم (١٦٤٧ / ٢٠١٢ صادر عن الهيئة العامة ٢٩ / ١١ / ٢٠١٢)، أحكام محكمة التمييز .

²¹⁰ cour de cassation, chambre civile 2, Civ. 2e, 30 janv. 2014, n°12-

28.323 , dalloz/< <http://actu.dalloz->

etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MARS_2014/Civ_30_janv_2014_1

2-28.323_Publie_au_bulletin.pdf>(1 june 2014).

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وإذا حكم برد طلب الإعادة يحكم على مقدم الطلب بغرامة مقدارها ١٥٠ دينار^{٢١١}.
ويبدو ان من المناسب - كما ذهب بعض الشراح^{٢١٢} أن يعدل النص الذي يقضي
بفرض الغرامة، بجعل الغرامة بحددين، كما فعل المشرع المصري في المادة (٢٤٦)
من قانون المرافعات المدنية والتجارية لإعطاء فرصة للقاضي ليحكم بالغرامة
المناسبة على وفق كل حالة وعلى ضوء مدى إخلال المدعي بحق التقاضي وسلوك
طريق إعادة المحاكمة.

ثانيا : يترتب على إعادة المحاكمة عدم قبول الطعن بإعادة المحاكمة في الأحكام
التي تصدر برفض الطعن أو الأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى بعد قبول
الطعن^{٢١٣} وهذا ما قرره المشرع الأردني بنص صريح في المادة (٢٢٢) من قانون
اصول المحاكمات المدنية والتي نصت على انه "لا يجوز طلب إعادة المحاكمة
بشأن الحكم الذي يصدر برفض طلب إعادة المحاكمة او الحكم في موضوعه " إلا
ان الذي أثار التساؤل هو امكانية طلب إعادة المحاكمة من قبل الشخص الذي كان
في مركز المدعى عليه في دعوى إعادة المحاكمة، وكذلك عما إذا كان بإمكان من
ردت دعواه بإعادة المحاكمة ان يقيم دعوى جديدة مستنداً لسبب اخر ؟ يتجه الفقه
للأخذ بفكرة ان المنع من إقامة دعوى إعادة محاكمة جديدة قاصر على طالب إعادة
المحاكمة وانه بإمكان خصمه ان يتقدم هو الآخر بدعوى إعادة محاكمة ثانية إذا
توفر لديه احد اسباب إعادة المحاكمة وكان ميعاد الطعن ما زال قائماً^{٢١٤}. أما
بالنسبة لمن خسر دعواه بإعادة المحاكمة فان بعض الشراح يذهب - استجابة الى

^{٢١١} المادة ٢٢٠ من قانون اصول المحاكمات الاردني .

^{٢١٢} منصور، إعادة المحاكمة، ١٥٠.

^{٢١٣} راجع نقض الثاني ١٨٠٥ داللو ٢٥٩١:١٥١-استئناف ٢٨ نيسان ١٨٥٤:٢٠١٨٣. مشار

اليه في : (انطاكي ، اصول ، ص ٧٦٤)

^{٢١٤} والي، قانون القضاء ، ٨١٠.

اعتبارات العدالة - إلى جواز ذلك إذا ما بني الطعن الثاني على سبب غير السبب الذي الذي بني عليه الطعن الاول وأن يكتشف السبب الآخر بعد صدور الحكم في الطعن الاول .

ومن الملاحظ انه ليس ثمة ما يمنع - في القانونين الفرنسي والمصري - من الطعن في الحكم الأصلي بالتماس إعادة النظر، مرة ثانية، وذلك لسبب جديد تم إكتشافه بعد صدور الحكم في الالتماس الاول؛ لأن المادة (٢٤٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لا تمنع مثل هذا الطعن، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي إذ تنص المادة ٦٠٣ منه على جواز الطعن بإعادة المحاكمة في ذات الحكم الذي سبق الطعن فيه بهذا الطريق بشرط ان يكون ذلك لسبب تكشف بعدئذ. وهذا الأمر يعد بدهياً لأن طريق إعادة المحاكمة هو طريق رسمه القانون لتدارك بعض النتائج غير الصحيحة - الشاذة - نتيجة خفاء بعض الأمور عن المحكمة أو عند استخدام امور غير مشروعة ادت لتضليل المحكمة .

ومع ان عدم قبول الطعن بإعادة المحاكمة في الحكم الصادر نتيجة إعادة المحاكمة منصوص عليه صراحة في المادة (٢٢٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني . الا أننا نتفق مع من يذهب^{٢١٥} إلى وجود حاجة لتعديل نص المادة أعلاه والسماح لطالب إعادة المحاكمة في سلوك هذا الطريق مجدداً؛ لأن المسألة تتعلق بمسائل واقعية تنطوي على خفاء بالنسبة له وقد لا يتمكن من الوقوف عليها إلا بعد صدور الحكم في الطعن الأول أسوة بالمشرعين المصري والفرنسي. ثالثاً : على الرغم من ان القانون الاردني نص في المادة (٢١٧) على انه : "لا يترتب على طلب إعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم مالم تقرر المحكمة خلاف ذلك" إذ لم يشأ المشرع ان يقرر وقف تنفيذ الحكم بمجرد تقديم الطعن ، بل ترك الأمر للمحكمة

^{٢١٥} الزعبي ، الوسيط ، ٤٢٤ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

لنتنظر مدى جدية الطعن وجدية الأسباب التي بني عليها ، فإن وجدت أن الطعن يوحي بأحقية مقدمه جاز لها ان تقرر وقف التنفيذ، ؛ ويبدو انه من الضروري - حرصا على مبدأ استقرار الأحكام القضائية والحيلولة دون الالتفاف عليها او تأخير تنفيذها- ان تتشدد المحكمة في الموضوع ولا تقرر وقف تنفيذ الحكم الا لأسباب جدية ، وان تكون هناك خشية من لحوق ضرر جسيم بطالب إعادة المحاكمة، وهذا ما ذهب اليه المشرع المصري في المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ اشترط لإجابة الطلب أن تكون هناك خشية من أن يترتب على التنفيذ وقوع ضرر جسيم - بالمدعي - يتعذر تداركه ، واتفق مع الرأي الذي يذهب الى ان موقف المشرع الاردني، محل نظر، وان النص يحتاج لتعديل^{٢١٦} ، باشتراط وجوب إيداع طالب وقف التنفيذ كفالة تضمن ما قد يلحق المدعي عليه من ضرر فيما إذا ظهر المدعي غير محق في طعنه^{٢١٧}.

^{٢١٦} العبودي ، شرح احكام ، ٤٣١ ؛ الصرايرة ، النظام القانوني ، ١٧١٩ .

^{٢١٧} منصور، إعادة المحاكمة ، ١٥٠ .

المطلب الثاني

تقييم نظام إعادة المحاكمة

أولاً: الطعن بإعادة المحاكمة وسيلة اساسها احترام حقوق الدفاع - على رأي البعض - ويعد عنصراً من عناصر الحق في محاكمة عادلة^{٢١٨} . الا ان هناك من يعارض هذا الطريق ويطالب بحصره باسباب محددة لانه وسيلة طعن استثنائية^{٢١٩} ، وتنصب غالبية الاعتراضات الموجهة لنظام إعادة المحاكمة على خطورته ومساسه باستقرار القضاء وحجية الأحكام وحياد القاضي. وعلى ان استقرار التعامل أجدر بالحماية من الحالات النادرة التي أخذت بها التشريعات كأسباب لإعادة المحاكمة؛ مثله في ذلك مثل التقادم الذي أخذت به كثير من التشريعات على الرغم من مجافاته للعدالة والأخلاق، ويؤكد المعارضون ان مبدأ استقرار التعامل أجدر

^{٢١٨} بل ان الأمر وصل ببعض المؤيدين الى القول انه " ليس من العدل ان لا يجد المحكوم عليه طريقاً ينفذ فيه للطعن في الحكم فيصبح مضطراً الى الرضوخ لحكم ظالم وهذا ما لا تقبله الشرائع ويأباه العدل ؛ لذلك فتح القانون لمثل هذا الحكم عليه طريقاً لينفذ منه ذلك الى ابطال الحكم او تعديله وهو طريق إعادة المحاكمة " . منير القاضي ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، (بغداد : مطبعة العاني ، ١٩٥٧) ٣٤٠ .

^{٢١٩} Léon HOUNBARA KAOSSIRI , Le recours en revision (Republic of

Cameroon: Nagoundéré - DEA en droit privé fondamental 2009) 13.

Memoireonline http://www.memoireonline.com/07/09/2307/m_Le-recours-

Recours en révision : une recevabilité sous [en-revision0.html\(6/7/2014\)](http://www.memoireonline.com/07/09/2307/m_Le-recours-Recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition-Civ-2e-30-janv-2014-n-12-28-323-etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.htm)

<<http://actu.dalloz-> condition Civ. 2e, 30 janv. 2014, n°12-28.323

[etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-](http://etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.htm)

condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.htm>l(13 mars 2014)

بالرعاية من الحالات القليلة المنصوص عليها في القوانين التي يحصل فيها ظلم قد يعود في جانب منه إلى إهمال الشخص متابعة المطالبة بحقوقه، أو عدم حرصه على مراقبة وتدقيق ما يقدمه خصمه من أدلة أثناء نظر الدعوى. ومن أجل الوقوف على حقيقة الأمر سنجري تقييماً شاملاً لحالات إعادة المحاكمة التي نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لنتبين ما إذا كان يتعين الإبقاء عليها و المطالبة بإلغائها كلاً أو بعضاً وعلى النحو الآتي:

أولاً: الغش

يعد الغش أهم حالات إعادة المحاكمة، بل إن نطاقه يمكن أن يشمل العديد من الحالات الأخرى وتبدو أهمية النص على الغش - كسبب لإعادة المحاكمة - من أن الخصم الذي يستخدم الغش لا يتسبب في الإضرار بخصمه وما يترتب على ذلك من خسائر مالية تصيب الخصم؛ بل إنه يخل بنظام التقاضي نفسه؛ لأن استخدام الشخص سوء النية، والتحايل للحصول على حكم لصالحه - رغم أنه ليس محقاً - أمر يضر بسلامة نظام التقاضي نفسه وبالتالي فإن المصلحة في حماية نظام التقاضي وسلامته ترجح - في هذه الحالة - على مبدأ استقرار التقاضي وحجية الأحكام .

ثانياً : أن يبنى الحكم على ورقة مزورة .

إن إمعان النظر في هذا السبب من أسباب إعادة المحاكمة يوصلنا إلى أنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً من تطبيقات الغش؛ ذلك أن قيام الخصم أو من يمثله قانوناً بالإستناد إلى ورقة مزورة، هو الغش بعينه؛ لأن التزوير عمل غير مشروع ينم عن سوء نية، بل هو عمل غير أخلاقي أساساً مما يدخل في صميم معنى الغش الأمر الذي يمكننا معه القول بأنه لا حاجة إلى وجود نص خاص يشير إلى حالة التزوير؛ لأن ذلك لا يعدو أن يكون تكراراً أو تطبيقاً من تطبيقات الغش. ولو عدنا إلى نص المادة (١٥٣ / ٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة

١٩٥٩ (٢٠) لوجدنا أنها تربط بوضوح بين الحيلة (الغش) والتزوير وتجمعهما في نص واحد . ومع هذا فإن الدكتور العشماوي يشير الى ان التزوير بهذا المعنى قد يختلط بالغش، وذلك في الأحوال التي يعلم بها الخصم الذي كسب الدعوى بان الورقة التي تمسك بها امام المحكمة مزورة ، إذ يعتبر هذا المسلك بمثابة غش^{٢٢١} ولكن التزوير- في رأيه ورأي بعض شراح القانون الأردني^{٢٢٢} - لا يدخل في خانة الغش إذا ما كان الخصم - مقدم الورقة المزورة - حسن النية لا يعلم بأنها مزورة، ففي هذه الحالة لا يمكن طلب إعادة المحاكمة استناداً للغش نظراً لانتفائه، ولا سبيل - عندئذ - لطلب إعادة المحاكمة إلا بالاستناد إلى التزوير، وهو ما أدى بالمشرع إلى

٢٢٠ والتي تنص على انه "يجوز لاحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية و لا يقبل فيها الاعتراض وذلك في الأحوال الآتية:

- ١- أن تصدر المحكمة البدائية أو الاستئنافية حكماً في إحدى القضايا مخالفاً لحكم أصدرته سابقاً مع أن ذات وصفة الطرفين اللذين صدر بينهما الحكم لم تتغيرا والدعوى ذات الدعوى السابقة ولم تظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سبباً لصدور حكم آخر مخالف.
- ٢- ظهور حيلة كان ادخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساساً للحكم. أو يثبت تزويرها حكماً وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة.
- ٣- أن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراق ومستندات تصلح لان تكون أساساً للحكم كان الخصم قد كتمها أو حمل على كتمها.

٤- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

٥- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه بعضاً .

٦- إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

٧- إذا كان الحكم قد بني على أي شهادة قضى بعد الحكم أنها كاذبة ."

٢٢١ منصور، قواعد المرافعات، ٩٣٣ .

٢٢٢ منصور ، إعادة المحاكمة ، ٤٧ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

افراد سبب خاص به^{٢٢٣}. ويمكن ان يفهم من هذا الاتجاه انه يسلم بان الغش يمكن ان يغطي جميع حالات التزوير الا حالة واحدة وهي حالة اذا ما كان الخصم لا يعلم بأن الورقة مزورة، ويبدو لنا ان هذه الحالة الافتراضية نادرة جداً، فضلاً عن أنها غير متصورة من الناحية الواقعية، ولم نجد لها تطبيقاً في القَضَاءِ الاردني؛ لأنه إذا ما أبرز الخصم - حسن النية - ورقة مزورة ، أثناء جلسات المرافعة في الدعوى الأصلية ، فان خصمه سوف يبادر إلى الدفع بأنها مزورة فإن أصر - مبرزها - على التمسك بها، فانه سيصبح سيء النية من تاريخ علمه بذلك؛ ولذلك نرجح إلغاء حالة التزوير كسبب إعادة المحاكمة لامكانية انضوائها تحت حالة الغش.

ثالثاً : أن يبني الحكم المطعون فيه على شهادة أو شهادات ثبت بعد الحكم انها كانت شهادات كاذبة في هذا الافتراض التشريعي نستطيع - أيضاً - أن نشير الى ان مثل هذه الحالة يمكن أن تكون مشمولة بالحالة الأولى وهي الغش، ولا تعدو أن تكون تطبيقاً من تطبيقاتها؛ ذلك ان لجوء الخصم إلى تقديم شهود الزور هو غش مؤكد يعطي الحق لخصمه ان يطلب إعادة المحاكمة استناداً إلى الحالة الاولى وهي حالة الغش، ولا حاجة الى إيراد نص تشريعي (خاص) يتعلق بشهادة الزور. فضلاً عن ان مثل هذا الافتراض، نادراً ما يقع في الحياة العملية لأن الخصم الذي يتفاجأ بخصمه وهو يقدم شهادات زور فانه لا يبقى ساكناً أثناء سير الدعوى وينتظر حتى صدور الحكم فيها واكتسابه قوة القضية المقضية؛ بل سيسارع الى الدفع بانها شهادات زور، أو يلجأ إلى تحريك الشكوى الجزائية بصددها ، مما قد يدفع القاضي المدني الى استئثار الدعوى حتى حسم الدعوى الجزائية التي انصبت على شهادة الزور. وحتى لو امكن تحقق هذا الافتراض واقعياً وسها الخصم عن الدفع بوجود شهادة زور في الدعوى الاصلية ، فانه يتعلق بقضايا محدودة وغالباً ما تكون قليلة

^{٢٢٣} يراجع: ، التعليق ، ٣٣ ؛ منصور ، إعادة المحاكمة ، ٤٧ .

الأهمية؛ لأن المشرع في التشريع الأردني والمقارن لا يأخذ بالشهادة كدليل إثبات إلا في التصرفات قليلة القيمة ؛ في حين أوجب الدليل الكتابي للإثبات في التصرفات القانونية ذات القيمة الكبيرة، وهذا ما يقلل من أهمية هذا السبب من أسباب إعادة المحاكمة ، ذلك ان إعادة المحاكمة من الطرق الإستثنائية (غير العادية) التي تمس بجوهر الأحكام المكتسبة قوة القضية المقضية، وتمس بمبدأ استقرار التقاضي ، مما يستلزم عدم التوسع فيه، بل تضيق نطاقه وقصره على الحالات المهمة والتي تضر بمصالح جوهرية للخصوم والعدالة، خصوصاً وان المتضرر في مثل هذه الدعاوى التي تبني على شهادات الزور لديه وسائل أخرى لضمان حقوقه كإقامة الدعوى على شاهد الزور أو شهود الزور بالتعويض. ولنا في موقف المشرع الأردني من (اليمين الكاذبة) سند لدعوتنا للتخلي عن هذه الحالة كسبب لإعادة المحاكمة ، إذ ان المشرع الأردني لم يجد ضرورة لجعل اليمين الكاذبة سبباً من أسباب إعادة المحاكمة، في حين كان يتعين - من باب أولى - أن ينص عليها إلى جانب شهادة الزور، وهذا ما يرجح ما ذهبنا إليه من ان اليمين الكاذبة وشهادة الزور والمحذر المزور تدخل - جميعها - تحت باب الغش.

رابعاً: حصول الخصم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها ان هذا السبب من أسباب إعادة المحاكمة نادر الحدوث ذلك اننا أمام افتراضين أولهما ان طالب إعادة المحاكمة كان يعرف ان لدى خصمه أو لدى الغير أوراق منتجة في الدعوى وهو في هذه الحالة لن يسكت أثناء نظر الدعوى الاصلية في طلب إلزام الخصم او الغير بإبرازها للمحكمة في الاحوال التي يسمح قانون البينات بذلك أو لا يكون عارفاً على الإطلاق، وهذا ما يجعل ظهورها بعد الحكم أمراً مستبعداً؛ لأنه إذا كان الخصم صاحب المصلحة في كشفها لا يعرف بها فيكيف نتوقع ان تظهر في المستقبل او تكشف من شخص لا مصلحة له في ذلك، ويبدو ان هذه الحالة على فرض إمكانية حدوثها تدخل تحت مفهوم الغش بالمعنى الواسع مما

لا نحتاج إلى نص خاص بها؛ لأن الخصم الذي يحول دون تقديم أوراق منتجة في الدعوى هو بالتأكيد سوء النية ، لا يستخدم وسائل مشروعة في المرافعة، فعمله والحالة هذه يدخل في مفهوم الغش، لا سيما وان كثيرا من الفقهاء عند اشارتهم لتطبيقات الغش، يوردون أمثلة لحالات قريبة الشبه من هذه الحالة، وقد أثارت مسألة حصول الخصم على أوراق منتجة في الدعوى جدلاً في الفقه^{٢٢٤} حول ما إذا كان يشترط لتطبيقها أن يكون الخصم الآخر قد ارتكب غشاً في احتفاظه بالأوراق، فان اشترط ذلك فانه لم يعد هناك ما يميز هذه الحالة عن الحالة المنصوص عليها في الفقرة الاولى المتعلقة بالغش ، أما إذا لم يشترط سوء النية أو الغش ، فانه لا معنى لتطبيق هذه الحالة فمن البدهي انه لا يمكن لأحد الخصوم ان يلزم خصمه الآخر بتقديم أي ورقة تحت يده إلا في الحالات التي نص عليها القانون^{٢٢٥}.

خامساً: إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه في هذا الافتراض، نجد ان النص يشير الى حالة يصعب تقبلها كسبب من أسباب الطعن بإعادة المحاكمة؛ فإذا كان من المتوقع أن تحكم المحكمة بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، فإن بإمكان الخصم المتضرر من ذلك، أن يتبع طرق الطعن بالحكم بالاستئناف ثم التمييز^{٢٢٦} ليكشف عن ان المحكمة حكمت لخصمه بشيء لم يطلبه او بأكثر مما طلبه، وأن توقع استجابة تلك المحاكم لتصحيح خطأ المحكمة مسألة مرجحة، فإذا افترضنا ان تلك المحاكم (الاستئناف والتمييز) سهت هي الأخرى عن ذلك فان ذلك من الأمور النادرة جداً. ومعلوم ان الأحكام لا تبني على

^{٢٢٤} يراجع: الخلاف حول اشتراط وعدم اشتراط الغش ، جارسونييه ، ٦ ، ٤٧٠ ، مشار اليه في

ابو الوفا ، المرافعات ، ٩٣٤ .

^{٢٢٥} يراجع: ابو الوفا ، المرافعات ، ٩٣٤ .

^{٢٢٦} ان الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه يعد مخالفة للقانون تجيز الطعن بالحكم تمييزاً استناداً لنص المادة ١٩٨ ف ٥ من قانون أصول المحاكمات الاردني .

النادر بل تبنى على الشائع، وبمعنى آخر ان من الندرة بمكان توقع مثل هذا الافتراض ، ومع هذا فان للمتضرر وسيلة لجبر الضرر بمقاضاة من أصدر الحكم وطلب التعويض؛ لأن الحكم بما لم يطلب الخصم او بأكثر مما طلب يمكن أن يدخل في باب الخطأ الجسيم، مما قد تتحقق معه مسؤولية القاضي الذي أصدر الحكم. أما إذا كان الخصم المتضرر لم يتبع أيّاً من طرق الطعن المعتادة فانه غير جدير بالحماية عن طريق إعادة المحاكمة؛ لأن عدم اتباعه تلك الطرق قرينة على إهماله او رضاه واقتناعه بالحكم الصادر بحقه، ولأن هذه الحالة يكتنفها الغموض ولأنه يمكن معالجتها بالطعن بالحكم تمييزاً؛ لذلك نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى استبعادها من حالات إعادة المحاكمة وقصر معالجتها على الطعن تمييزاً لأنها تشكل مخالفة للقانون^{٢٢٧}. وفي هذا المجال يشير بعض الفقه إلى ان مثل هذه الحالة تكشف عن صعوبة التفريق أحياناً بين حالات الطعن بإعادة المحاكمة وحالات الطعن بالنقض (التمييز)^{٢٢٨}. ويفسر هذا التداخل ، بأسباب تاريخية تعود للقانون الفرنسي ، إذ جرى النص على أصول إعادة المحاكمة وتحديد أسبابها منذ القرن السادس عشر

^{٢٢٧} يراجع : منصور ، ، إعادة المحاكمة ، ٨٨؛ د. عباس العبودي مرجع سابق ص ٤٢١-٤٢٢ ؛ وتجدر الإشارة الى ان محكمة النقض المصرية ذهبت الى التفرقة بين ما إذا كانت المحكمة قد قضت بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . عن سهو غير متعمد، كان سبيل الطعن في هذه الحالة إعادة المحاكمة. وبين ما السابق، متعمداً فانه يكون الطعن به تمييزاً نقض ١١ / ٣ / 1972 طعن ، ٢٦٥ ، س ٣٧ ، ق ، طلبه ، ص ١٩٢ . مشار اليه في منصور ، إعادة المحاكمة ، ص ٨٢ . ويبدو ان الاتجاه السابق يتسبب في الارباك والازدواجية لصعوبة وضع معيار يميز بين اذا ما كان الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم سهواً ام متعمداً ، فضلاً عن صعوبة الوصول الى نية القاضي الذي اصدر الحكم مما يكون هذا الاتجاه قد زاد الأمر تعقيداً بدلاً من أن يجد حلاً للموضوع .

^{٢٢٨} راجع: رزق الله انطاكي ، اصول المحاكمات ، ٧٥٢ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

دون التعرض لطريق الطعن بالنقض، ومن ثم أدمجت هذه الاصول بقانون المرافعات دون أن ينسق المشرع في أسباب إعادة المحاكمة مع أسباب الطعن بالنقض^{٢٢٩}.

سادساً: إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً

يحاول الفقه بيان أمثلة لحالة منطوق الحكم الذي يناقض بعضه بعضاً^{٢٣٠}، وعند النظر في تلك الأمثلة والصور نجد انها تكشف في جلها عن وجود تناقض بين حيثيات الحكم وبين الفقرة الحكمية، وليس هناك مثل واضح لتناقض الحكم بعضه بعضاً، ومعلوم ان العبرة هي في الفقرة الحكمية وليس بالحيثيات والتسبيب. صحيح ان تناقض الحيثيات والتسبيب مع الفقرة الحكمية يعد سبباً جوهرياً للإستئناف أو التمييز، ولكنه لا يحول دون تنفيذ الحكم المكتسب قوة القضية القضية، ونعتقد بانه من النادر جداً أن يصدر حكم يتناقض منطوقه مع بعضه في ذات الفقرة الحكمية. إذ ان العبرة بالفقرة الحكمية ذاتها التي تقرر الزام الخصم بشيء معين؛ لان هذه الفقرة هي التي ستنفذ، فلو ان المحكمة رفضت تقرير الخبير - كما في المثل الذي يضربه الفقه - ومع هذا حكمت بالمبلغ الذي قدره الخبير كتعويض، فانا نجد ان الفقرة الحكمية - في هذا الافتراض - غير متناقضة مادامت قد انصبت على إلزام الخصم بمبلغ معين وهو أمر يمكن تنفيذه اما رفض المحكمة لتقرير الخبير فلا يمكن عده فقرة حكمية، بل انه مسألة يمكن ان ترجع الى خطأ بالتسبيب؛ ذلك ان رئيس التنفيذ سوف لن يتوقف كثيراً عند مسألة التناقض مادام المحكوم به شيئاً معيناً وقابلاً للتنفيذ كالزام الخصم بتخلية عقار فهو سوف ينفذ هذه الفقرة بصرف النظر كما ذكر قبلها، والقول نفسه بالنسبة للمثل الذي يشير اليه الشراح عندما تقرر المحكمة قبول المقاصة ثم تلزم المدين بالدين فمادام المبلغ المقضي به معلوماً فان

^{٢٢٩} المرجع السابق، 752.

^{٢٣٠} عمر، الوسيط، ٦٨٠.

الفقرة الحكمية تكون قابلة للتنفيذ، ولا يعني الجهة التنفيذية ماسبق هذه الفقرة من معطيات، فإن كان هناك تناقض فالأجدر ان ينسب للتسبيب، وهكذا يصعب إيجاد حالة واضحة لتناقض الفقرة الحكمية بين الحكم بشيء ونقيضه في حكم واحد، ونؤكد على ان دائرة التنفيذ ستنفذ الفقرة الحكمية بالزام بشيء دون أن يعينها ماذا كانت المحكمة قد اخذت بتقرير الخبير والمقاصة أو لم تأخذ بها. وإذا ما أمكن تصور حصول حالة مثل التي نص عليها القانون يكون التناقض فيها بالحكم بالشيء ونقيضه، فانه يمكن الطعن بالحكم تمييزاً، فضلاً عن انه يمكن معالجة مثل هذه الحالات إن وجدت بالإستناد الى المادة (١٧) من قانون التنفيذ الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ التي تنص على انه " للرئيس ان يستوضح من المحكمة مصدرة الحكم عما يكتنفه من غموض " لحل مثل هذا الاشكال دون حاجة للرجوع الى طريق إعادة المحاكمة، وهو أمر شبيه بالطريق الذي رسمه المشرع العراقي في قانون التنفيذ، بان تلجأ دائرة التنفيذ التي يودع الحكم للتنفيذ فيها الى مخاطبة المحكمة لبيان حقيقة الأمر، ويمكن أن نرجح هذه الوسيلة؛ لأن مثل هذه الافتراضات نادرة وتشمل حالات فردية لا تستحق ان نضحي إزاءها بمبدأ حجية واستقرار الأحكام الحانزة قوة القضية المقضية.

سابعاً: إذا صدر الحكم على شخص طبيعي او اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، وذلك عدا حالة النيابة الاتفاقية هذه الحالة نص عليها المشرع الأردني في المادة (٧/٢١٣) وهي مادة منقولة حرفياً من نص المادة (٧/٢٤١) مرافعات مصري ، وقد اثار هذا النص تساؤلات لدى شراح القانون الاردني حول سبب استثناء حالة النيابة الاتفاقية ، ولكن المسألة الأهم - في اعتقادنا - هي ان هذه الحالة يمكن أن تعالج ضمن الطعن باعتراض الغير الأمر الذي يترتب على النص عليها في باب إعادة المحاكمة ان نصبح إزاء طريقين للطعن في الموضوع نفسه ، وهو امر يولد الازدواجية والارباك . ومادام المشرع الاردني قد

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

نص على اعتراض الغير كأحد طرق الطعن بالأحكام فما الحاجة الى النص على هذه الحالة عن طريق إعادة المحاكمة ، وإذا كان للمشرع المصري العذر في إيراد هذا الحالة كسبب لإعادة المحاكمة بعد ان هجر اعتراض الخارج عن الخصومة من طرق الطعن . وحتى في مجال التشريع المصري - النافذ - فان بعض الشراح قد انكر على المشرع النص على هذه الحالة كسبب لالتماس إعادة النظر، لانهم وجدوا ان هذه الحالة يمكن معالجتها وفق القواعد العامة دون حاجة لنص خاص؛ إذ ما دام الخصم لم يكن ممثلاً في الدعوى فان القواعد العامة في الأحكام تعد الحكم باطلاً في هذه الحالة، مما لا يمكن الاحتجاج به تجاهه. ويشير الدكتور نبيل اسماعيل عمر^{٢٣١} إلى ان " الحكم الصادر على شخص لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى ، يعتبر في صحيح النظر حكماً باطلاً ، وذلك لأن المحكوم عليه في مثل هذه الحالة يعتبر وكأنه لم يكن طرفاً في الخصومة، فيختلف بذلك الشخص الصادر عليه الحكم، وبالتالي كان من الجائز الاكتفاء بالقول بعدم صحة هذا الحكم ، وذلك حين يحتج به على من لم يمثل في الدعوى الصادرة فيها وبالتالي تكفي نسبية آثار الأحكام القضائية في هذا المجال للاقتصاد في الاجراءات وعدم الحاجة الى مهاجمة هذا الطعن عن طريق الطعن فيه بالتماس إعادة النظر ". أما المشرع الأردني فانه لم تكن به حاجة - أساساً للنص على هذه الحالة لكونها يمكن أن تدخل - كما بينا - ضمن حالة اعتراض الغير. إذ لو نظرنا إليها من خلال نظام اعتراض الغير الأصلي ونظام إعادة المحاكمة لوجدنا ان الأمر هو نفسه مما لا يعقل أن يعالج المشرع الموضوع نفسه بطريقتين من طرق الطعن ؛ لذلك فان إلغاء الفقرة السابعة من نص المادة (٢١٣) من قانون اصول المحاكمات الأردني يعد أمراً لا بد منه وان تترك معالجة هذه الحالة ضمن احكام اعتراض الغير الأصلي. ومن الجدير بالإشارة ان

^{٢٣١} عمر ، التماس إعادة النظر ، ٢١٦ وما بعدها .

بعض شراح قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني^{٢٣٢} يتجه الى ضرورة حذف هذه المادة ولكن لسبب آخر، وهو ان هذه الحالة يمكن معالجتها عن طريق الطعن التمييزي فقط^{٢٣٣}. حيث انه يمكن الاستناد - في رأيهم - الى نص المادة (١٩٨) من اصول المحاكمات المدنية الأردني التي حددت حالات الطعن بالتمييز ، ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على انه " إذا وقع بطلان في الحكم او بطلان في الاجراءات اثر في الحكم " وبما ان الأحكام الصادرة ممن لم يمثل تمثيلاً صحيحاً باطلة فبالتالي يجوز الطعن بها بطريق التمييز، فضلاً عن امكانية شمول الموضوع بنص الفقرة السادسة من المادة ذاتها والتي تنص على انه "إذا كان في الحكم والاجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون، " ومما لاشك فيه ان الحكم الصادر على من لم يمثل تمثيلاً صحيحاً ينطوي على مخالفة واضحة للقانون^{٢٣٤}. وبالتالي يخضع للطعن التمييزي، وفي جميع الاحوال وبناء على الحجج المشار اليها، فان النص الذي أورد هذه الحالة ينبغي الغاءه.

ثامناً: إذا صدر بين الخصوم أنفسهم وبذات الصفة والموضوع حکمان متناقضان هذه الحالة وردت في الفقرة (٨) من المادة (٢١٣) وهي بطبيعة الحال تحتاج إلى وقفة تأمل، ذلك ان صدور حكمين مختلفين من محكمتين مختلفتين سوف يثير التساؤل حول اي من المحكمتين هي التي تختص بنظر الطعن بإعادة المحاكمة ، ثم انه إذا نظرت احدى المحكمتين طلب إعادة المحاكمة فكيف يكون لها سلطان لإبطال الحكم الآخر الصادر من محكمة أخرى والمكتسب قوة القضية المقضية ، أي أن حكم المحكمة - التي تنظر دعوى إعادة المحاكمة - سوف يطال حتى الحكم التمييزي

^{٢٣٢} رمزي سيف، الوسيط، ٨٦٩.

^{٢٣٣} راجع : منصور ، إعادة المحاكمة ، ٧٣ ؛ العبودي ، شرح احكام ، ٤٢٥ .

^{٢٣٤} راجع : د. انيس منصور مرجع سابق ، ص ٧٣ ؛ د. عباس العبودي ، ص ٤٢٥

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الصادر في القضية الثانية، وهو أمر لا يمكن قبوله في أي نظام قانوني لأنه يمس مبدأ حجية الأحكام في الصميم، ثم كيف يسمح المشرع بايجاد وسيلة تمكن محكمة ابتدائية من ابطال حكم قطعي مصدق تمييزاً صادر عن محكمة أخرى غير المحكمة التي أصدرته؟ وما الحل لو تقدم كل واحد من الخصمين بطلب إعادة المحاكمة لدى إحدى المحكمتين؟ لذلك فإن الحل في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يترك إلى محاكم البداية عن طريق إعادة المحاكمة؛ بل نقترح أن يتبنى التشريع الأردني الاتجاه الذي سبق للمشرع العراقي، وإن أخذ به بإيداع الحكيم الى محكمة التمييز لترجح احدهما، وهو ما يدفعنا للتوصية بإلغاء نص الفقرة (٨) من المادة (٢١٣) وتشريع نص يماثل نص المادة (٢١٧) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الذي جاء فيه: "يجوز للخصوم ولرؤساء دوائر التنفيذ أن يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم انفسهم. وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجح أحد الحكمين وتامر بتنفيذه دون الحكم الآخر وذلك بقرار مسبب".

والحقيقة ان الحل الذي نشير اليه ليس غريباً على المشرع الاردني ، اذ سبق للمشرع الأردني وان أشار اليه في قانون تشكيل المحاكم النظامية الاردنية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٢ ، والذي نص في المادة (١١ فقرة و) على " عند صدور حكمين قطعيين متناقضين من محكمتين مختلفتين ، تختص محكمة التمييز في تقرير أي الحكمين واجب التنفيذ ما لم يكن أحد الحكمين قد تم تنفيذه " . وقد ذهب جانب من الفقه الى إمكانية معالجة هذه الحالة عن طريق النص المذكور بان يترك لمحكمة التمييز أمر البت بأي من الحكمين واجب التنفيذ في حين يذهب اتجاه اخر إلى ان هذه المادة تتحدث عن الاختلاف في الاختصاص بين جهات القضائية مختلفة، كأن يكون بين محكمة

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

نظامية وأخرى دينية وليس بين محاكم تابعة لذات الجهة القضائية^{٢٣٥}. ولكون الإتجاه الأخير هو الأدق والأرجح كونه ينسجم مع قواعد التفسير التي تقضي بالنظر لنصوص القانونية ككل وليس على إنفراد، فإن الأمر يحتاج الى تدخل المشرع .

كما يمكن النظر للموضوع من زاوية أخرى وهي ان صدور حكمين متناقضين لا يحتاج أساساً لإعادة محاكمة لسبب بسيط هو ان الحكم الثاني يعد معدوم قانوناً؛ لأنه إذا صدر الحكم الأول وحاز قوة القضية المقضية فانه يعد حجة بما قضى به، وكل ما يصدر خلافاً له يعد معدوماً، مما لا يحتاج الأمر الى إعادة محاكمة ، بل إلى جهة قضائية لتشير على دوائر التنفيذ بان الحكم الثاني معدوم وغير قابل للتنفيذ .

^{٢٣٥} راجع : انيس منصور ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ . وانظر عكس ذلك عباس العبودي ، شرح احكام ، ٤٢٦ ؛ د. مفلح القضاة ، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، ط ١ ، طبع دار الثقافة ، عمان ، ١٩٨٨ .

الخاتمة

يمكن من خلال بحثنا لموضوع الطعن بطريق إعادة المحاكمة ان نورد النتائج والتوصيات الآتية :

أ - النتائج :

اولاً : ان إعادة المحاكمة هو طريق غير اعتيادي - استثنائي - من طرق الطعن لم تأخذ به جميع التشريعات المعاصرة بل بعضها فقط ، وإن حالات إعادة المحاكمة لا يجوز القياس عليها .

ثانياً : ان التشريعات المعاصرة التي أخذت بنظام إعادة المحاكمة اختلفت في تعدادها للحالات التي يجوز طلب إعادة المحاكمة على ضوئها، وهناك اختلافات بين نصوص القوانين المقارنة عند تعدادها لحالات إعادة المحاكمة فبعض منها كان اكثر تشدداً ، فتبنى اربع حالات فقط وأخرى ست حالات وغيرها ثماني .

ثالثاً: ما زال الفقه يناقش جدوى الطعن بإعادة المحاكمة، وامكانية تضيق نطاقه؛ بل ينصب النقاش أحياناً على الخشية من ضرره بنظام التقاضي نفسه وبمبدأ استقرار وحجية الأحكام .

رابعاً: عند الموازنة بين الاراء المشار اليها في ثنايا هذا البحث توصلنا للاتي : نجد ان الطعن بإعادة المحاكمة ضروري، إذا كنا بصدد غش اكتنف الدعوى الأصلية، ففي هذه الحالة لانكون ازاء ضرر لحق مصلحة خاصة تتعلق بشخص معين؛ بل ان ضرره يمس نظام التقاضي نفسه وسلامته وشفافيته، مما يتعين في مثل هذه الحالة الابقاء على نظام إعادة المحاكمة لمعالجة ما سببه الغش من اضرار بالصالح العام وبمصلحة احد اطراف الدعوى في الوقت نفسه، هذا من جهة، ومن جهة اخرى نجد ان بقية حالات إعادة المحاكمة، أما ان تكون مجرد تطبيقات للغش، بحيث لا تحتاج الى ايراد نص خاص بها، ويترك أمر معالجة ما تنطوي عليه من

أضرار إلى النص الخاص بالغش، أو يمكن معالجتها باتباع طرق الطعن الأخرى كالتمييز أو اعتراض الغير، أو انها تمثل حالات نادرة جداً لحق فيها ضرر بمصلحة خاصة لشخص معين لسبب قد يعود لإهماله في متابعة حقوقه وطلباته، أو بسبب عدم متابعته وتدقيقه ما يطرحه خصمه من أدلة، فانه يتعين في هذه الحالة ترجيح مبدأ استقرار الحكم القضائي وحجيته على ما قد يصيب حالات فردية من ضرر شخصي - كان ممكن تداركه بالحيطه والحذر - أسوة بالعلة التي استند اليها المشرع عند اخذه بنظام التقادم المسقط، فمثل هذه الحالات قليلة الأهمية لا تستحق التوضيح بمبدأ استقرار التقاضي وحجية الأحكام.

ب : التوصيات :

أولاً : الإبقاء على حالة الغش كسبب من اسباب إعادة المحاكمة؛ لأن حالة الغش هي الاخطر من بين جميع حالات إعادة المحاكمة ، ولا ترتبط فقط بخسارة مالية تلحق الخصوم بل تقوم - كما ذكرنا - على استخدام سوء النية اثناء التقاضي وبالتالي فهو يخل بنظام التقاضي نفسه.

ثانياً: حصر نظام إعادة المحاكمة بأضييق الحدود وذلك احتراماً وترجيحاً لمبدأ استقرار وحجية الأحكام، وذلك بالغاء الحالات المنصوص عليها بالفقرات (٢ - ٨) من المادة (٢١٣) اصول محاكمات مدنية اردني.

ثالثاً: معالجة تشريعية تسمح بطلب إعادة المحاكمة، إذا كان الحكم قد صدر عن محكمة التمييز بوصفها محكمة موضوع؛ لان العلة ذاتها التي تكون قد تحققت لطلب إعادة المحاكمة بتوفر احدى الحالات المنصوص عليها في القانون قد تتحقق في الحكم الصادر عن محكمة التمييز. ونقترح النص الآتي: " يجوز للخصوم ان يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية شرط أن يكونوا قد استنفدوا طرق الطعن الاعتيادية، في إحدى الحالات الآتية : "

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

رابعاً : أن ينص القانون الأردني على انه لا يجوز لطالب إعادة المحاكمة استخدام هذا الطريق، إلا إذا كان قد استنفد جميع طرق الطعن المعتادة؛ لأن من يهمل إتباع طرق الطعن المعتادة غير جدير أن يكون مشمولاً بإتباع طرق الطعن الاستثنائية. ونقترح النص الآتي : " يجوز للخصوم ان يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية شرط ان يكونوا قد استنفذوا طرق الطعن الاعتيادية ، بإحدى الحالات الآتية : "... .

خامساً : لكون طريق إعادة المحاكمة طريق استثنائي فانه يتعين النص في القانون على وجوب تقديم المدعي كفالة مالية عند طلبه وقف تنفيذ الحكم وان تكون هناك خطورة جدية بان يتسبب التنفيذ بضرر جسيم يلحق بالمدعي.

سادساً : لذات العلة المشار اليها في الفقرة السابقة، وللاستيثاق من جدية طلب إعادة المحاكمة يتعين التشدد في موضوع الغرامة وجعلها بحددين ليعطى القاضي السلطة في اختيار الحد المناسب، لكل حالة، على وفق درجة الاخلال التي يلحظها في طلب إعادة المحاكمة.

قائمة المراجع :

أولاً : المراجع العربية :

١. ابو الوفا ، احمد ، *المرافعات المدنية والتجارية* ، مصر ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، .
٢. انطاكي ، رزق الله ، *اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية* ، ط ٧ ، سوريا : منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٤ .
٣. خالد ، انيس منصور ، *إعادة المحاكمة في قانون اصول المحاكمات الاردني* : رسالة ماجستير الجامعة الاردنية : كلية الحقوق ، ١٩٩٧ .
٤. رمزي ، سيف ، *الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية* ، مصر : دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨-١٩٦٩ .
٥. والي ، عوض احمد ، *الوجيز في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني* ط ١ ، الاردن : دار وائل للنشر ، ٢٠٠٧ .
٦. سلحدار ، صلاح الدين ، *أصول المحاكمات المدنية* ، ط ١ ، سوريا ، منشورات جامعة حلب ، ١٩٩٧ .
٧. الشابي ، بلقاسم القروي ، *مجلة المرافعات المدنية والتجارية* ، تونس : مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله للنشر والتوزيع ، ١٩٨٠ .
٨. الشواربي ، عبد الحميد ، *التعليق الموضوعي على قانون المرافعات ج ٨* ، الاسكندرية : منشأة المعارف ، د.ت .
٩. الصاوي ، أحمد السيد ، *الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية* ، مصر : مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨١ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

١٠. الصرايرة ، إبراهيم ، النظام القانوني لإعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث- العلوم الانسانية المجلد ٢٦ (٧) ٢٠١٢.

١١. العشماوي ، محمد عبد الوهاب، قواعد المرافعات في التشريع المصري /المقارن ، ج ٢ ، القاهرة : المطبعة النموذجية ، ١٩٥٨.

١٢. عمر، نبيل اسماعيل ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصر : دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٦.

١٣. عمر، نبيل اسماعيل ، الطعن في التماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية ، (الاسكندرية : منشأة المعارف ١٩٨٠).

١٤. فليح، نجلاء توفيق، تسبيب للاحكام المدنية "دراسة مقارنة " ، مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ / ع ١٤ ع ١٥ .

١٥. فودة ، عبد الحكم، حجية وقوة الأمر المقضي في ضوء مختلف الاراء الفقهية واحكام محكمة النقض، مصر : دار الفكر والقانون / المنصورية، ٢٠٠٦.

١٦. القاضي، منير، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بغداد : مطبعة العاني، ١٩٥٧.

١٧. القضاة ، مفلح ، اصول المحاكمات المدنية والتنظم القضائي ، ط ١ ، عمان : طبع دار الثقافة ، ، ١٩٨٨.

١٨ . الكيلاني ، محمود ، موسوعة القضاء المدني - شرح قانون اصول المحاكمات المدنية ، عمان : دار الثقافة ، ٢٠١٢.

١٩. والي، فتحي، قانون القضاء المدني اللبناني ، ط ١ ، بيروت : دار النهضة العربية، ١٩٧٠ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

٢٠. وجدي، راغب، مبادئ القضاء المدني في قانون المرافعات، طه، القاهرة:
دار الفكر العربي، ١٩٦٨.
ثانياً : المراجع الاجنبية :

1. Code de procédure civile , Version consolidée au 30 mai 2014
Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975. available at :
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410938&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=19760101>> (1 June 2014)
2. Cour de cassation, chambre civile 2, Civ. 2e, 30 janv. 2014, n°12-28.323, dalloz.Available at:
<http://actu.dalloz-estudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MARS_2014/Civ_30_janv_2014_12-28.323_Publie_au_bulletin.pdf> (1 June 2014).
3. **ENCYCLOPÉDIE OU DICTIONNAIRE RAISONNÉ , DES SCIENCES, DES ARTS ET DES MÉTIERS ,** Demandeur en requête civile ,2001, 4:805 TheUniversity of Chicago. available at :
<http://portail.atilf.fr/cgi-bin/getobject ?a.29:184:5./var/artfla/encyclopedia/textdata/IMAGE/>> (28 June 2014).
4. Jean Vincent et serge Guinchord, procedure civile ,(france:dalloz , 1991)
5. Léon, HOUNBARA KAOSSIRI, Le recours en revision (Republic of Cameroon: Nagoundéré - DEA en droit privé fondamental 2009) Memoireonlin.available at:

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ – المجلد (١٢) العدد الثماني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦ .

<http://www.memoireonline.com/07/09/2307/m_Le-recours-en-revision0.html>(6/7/2014)

6. Procédure civile , Recours en révision : une recevabilité sous condition, 13 mars 2014, DALLOZ 2014. available at : <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.h> > (11may, 2014).
7. Recours en révision : une recevabilité sous condition Civ. 2e, 30 janv. 2014, n°12-28.323 <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/recours-en-revision-une-recevabilite-sous-condition/h/6aeabac83d237fe3748ad18612a16cee.htm>>l(13 mars 2014).
8. Cour de cassation ,chambre civile 2, Audience publique du jeudi 21 février 2013,N° de pourvoi: 12-14440, legifrance, available at : <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do;jsessionid=7F01520D81E28615C2787B809CCCECD8.tpdjo02v_2 > (1januray2014).

التَّنْظِيمُ الْقَانُونِيُّ لِلتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ^٤

فِي ضَوْءِ قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتَرُونِيَّةِ الْأُرْدُنِيِّ رَقْم (١٥) لِسَنَةِ

(٢٠١٥)

(دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ)

الدُّكْتُورُ عِمَارُ الرَّوَّاشِدِ

أُسْتَاذُ مُسَاعَدٍ - كَلْبَةِ الْحُقُوقِ - جَامِعَةُ جَرَشِ

مُلَخَّصُ

يَعُدُّ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِي أُحَدَ اسْتِحْقَاقَاتِ مَرَحَلَةِ التَّطَوُّرِ التِّكْنُولُوجِي رَفِيعِ الْمُسْتَوَى الَّذِي بَلَغَهُ الْعَالَمُ فِي الْوَقْتِ الْحَاضِرِ، وَ الَّذِي يَسْتَعْدُّ فِي اِبْرَامِ الْعُقُودِ وَالْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ نَتِيجَةَ لِقِيَامِ مُعْظَمِ التَّعَامَلَاتِ الْمَالِيَّةِ وَالتَّجَارِيَّةِ بِوَاسِطَةِ الْكِتَابَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَالْمُحَرَّرَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ، هَذَا الْبَدِيلُ الَّذِي حَلَّ مَحَلَّ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ لِلتَّوَأْفُقِ مَعَ طَبِيعَةِ التَّعَاقُّدَاتِ وَالْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الَّتِي تَتِمُّ بِوَسَائِلِ التَّقْنِيَّةِ الْحَدِيثَةِ.

وَمِنْ هُنَا جَاءَتْ اَهْمِيَّةُ هَذَا الْمَبْحَثِ لِلتَّعَرُّفِ عَلَى هَذَا الْمُنْتَجِ الْجَدِيدِ مِنْ خِلَالِ بَيَانِ مَدَى كِفَايَةِ الْقَوَاعِدِ الْقَانُونِيَّةِ لِتَنْظِيمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي وَهَلْ لَهُ حُجِّيَّةٌ بِالْإِثْبَاتِ تُضَاهِي حُجِّيَّةَ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ فِي ظِلِّ قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ رَقْم (١٥) لِسَنَةِ ٢٠١٥ مِنْ خِلَالِ بَيَانِ أَنْوَاعِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي الَّتِي يَجِبُ أَنْ تَتَوَافَرَ فِيهِ شُرُوطُ مُعِينَةٍ حَتَّى يَتِمَّ إِضْفَاءُ الْحُجِّيَّةِ الْقَانُونِيَّةِ عَلَى التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي وَسَيَتِمُّ ذَلِكَ مِنْ خِلَالِ التَّعَرُّفِ عَلَى مَا هِيَ التَّوْقِيعُ وَدَوْرِهِ فِي الْإِثْبَاتِ وَصُورِهَا إِلَى التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي وَخَصَائِصِهِ وَوُضَائِفِهِ فِي الْمَبْحَثِ الْأَوَّلِ كَمَا تَنَاقُلُنَا فِي الْمَبْحَثِ الثَّانِي صُورَ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي.

Abstract

Legal regulation of electronic signature Dr. Ammar Rawashdeh

The electronic signature a technological development a high level that the world reached at present stage benefits, and which is used to conclude contracts and electronic transactions as a result of most of the financial and commercial transactions by electronic writing and electronic editors, this alternative, which replaced the traditional signature for compatibility with the nature of the contracts and electronic transactions which is made by means of modern technology.

Hence the importance of this research to learn about this new product through the statement of the adequacy of the legal rules to regulate the electronic signature was whether his authoritative proof comparable Authentic traditional signature under the Electronic Transactions Law No. (15) for the year 2015 through a statement sorts of electronic signature that must be available where certain conditions until the legal authentic imparted on the electronic signature will be done through identifying what the sign and its role in the proof down to the mail and its characteristics and functions of the signing of the first section as we dealt with in the second section images of the electronic signature.

Keyword: electronic signature, commercial, role, Electronic.

المُقَدِّمَةُ

يَعْتَبِرُ مَوْضُوعُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ، الَّذِي تَمَّ تَعْرِيفُهُ بِأَنَّهُ بَيِّنَاتٌ فِي شَكْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ مُدْرَجَةٍ فِي رِسَالَةٍ بَيِّنَاتٍ أَوْ مُضَافَةٍ إِلَيْهَا أَوْ مُرْتَبِطَةٌ بِهَا مِنْطَقِيًّا، يُجَوِّزُ لَتُعْيِينَ هُوِيَّةِ الْمَوْقِعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى رِسَالَةِ الْبَيِّنَاتِ وَلِبَيَانِ مُوَافَقَةِ الْمَوْقِعِ عَلَى الْمَعْلُومَاتِ الْوَارِدَةِ فِي رِسَالَةِ الْبَيِّنَاتِ " فَهُوَ لَا يَتَّخِذُ هَذَا الْوَصْفَ إِلَّا مِنْ الْوَسِيلَةِ الْمُسْتَعْمَلَةِ لِاجْرَاءِهِ، وَمِنْ الْمَجَالِ الَّذِي يَتِمُّ فِيهِ فَهُوَ يَتِمُّ بِوَسَائِلِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ كَالرَّسَائِلِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الْمُتَبَادِلَةِ عِبْرَ الْبَرِيدِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ، وَفِي الْفَضَاءِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ أَوْ الْبِنَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الْمُسَمَّاةِ (Internet)، وَإِذَا كَانَتْ الْفَرْضِيَّةُ الثَّابِتَةُ أَنَّ كُلَّ مُحَرِّرٍ يَرْتَبُ إِثَارًا قَانُونِيَّةً مُعَيَّنَةً، وَأَنَّ الْقَانُونَ يَرْتَبُ عَلَى هَذِهِ الْمَسَائِلِ الْمَادِيَّةِ أَحْكَامًا قَانُونِيَّةً مُعَيَّنَةً، فَإِنَّ مِنَ الضَّرُورَةِ الْمُلْحَةَ مَعْرِفَةَ أَنْوَاعِهِ وَشُرُوطِهِ، وَذَلِكَ فِي ظِلِّ الْعَالَمِ الْمَادِيِّ الْإِفْتِرَاضِيِّ غَيْرِ مُحْسُوسٍ.

وَبِالنَّالِي فَإِنَّ إِشْكَالِيَّةَ هَذَا الْبَحْثِ تَتَمَثَّلُ فِيمَا يَلِي:

بَيَانِ اشْكَالِ وَصُورِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الَّتِي تَعَدَّدَتْ وَتَتَوَعَّاتُ فِي ظِلِّ هَذَا التَّطَوُّرِ التَّكْنُولُوجِيِّ الْمُسْتَمِرِّ وَالِدَائِمِ هَذَا أَوَّلًا لِلتَّعَرُّفِ عَلَى مَنْ تَتَوَافَرُ فِيهِ الشُّرُوطُ الْوَاجِبُ تَوَافُرُهَا فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الَّتِي اسْتَوْجَبَتْهَا مُعْظَمُ التَّشْرِيعَاتِ فِي كَافَّةِ قَوَانِينِهَا وَأَنْظَمَتِهَا مِنْ أَجْلِ إِضْفَاءِ الْحُجَّةِ الْقَانُونِيَّةِ عَلَيْهَا فِي الْإِثْبَاتِ هَذَا ثَانِيًا وَصُورًا إِلَى أَفْضَلِ هَذِهِ الْإِشْكَالِ وَالصُّوَرِ الَّتِي تَتَحَقَّقُ فِيهَا هَذِهِ الشُّرُوطُ فِيهَا مِنْ أَجْلِ تَحْقِيقِ قَدْرِ عَلَى مِنَ الْمَوْثُوقِيَّةِ وَالْإِمَانِ فِي التَّعَامُلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ هَذَا آخِرًا.

مِنْ خِلَالِ هَذَا الْبَحْثِ سَيَتِمُّ الْإِجَابَةُ عَنْ تِلْكَ التَّسْأُولَاتِ بِدَرَأَسَةِ الْقَوَاعِدِ الْخَاصَّةِ بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ فِي ضَوْءِ الْأَحْكَامِ الْعَامَّةِ لِلتَّوْقِيعِ،

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وَنَظَرًا لِأَهْمِيَّةِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ فِي الْوَقْتِ الْحَاضِرِ وَلِقَلَّةِ الدَّرَاسَاتِ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ فِي الْأُرْدُنِ خَاصَّةً اخْتَرْنَا هَذَا الْمَوْضُوعَ لِبَحْثِنَا وَسَيَتَمُّ دَرَاْسَةُ إِغْلِبِ جَوَانِبِ هَذَا الْمَوْضُوعِ فِي هَذَا الْبَحْثِ بِدَاءٍ " مِنْ الْوُقُوفِ عَلَى التَّوْقِيعِ وَتَعْرِيفِهِ وَالتَّعَرُّفِ عَلَى خِصَائِصِهِ وَصُورِ الْوُقُوفِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ وَبَيِّنَ مَا هِيَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتَرُونِيُّ عَنْ طَرِيقِ تَعْرِيفِهِ وَالْوُقُوفِ عَلَى شُرُوطِهِ ثُمَّ فِي الْمَبْحَثِ الثَّانِي سَيَتَمُّ بَيَانُ أَنْوَاعِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ.

الْمَبْحَثُ الْأَوَّلُ: تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ.

الْمَبْحَثُ الثَّانِي: - أَنْوَاعُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ.

الْمَبْحَثُ الْأَوَّلُ

تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ.

إِنْ ثَوْرَةُ الْإِنْتَرْنِتِ الَّتِي بَرَزَتْ فِي هَذَا الْقُرْنِ، كَانَتْ الدَّافِعُ الَّذِي دَعَا جَمِيعَ الدُّوَلِ إِلَى مُسَايَرَةِ التَّطَوُّرِ التَّقْنِيِّ وَالتَّكْنُوْلُوجِيِّ وَتَجْسِيدِهِ فِي مَجَالَاتِ الْحَيَاةِ كُلِّهَا، وَخُصُوصًا فِي الْمَعَامَلَاتِ التِّجَارِيَّةِ الَّتِي تَعْتَمِدُ اعْتِمَادًا أَسَاسِيًّا عَلَى شَبَكَةِ الْإِنْتَرْنِتِ لِلْقِيَامِ بِمَعَامَلَاتِهَا التِّجَارِيَّةِ وَصِفَقَاتِهَا التِّجَارِيَّةِ مِنْ خِلَالِ وَسَائِلِ التَّكْنُوْلُوجِيَا الْحَدِيثَةِ وَالْوَثَائِقِ الْإِلِكْتَرُونِيَّةِ الَّتِي تَرْتَكِزُ عَلَى التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ بِإِعْتِبَارِهِ أَحَدَ وَسَائِلِ ضَمَانِ لِمَوْثُوقِيَّةِ هَذِهِ الْمُسْتَنْدَاتِ، مِنْ خِلَالِ التَّعْبِيرِ عَنْ إِرَادَتِهِمْ بِالْوَفَاءِ وَالْإِلْتِمَامِ بِمَا تَمَّ إِبْرَامُهُ مِنْ عَقُودِ الْكُتْرُونِيَّةِ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا التَّوْقِيعَ يَعْذُّ مَعْرَفًا وَمُحَدِّدًا لِهَوِيَّةِ الْمُتَعَاقِدِ وَمُعَبِّرًا عَنْ إِرَادَتِهِ فِي الْإِلْتِمَامِ، الْأَمْرُ إِلَيْهِ يُحَقِّقُ الْأَمَانَ وَالطَّمَانِيَّةَ مِنْ خِلَالِ قُدْرَةِ كَلَا مِنْ الْمُتَعَاقِدِينَ مِنَ التَّأَكُّدِ مِنْ هَوِيَّةِ الْمُتَعَاقِدِ الْآخَرِ، حَيْثُ أَنَّ الْمَخَاطِرَ النَّاجِمَةَ عَنْ عَدَمِ اجْتِمَاعِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِمَجْلِسٍ وَاحِدٍ تَتَلَّاشُ، مِنْ خِلَالِ هَذَا التَّوْقِيعِ نَظَرًا لِمَا يَقُومُ بِهِ مِنْ دُورٍ وَظِيْفِيٍّ يُقَابِلُ الدُّورَ الْوُظَيْفِيَّ لِلتَّوْقِيعِ الْعَادِيِّ الْمُمَثِّلِ بِالْمَوْثُوقِيَّةِ فِي التَّعَامُلِ

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

مِنْ خِلَالِ تَحْدِيدِ هُويَّةِ الْمُتَعَامِلِينَ وَالتَّعْبِيرِ عَنْ إِرَادَتِهِمْ بِالْإِلْتِزَامِ بِمَضْمُونِ التَّعَامُلِ الَّذِي تُمَّ التَّوْقِيعُ عَلَيْهِ. وَإِثْبَاتِ رِضَائِهِ بِمَا وَرَدَ فِي الْوَثِيقَةِ الَّتِي تَحْمِلُ تَوْقِيعَهُ ؛ بِمَا يَكُونُ لَهُ دَوْرَ هَامٍ فِي مَرَحَلَةِ الْإِثْبَاتِ عِنْدَ نَشُوءِ مُنَازَعَاتٍ بَيْنَ الْأَطْرَافِ الْمُتَعَاقدَةِ.

وَبِنَاءٍ عَلَى مَا سَبَقَ وَنَظَرًا لِأَهْمِيَةِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ سَيُتَمُّ التَّعَرُّفُ عَلَيْهِ مِنْ خِلَالِ بَيَانِ مَا هِيَ التَّوْقِيعُ وَخَصَائِصُهُ فِي الْمَطْلَبِ الْأَوَّلِ وَصُورًا إِلَى التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَشُرُوطُهُ فِي الْمَطْلَبِ الثَّانِي وَخَصَائِصُهُ وَوُظَائِفُهُ الَّتِي اكسبته هَذِهِ الْأَهْمِيَّةُ مِنْ خِلَالِ الْمَطْلَبِ الْأَوَّلِ:

المطلب الاول

تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ وَخَصَائِصُهُ

أ. تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ. عَرَفَهُ الْأَسْتَاذُ (بويلت) التَّوْقِيعَ بِأَنَّهُ: الْكِتَابَةُ الْيَدَوِيَّةُ الَّتِي يَخْتَارُهَا الشَّخْصُ بِمَحْضِ إِرَادَتِهِ لِلتَّعْبِيرِ عَنْ مُوَافَقَتِهِ بِالْإِزَامَةِ بِمَضْمُونِهَا^{٢٣٦}.

وَتَمَّ تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ بِمُوجِبِ أَحْكَامِ قَانُونِ الْبَيِّنَاتِ الْأُرْدُنِيِّ فِي الْمَادَّةِ (١٠) بِأَنَّهُ كُلُّ كِتَابَةٍ مَمْضَاةٍ بِخَطِّ الْيَدِ أَوْ بِصَمَّةٍ إَصْبَعٍ أَوْ خُتْمٍ، يَضَعُهَا الشَّخْصُ عَلَى السَّنَدِ لِلتَّعْبِيرِ عَنْ مُوَافَقَةٍ لَهَا وَرَدَ فِيهِ^{٢٣٧}.

وَعَرَفَهُ الْبَعْضُ أَيْضًا بِأَنَّهُ: "التَّاشِيرُ أَوْ وَضْعُ عَلَامَةٍ عَلَى السَّنَدِ أَوْ بِصَمَّةٍ إِبْهَامٍ لِلتَّعْبِيرِ عَنِ الْقَبُولِ بِمَا وَرَدَ فِيهِ"^{٢٣٨} كَمَا عَرَفَهُ الْبَعْضُ أَيْضًا بِأَنَّهُ "عَلَامَةُ مَخْطُوطَةٍ

^{٢٣٦} Pouillet and vanden, Telebanking, Teleshopping and law, New York, 1988.p.6.

^{٢٣٧} العبودي، عباس، شرح احكام قانون البيّنات دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص ١١٤ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

مُخْتَصَّةً بِشَخْصٍ اِعْتَادَ أَنْ يَسْتَعْمِلَهَا لِلدَّلَالَةِ عَنْ رِضَاهُ " ٢٣٩ وَبِأَخْذٍ مَا سَبَقَ مِنَ التَّعْرِيفَاتِ فَإِنَّهُ يَتَبَيَّنُ لَنَا أَنَّ هُنَاكَ الْعَدِيدَ مِنَ الْخَصَائِصِ الَّتِي يَتَمَيَّزُ بِهَا التَّوْقِيعُ وَهَذَا مَا سَيَتِمُّ مُنَاقَشَتُهُ وَبَحْثُهُ تَالِيًا.

ب. خصائص التَّوْقِيعِ.

ان مُنَحَ الْمُحَرَّرَاتِ الْقُوَّةَ الثُّبُوتِيَّةَ لِتَتَحَقَّقًا إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَضَمِّنُ التَّوْقِيعِ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِهَا مِنْ أَجْلِ الْقِيَامِ بِالْعَدِيدِ مِنَ الْوُظَائِفِ الَّتِي مِنْ خِلَالِهَا تَبَرُّزُ إِهْمُ خَصَائِصِهَا وَاتِيَّ عَلَى أَهْمِهَا:

١. تَحْدِيدُ هُويَّةِ الْمُوقِّعِ: يَعتَبَرُ تَحْدِيدُ هُويَّةِ الْمُوقِّعِ مِنْ إِهْمِ خَصَائِصِ التَّوْقِيعِ الَّذِي يَعدُّ كَاشِفًا لِشَخْصِيَّةِ صَاحِبِهِ وَمُحَدِّدًا لِدَاتِهِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَقُومَ الشَّخْصُ بِالتَّوْقِيعِ بِعَمَلِيَّةٍ (فَعَلٍّ) التَّوْقِيعِ بِاسْتِخْدَامِ يَدِهِ لِلْقِيَامِ بِهَذَا الْإِجْرَاءِ^{٢٤٠} وَبِالتَّالِيِ لَا يَعتَدُ بِهَذَا التَّوْقِيعِ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَاشِفًا لِشَخْصٍ مُوقِّعِهِ مِمَّا يُؤَثِّرُ سَلْبًا عَلَى حَاجِيَةِ الْمُحَرَّرِ^{٢٤١} وَفِي هَذَا نَصَّ الْمُشَرِّعُ الْأُرْدُنِيِّ فِي نَصِّ الْمَادَّةِ (١٠) مِنْ قَانُونِ النِّبَنَاتِ رَقْمَ (٢٠) لِسَنَةِ ١٩٥٠ وَالْمُعَدَّلَ بِمُوجِبِ الْقَانُونِ الْمُوقَّتِ رَقْمَ (٣٧) لِسَنَةِ ٢٠٠١. عَلَى أَنْ- ((السَّنَدُ الْعَادِيَّ هُوَ الَّذِي يَشْتَمِلُ عَلَى تَوْقِيعٍ مِنْ صَدْرٍ عَنْهُ أَوْ عَلَى خَاتِمَةٍ أَوْ عَلَى بِصْمَةٍ إصْبَعُهُ وَلَيْسَتْ لَهُ صِفَةُ السَّنَدِ الرَّسْمِيِّ ".

^{٢٣٨} العبودي، عباس ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ١٠٨

^{٢٣٩} القاضي، الحجاز، وسيم شفيق، الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ١٣٣

^{٢٤٠} رشدي، محمد السعيد حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مؤسسة دار الكتب، الكويت ١٩٩٨، ص ٤١

^{٢٤١} نشات، احمد، مرجع سابق، ص ١٦٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٢. نِسْبَةُ الْمُسْتَنَدِ إِلَى الْمَوْقِع: بَعْدَ اثْبَاتِ نِسْبَةِ الْمُسْتَنَدِ إِلَى مَوْقِعِهِ فِي حَالِ انْكَرَافِ هَذَا التَّوْقِيعِ تَوْقِيعِيَّةً، يَصْبَحُ مُلْزَمًا قَانُونِيًّا بِمَا تَرْتَبُ عَلَيْهِ بِكُلِّ مَا جَاءَ فِي هَذَا الْمُسْتَنَدِ.

٣. الْمُوَافَقَةُ عَلَى مُحتَوَى الْوَثِيقَةِ الْمَوْقِعَةِ: يَعُدُّ التَّوْقِيعُ - بِأَنْوَاعِهِ الْمُخْتَلِفَةِ - الْوَسِيلَةَ الْوَحِيدَةَ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى التَّغْيِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ وَالْإِقْرَارِ وَالْإِلْتِزَامِ بِالتَّصَرُّفِ الْقَانُونِيِّ بَعْدَ التَّوْقِيعِ عَلَى الدِّعَامَةِ الْمُثَبَّتَةِ لِبَيِّنَاتِ التَّصَرُّفِ^{٢٤٢} وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذِهِ التَّوْقِيعُ كَمَا هُوَ مُتَعَارَفٌ عَلَيْهِ فِي آخِرِ الْوَرَقَةِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى أَنَّ الْمَوْقِعَ مُعْتَرَفٌ بِمَا جَاءَ بِمَا هُوَ مَكْتُوبٌ فِي جَمِيعِ بُنُودِ الْوَرَقَةِ الْوَارِدَةِ فِيهَا، كَمَا أَنَّ عَدَمَ وُجُودِ تَارِيخٍ فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ الْعُرْفِيَّةِ لَا يُوَثِّرُ عَلَى صِحَّتِهِ إِلَّا فِي حَالَاتٍ أُسْتُوجِبَ الْقَانُونُ ذِكْرَ التَّارِيخِ مِنْ ضَمْنِ بَيِّنَاتِهَا، وَعَلَى الرَّغْمِ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ ذِكْرَ التَّارِيخِ مِنَ الْبَيِّنَاتِ الضَّرُورِيَّةِ مِنْ أَجْلِ تَسْهِيلِ مَهْمَةِ الْإِثْبَاتِ وَتَرْتِيبِ الْآثَارِ الْقَانُونِيَّةِ عَلَيْهِ.

أَنْ فَالتَّوْقِيعُ يَعْتَبَرُ الشَّرْطَ الْإِسَاسِيَّ وَالضَّرُورِيَّ لِصِحَّةِ الْوَرَقَةِ الْعُرْفِيَّةِ، الَّذِي يَتَرْتَبُ عَدَمُ إِحْتَوَاءِ الْمُسْتَنَدِ عَلَيْهَا ضِيَاعَ قُوَّتِهَا الْقَانُونِيَّةِ فِي الْإِثْبَاتِ، وَذَلِكَ بِسَبَبِ اسْتِنَادِهَا عَلَيْهِ وَخُذَهَا بِالْإِثْبَاتِ، وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَكْتُوبَةً بِخَطِّ الْيَدِ حَتَّى تَصْلُحَ إِسَاسًا لِلْإِثْبَاتِ^{٢٤٣} وَفِي هَذَا نَصِّ الْمَشْرِعِ الْأُرْدُنِيِّ فِي الْمَادَّةِ (١٠) مِنْ قَانُونِ الْبَيِّنَاتِ رَفَقَ (٢٠) لِسَنَةِ ١٩٥٠ وَالْمُعَدَّلَ بِمُوجِبِ الْقَانُونِ الْمَوْقِفِ رَفَقَ (٣٧) لِسَنَةِ ٢٠٠١. عَلَى أَنَّ - ((السَّنَدَ الْعَادِيَّ هُوَ الَّذِي يَشْتَمِلُ عَلَى تَوْقِيعٍ مِنْ صَدْرٍ عَنْهُ أَوْ عَلَى خَاتَمِهِ أَوْ عَلَى بِصْمَةٍ إِنْصَبَعَهُ وَلَيْسَتْ لَهُ صِفَةُ السَّنَدِ الرَّسْمِيِّ. وَكَذَلِكَ نَصَّتِ الْمَادَّةُ (١١) مِنْ نَفْسِ الْقَانُونِ فِي الْفَقْرَةِ رَفَقَ ١. مِنْ أُخْتَجَّ عَلَيْهِ بِسَّنَدٍ عَادِيٍّ وَكَانَ لَا يُرِيدُ أَنْ يَعْتَرَفَ

^{٢٤٢} المري، عايض راشد عايض، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود

التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٧٦.

^{٢٤٣} السنهاوري - المرجع السابق، ص ١٧٨-١٧٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

بِهِ وَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكَرَ صَرَاحَهُ مَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ مِنْ خَطٍّ أَوْ تَوْقِيعٍ أَوْ خَاتَمٍ أَوْ بَصْمَةٍ وَإِلَّا فَهُوَ حَجَّةٌ عَلَيْهِ بِمَا فِيهِ. وَكَذَلِكَ نَصَّ الْمَشْرِعُ الْمُصْرِئُ فِي الْمَادَّةِ (١٤) مِنْ قَانُونِ الْإِثْبَاتِ عَلَى أَنَّهُ- ((تَعُدُّ الْوَرَقَةُ الْعُرْفِيَّةُ صَادِرَةً مِمَّنْ وَقَعَهَا مَا لَمْ يَنْكَرَ صَرَاحَهُ مَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ مِنْ خَطٍّ أَوْ إِمضَاءٍ أَوْ خُتْمٍ أَوْ بَصْمَةٍ)) وَعَلَيْهِ فَإِنْ أَنْكَرَ صَاحِبَ التَّوْقِيعِ هَذَا الْخَطَّ أَوْ الْإِمضَاءَ أَوْ خُتْمَ أَوْ بَصْمَةَ الْإِصْبَعِ، فَيَقَعُ عِبَاءُ الْإِثْبَاتِ عَلَى الْمُحْتَجِّ بِالْوَرَقَةِ أَنَّهُ صُدِرَتْ مِنْ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ أَمَا إِذَا اعْتَرَفَ فَانْ هَذِهِ الْوَرَقَةُ تَصْبَحُ لَهَا قُوَّةُ الْوَرَقَةِ الرَّسْمِيَّةِ الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْكَارَ هَذَا التَّوْقِيعِ^{٢٤٤}.

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني:

بَعْدَ التَّعَرُّفِ عَلَى التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ مِنْ خِلَالِ بَيَانِ مَا هِيَ التَّوْقِيعُ التَّقْلِيدِيُّ وَخَصَائِصُهُ فَإِنَّا نَطْرَحُ السَّأُولَ التَّالِيَّ هَلْ يَسْتَطِيعُ التَّوْقِيعُ التَّقْلِيدِيُّ مُوََاقَبَةَ التَّطَوُّرَاتِ التَّقْنِيَّةِ فِي ظِلِّ التَّطَوُّرِ الْعِلْمِيِّ وَالتَّكْنُولُوجِيِّ فِي تَقْنِيَّةِ الْإِتِّصَالَاتِ الْحَدِيثَةِ الْمُسْتَعْدَمَةِ فِي الْقِيَامِ فِي التَّعَامُلَاتِ وَإِبْرَامِ الْعُقُودِ، وَ هَلْ يَسْتَطِيعُ هَذَا الْمَفْهُومُ أَنْ يُوََاقِبَ هَذَا التَّطَوُّرَ التَّقْنِيَّ الْإِلِكْتُرُونِي الَّذِي يَعْتَمِدُ عَلَى اسْلُوبٍ مُخْتَلِفٍ عَنِ الْإِجْرَاءَاتِ الْيَدَوِيَّةِ فِي أَحْدَاثِ الْأَثَرِ الْقَانُونِيِّ أَمَا إِنَّا بِحَاجَةٍ إِلَى إِعَادَةِ صِيغَتِ لِهَذِهِ الْمَفَاهِيمِ مِنْ أَجْلِ تَحْقِيقِ الْغَايَةِ وَالْهَدَفِ الَّذِي وَجَدَتْ مِنْ أَجْلِهِ التَّوْقِيعُ فِي إِضْفَاءِ حَاجَةٍ عَلَى هَذِهِ الْمُعَامَلَاتِ وَالْعُقُودِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَهَذَا مَا سَيَتِمُّ الْإِجَابَةُ عَنْهُ تَالِيًا:

بِأَخْذِ مَا نَصَّتْ عَلَيْهِ الْمَادَّةُ (١٠) مِنْ قَانُونِ الْبَيِّنَاتِ الْأُرْدُنِيِّ، فَإِنَّ التَّوْقِيعَ هُوَ الَّذِي يُعْطَى الْقُوَّةُ الْقَانُونِيَّةُ لِلْكِتَابَةِ الْمُدَوَّنَةِ عَلَى الْمُسْتَنَدِ أَوْ الْوَرَقَةِ، وَعَلَيْهِ يَصْبَحُ

^{٢٤٤} السنهوري-المرجع السابق، ص ١٨٩، ١٨٨.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

المَوْقِعُ مُلْزَمًا بِمَا جَاءَ فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى مَا يَتَرْتَبُ لَهُ مِنْ حُقُوقٍ نَتِيجَةُ تَوْقِيعِ هَذَا الْمُسْتَنَدِ أَوْ الْمَعَامَلَةِ، وَعَلَيْهِ وَبِالتَّالِي حَتَّى يَكْتَسِبَ الْمُحَرِّرُ الْإِلِكْتُرُونِي هَذِهِ الْقُوَّةَ لِأَبَدٍ إِنْ يَكُونُ مُسْتَنَدًا إِلَى تَوْقِيعِ يُسَمَّى بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي. وَبِنَاءً عَلَى مَا سَبَقَ سَيُتِمُّ التَّعَرُّفُ عَلَى هَذِهِ الْآلِيَّةِ وَهَذِهِ الطَّرِيقَةِ الَّتِي ابْتَدَعَتْهَا الْحَاجَاتُ الْمُلْحَةَ وَالضَّرُورِيَّةُ لِمُوَآكَبَةِ هَذَا التَّطَوُّرِ التِّكْنُولُوجِيِّ مِنْ خِلَالِ تَعْرِيفِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي هَلْ اسْتَطَاعَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِي تَحْقِيقُ الْوُظَائِفِ الَّتِي حَقَّقَهُ التَّوْقِيعُ الْعَادِيٌّ وَمَا هِيَ شُرُوطُهُ، وَهَلْ لَهُ حُجِّيَّةٌ فِي الْإِثْبَاتِ تَسَاوِي حُجِّيَّةِ التَّوْقِيعِ الْعَادِي؟ هَذَا مَا سَيُتِمُّ الْجَابَةُ عَلَيْهِ مِنْ خِلَالِ مُنَاقَشَةٍ وَبَيَانِ تَعْرِيفِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي وَتَوْضِيحِ وَظَائِفِهِ وَخَصَائِصِهِ وَشُرُوطِهِ.

الْفَرْعُ الْأَوَّلُ

تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ

لَقَدْ وَرَدَ تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ فِي مُعْظَمِ التَّشْرِيعَاتِ الَّتِي تَنَاقَلَتْ تَنْظِيمُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ: فَعَلَى الصَّعِيدِ الدَّوْلِيِّ عُرِفَتِ الْمَادَّةُ الثَّانِيَّةُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ بِأَنَّهُ: "بَيِّنَاتٍ فِي شَكْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ مُدْرَجَةٍ فِي رِسَالَةٍ بَيِّنَاتٍ أَوْ مُضَافَةً إِلَيْهَا أَوْ مُرْتَبِطَةً بِهَا مَنْطِقِيًّا، يُجَوِّزُ لِتُعَيِّنَ هُوِيَّةَ الْمَوْقِعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى رِسَالَةِ الْبَيِّنَاتِ وَلِبَيَانِ مُوَافَقَةِ الْمَوَاقِعِ عَلَى الْمَعْلُومَاتِ الْوَارِدَةِ فِي رِسَالَةِ الْبَيِّنَاتِ" ^{٢٤٠} يَتَّضِحُ مِنَ التَّعْرِيفِ السَّابِقِ أَنَّ التَّوْقِيعَ الْإِلِكْتُرُونِيَّ عِبَارَةٌ عَنْ بَيِّنَاتٍ فِي شَكْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَهَذِهِ الْبَيِّنَاتُ قَدْ تَكُونُ حُرُوفًا أَوْ رَمُوزًا أَوْ أَرْقَامًا أَوْ أَصْوَاتًا وَغَيْرَهَا مِنْ أَشْكَالِ الْبَيِّنَاتِ وَيَجِبُ أَنْ تَرْتَبِطَ بِالْمُحَرِّرِ أَوْ الرِّسَالَةِ وَأَنْ تُؤَدِّيَ وَظِيفَةَ التَّوْقِيعِ الْعَادِيِّ مِنْ حَيْثُ تَحْدِيدُ هُوِيَّةِ الْمَوْقِعِ وَإِقْرَارِهِ عَلَى مَضْمُونِ الْمُحَرِّرِ أَوْ الرِّسَالَةِ أَيْ إِنَّهُ حَدَدَ وَظَائِفُ التَّوْقِيعِ

^{٢٤٠} عُرِفَتِ الْمَادَّةُ الثَّانِيَّةُ مِنْ قَانُونِ الْأُونِسْتِرَالِ بِشَأْنِ التَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ لِسَنَةِ ٢٠٠١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الالكتروني كما انه من الملاحظ على هذا التعريف انه ترك المجال مفتوح لاستخدام وسائل متنوعة ومختلفة شريطة تحديد الغاية والهدف من وجود التوقيع.

وايضا تم تعريفه عرفه بأنه: "بيانات بشكل إلكتروني ترتبط او تتصل منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى وتستخدم كطريقة للتحقق منها"^{٢٤٦}.

اما على صعيد الفقه فقد عرفه البعض بأنه: "بيان مكتوب بشكل إلكتروني، يتمثل بحرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة، ينتج عن اتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الالكتروني (رسالة البيانات) للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضا بمضمونه"^{٢٤٧}

وتم تعريفه ايضاً بأنه "مجموعة من الرموز والأرقام أو الحروف الإلكترونية التي تدل على شخصية الموقع دون غيره"^{٢٤٨} وعرفه البعض بأنه: "مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتبع استخدامها، عن طريق الرموز أو الأرقام إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً يجري تشفيره باستخدام زوج مفاتيح واحد معلن وآخر خاص بصاحب الرسالة"^{٢٤٩}

^{٢٤٦} وايضاً تعرض التوجيه رقم ٩٣ / ١٩٩٩ والصادر عن البرلمان الأوروبي لتعريف التوقيع الإلكتروني وذلك من خلال المادة الثانية الفقرة الأولى

^{٢٤٧} ابو زيد، محمد محمد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، دون نشر، ٢٠٠٢، ص ١٧١

^{٢٤٨} الجنيهي، منير الجنيهي. ممدوح (٢٠٠٥)، البنوك الإلكترونية، ط ١، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٧٥.

^{٢٤٩} الجنيهي، منير الجنيهي. ممدوح (٢٠٠٥)، البنوك الإلكترونية، ط ١، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٧٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثامن السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وَعَرَفَهُ آخَرُونَ بِأَنَّهُ " كُلُّ تَوْقِيعٍ يَعْينُ صَاحِبَهُ بِشَكْلِ وَاضِحٍ وَدَقِيقٍ ، وَمِنْ ثَمَّ كُلُّ تَوْقِيعٍ يُلْزَمُ صَاحِبَهُ بِمَا وَقَّعَ عَلَيْهِ هُوَ تَوْقِيعٌ " ٢٥٠.

وَعَرَفَهُ الْبَعْضُ الْآخَرُ بِأَنَّهُ: " مَجْمُوعَةٌ مِنَ الْإِجْرَاءَاتِ التَّقْنِيَّةِ الَّتِي تَسْمَحُ بِتَحْدِيدِ شَخْصِيَّةٍ مِنْ تَصْدُرِ عَنْهُ هَذِهِ الْإِجْرَاءَاتِ وَقَبُولِهِ بِمَضْمُونِ التَّصَرُّفِ الَّذِي يَصْدُرُ التَّوْقِيعُ بِمُنَاسَبَتِهِ " ٢٥١.

أَمَّا عَلَى الصَّعِيدِ الْإِقْلِيمِيِّ فَلَقَدْ وَرَدَ تَعْرِيفُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ فِي مُعْظَمِ قَوَانِينِ الْمَعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ نَذْكُرُ مِنْ تِلْكَ الْقَوَانِينِ الَّتِي قَامَتْ بِتَعْرِيفِهِ بِأَنَّهُ " الْبَيِّنَاتُ الَّتِي تَتَّخَذُ شَكْلَ حُرُوفٍ أَوْ أَرْقَامٍ أَوْ رُمُوزٍ أَوْ إِشَارَاتٍ أَوْ غَيْرِهَا وَتَكُونُ مُدْرَجَةً بِشَكْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ أَوْ أَيِّ وَسِيلَةٍ أُخْرَى مُمَاتِلَةٍ فِي السَّجَلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ، أَوْ تَكُونُ مُضَافَةً عَلَيْهِ أَوْ مُرْتَبِطَةً بِهِ بِهَدَفٍ تَحْدِيدِ هُويَّةِ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ وَانْفِرَادِهِ بِاسْتِخْدَامِهِ وَتَمْيِيزِهِ عَنْ غَيْرِهِ وَتُحَدِّدُ شُرُوطُ التَّوْقِيعِ الْمَوْثِقِ ٢٥٢. وَعَرَفَتْهُ الْمَادَّةُ الثَّانِيَّةُ مِنْ نَفْسِ الْقَانُونِ بِأَنَّهُ تَوْقِيعٌ مَكُونٌ مِنْ حُرُوفٍ أَوْ أَرْقَامٍ أَوْ رُمُوزٍ أَوْ صَوْتٍ أَوْ نِظَامٍ أَوْ مُعَالَجَةٍ ذِي شَكْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَمُلْحَقٍ أَوْ مُرْتَبِطٌ مُنْطَقِيًّا بِرِسَالَةٍ إِلِكْتُرُونِيَّةٍ وَمَمْهُورٍ بِنِيَّةٍ تَوْثِيقٍ أَوْ اعْتِمَادِ تِلْكَ الرِّسَالَةِ ٢٥٣.

٢٥٠ شرف الدين ،احمد، التوقيع الإلكتروني وقواعد الاثبات ومقتضيات الأمان في التجارة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الإلكترونية المنعقد في جامعة الدول العربية، مصر، في تشرين الثاني، ٢٠٠٠، ص ٣.

٢٥١ الجنبهيه، منير الجنبهيه .ممدوح(٢٠٠٥)، البنوك الإلكترونية، ط ١، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٧١

٢٥٢ جميعي، حسن عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامه عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص ٣٤.

٢٥٣ القانون الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥ قانون المعاملات الإلكترونية

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وَيَعْرِفُهُ آخَرُ بَأَنَّهُ: بَيَانٌ مَكْتُوبٌ فِي شَكْلِ الْكُتْرُونِي يَتِمَثَّلُ فِي حَرْفٍ أَوْ رَقْمٍ أَوْ رَمَزٍ أَوْ إِشَارَةٍ أَوْ صَوْتٍ أَوْ شَفْرَةٍ خَاصَّةٍ وَمُمَيِّزَةٍ يَنْتُجُ مِنْ اتِّبَاعِ وَسِيلَةٍ أَمْنَةٍ، وَهَذَا الْبَيَانُ يَلْحَقُ أَوْ يَرْتَبِطُ مَنْطَقِيًّا بِبَيِّنَاتِ الْمُحَرِّرِ الْإِلِكْترُونِي لِلدَّلَالَةِ عَلَى هُويَّةِ الْمَوْقِعِ عَلَى الْمُحَرِّرِ وَالرِّضَاءِ بِمَضْمُونِهِ.

وَعَرَفَهُ الْمُشْرِعُ الْفَرَنْسِيُّ فِي الْمَادَّةِ (١٣١٦ / ٤) بَأَنَّهُ: "التَّوْقِيعُ ضَرُورَةٌ لِاتِّمَامِ عَقْدٍ قَانُونِيٍّ يَكْشِفُ عَنْ هُويَّةِ الشَّخْصِ الَّذِي وَضَعَ التَّوْقِيعَ، كَمَا يَعْغُنُ عَنْ رِضَاءِ الْأَطْرَافِ بِالْإِلْتِزَامَاتِ النَّاجِمَةِ عَنِ الْعَقْدِ، وَحِينَمَا يَوْضَعُ التَّوْقِيعُ بِوَسِطَةِ مُوَظَّفٍ عَامٍّ، فَإِنَّ هَذَا التَّوْقِيعَ يُضْفِي عَلَى الْعَقْدِ الطَّابِعَ الرَّسْمِيَّ".^{٢٥٤}

وأيضا عَرَفَ التَّوْقِيعَ الْإِلِكْترُونِيَّ فِي الْفَقْرَةِ (ج) مِنَ الْمَادَّةِ الْأُولَى بَأَنَّهُ مَا يَوْضَعُ عَلَى مُحَرِّرِ الْكُتْرُونِيٍّ وَيَتَّخِذُ شَكْلَ حُرُوفٍ أَوْ أَرْقَامٍ أَوْ رُمُوزٍ أَوْ إِشَارَاتٍ أَوْ غَيْرِهَا وَيَكُونُ لَهُ طَابِعٌ مُتَّفَرِّدٌ يَسْمَحُ بِتَحْدِيدِ شَخْصِ الْمَوْقِعِ وَيُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ". وَقَدْ عَرَفَ الْقَانُونُ الْمُدْنِيَّ فِي لوكسمبورغ التَّوْقِيعَ الْإِلِكْترُونِيَّ عَلَى أَنَّهُ: كُلُّ عَلَامَةٍ صَادِرَةٍ مِنْ شَخْصٍ تَدُلُّ عَلَى اسْمِهِ أَوْ عَلَى أَيِّ خَاصِيَّةٍ مِنْ خُصَائِصِهِ تَعْبُرُ عَنْ رِضَائِهِ بِالتَّعَاقُدِ.^{٢٥٥}

كَمَا ، فَقَدْ عَرَفَ التَّوْقِيعَ الْإِلِكْترُونِيَّ فِي الْمَادَّةِ ١ / ج مِنْهُ بَأَنَّهُ " مَا يَوْضَعُ عَلَى مُحَرِّرِ الْكُتْرُونِيٍّ وَيَتَّخِذُ شَكْلَ حُرُوفٍ أَوْ أَرْقَامٍ أَوْ رُمُوزٍ أَوْ إِشَارَاتٍ أَوْ غَيْرِهَا وَيَكُونُ لَهُ طَابِعٌ مُتَّفَرِّدٌ يَسْمَحُ بِتَحْدِيدِ شَخْصِ الْمَوْقِعِ وَيُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ " ٢٥٦ لِقَدْ حَاوَلَ الْمُشْرِعُ الْمُصْرِِّيُّ مِنْ خِلَالِ هَذَا التَّعْرِيفِ الْجَمْعَ بَيْنَ التَّعْرِيفِ التِّقْنِيِّ وَالتَّعْرِيفِ

^{٢٥٤} قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.

^{٢٥٥} د. إيمان مامون احمد ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٥٢ .

^{٢٥٦} عَرَفَهُ قَانُونُ تَنْظِيمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْترُونِيَّ الْمُصْرِِّيُّ رَقْمَ ١٥ لِسَنَةِ ٢٠٠٤ الْخَاصَّ بِتَنْظِيمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْترُونِيَّ وَبِإِنْشَاءِ هَيْئَةِ تَنْمِيَةِ صِنَاعَةِ تِكْنُولُوجِيَا الْمَعْلُومَاتِ

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثامن السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

الْوُظَيْفِيُّ، فَهُوَ وَظِيفِيٌّ لَّانْه جَاءَ مُحَقِّقًا بِتَمْيِيزِ شَخْصِ الْمَوْقِعِ عَنْ غَيْرِهِ وَتَفْتِيٍّ لَّانْه ذَكَرَ بَعْضُ الْأَشْكَالِ الَّتِي يَتَّخِذُهَا التَّوْقِيعُ وَمِنْهَا الْحُرُوفُ وَالْأَرْقَامُ أَوْ الرُّمُوزُ أَوْ الْإِشَارَاتُ.

إِلَّا إِنْ الْمَشْرَعُ الْمَصْرِِّيُّ مِنْ خِلَالِ هَذَا التَّعْرِيفِ لَمْ يَذْكُرِ الْوُظَيْفَةَ الْآخَرَى لِلتَّوْقِيعِ وَالْمُتَمَثِّلَةَ بِرِضَا الْمَوْقِعِ عَلَى مَا تَمَّ التَّوْقِيعُ عَلَيْهِ وَهُنَا فَقَدْ يَكُونُ الْمَشْرَعُ فَقَدْ افْتَرَضَ إِنْ مُجَرَّدَ قِيَامِ الشَّخْصِ بِالتَّوْقِيعِ هُوَ قَبُولُ وَرِضَا بِمَا جَاءَ بِمَضْمُونِ هَذَا الْعَقْدِ.

أَلَا إِنْ الْبَاحِثُ يَرَى بَانَ الْإِجْدَارِ بِالْمَشْرَعِ الْمَصْرِِّيِّ إِنْ يَنْحَوُّ مَنْحَى الْمَشْرَعِ الْأُرْدُنِيِّ الَّذِي كَانَ أَكْثَرُ دَقَّةً فِي تَحْدِيدِ الْجَانِبِ الْوُظَيْفِيِّ الْمُتَمَثِّلِ بِالتَّعْيِيرِ عَنِ الْإِرَادَةِ وَذَلِكَ مَنَعًا مِنْ أَيْ غُمُوضٍ أَوْ ابْهَامٍ أَوْ نُقْصٍ فَقَدْ يَحْصُلُ فِي تَفْسِيرِ نُصُوصِ الْقَانُونِ.

الْفَرْعُ الثَّانِي

شُرُوطُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ:

يَتَّضِحُ مِنَ التَّعْرِيفَاتِ السَّابِقَةِ ذِكْرَهَا أَنَّ التَّوْقِيعَ الْإِلِكْتَرُونِيَّ حَتَّى يَمْنَحَ ذَاتُ الْحَاجَةِ الْمَقَرَّرَةَ لِلتَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ، يَجِبُ أَنْ تَتَوَافَرَ بِهِ شُرُوطُ مُعَيَّنَةٍ ذَكَرَتْهَا بَعْضُ تِلْكَ التَّشْرِيعَاتِ مِنْ خِلَالِ تَعْرِيفِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ وَتَشْرِيعَاتٍ أُخْرَى أَفْرَدَتْ لَهَا مَوَادَّ خَاصَّةً تَوْضَحُ هَذِهِ الشُّرُوطَ.

وَيَتَّضِحُ مِنْ تِلْكَ التَّشْرِيعَاتِ أَنَّهُ بِالإِضَافَةِ لِلشُّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرُهَا بِالتَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ هُنَاكَ شُرُوطُ أُخْرَى ذَاتُ طَبَاعٍ فَنِّيٍّ وَتَفْتِيٍّ نَابِعَةٍ مِنْ كَوْنِ الْوَسَائِلِ الَّتِي تَسْتَخْدِمُ لِإِنْشَاءِ التَّوْقِيعِ وَإِرْسَالِهِ وَاسْتِقْبَالِهِ وَسَائِلِ الْإِلِكْتَرُونِيَّةِ.

فَقَدْ أُسْتُجِيبَتْ مُعْظَمُ التَّشْرِيعَاتِ وَمِنْهَا الْأُرْدُنِيِّ فِي قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتَرُونِيَّةِ رَقْمَ (١٥) لِسَنَةِ ٢٠١٥ شُرُوطُ مُعَيَّنَةٍ حَتَّى يَعْتَبَرَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتَرُونِيَّ مَحْمِيًا مِنْ

أهم: ان يَكُونْ هَذَا التَّوْقِيعُ مُمَيِّزًا لِصَاحِبِهِ عَنْ غَيْرِهِ بِسِمَاتٍ خَاصَّةٍ وَاَنْ يَحْدَدَ هُوِيَّتَهُ بِشَكْلٍ وَاضِحٍ وَمُحَدَّدٍ دُونَ اَنْ يَكُونْ اَنْ يَحْدَثَ لُبْسٌ اَوْ غُمُوضٌ بِهُويَّةِ صَاحِبِهِ، وَاَنْ يَمْتَلِكَ مِفْتَاحَ خَاصًّا يَكُونُ خَاضِعًا لِسَيْطَرَةِ صَاحِبِهِ وَخُصُوصًا وَقْتُ إِجْرَاءِ التَّوْقِيعِ، بِالإِضَافَةِ اِلَى عَدَمِ اِمْكَانِيَّةِ إِجْرَاءِ أَيِّ تَعْدِيلٍ اَوْ تَغْيِيرٍ عَلَى التَّوْقِيعِ لِإِرتِبَاطِهِ بِالسَّجَلِ الإِلِكْتُرُونِيِّ^{٢٥٧} الَّذِي يُتِيحُ اِمْكَانِيَّةَ الإِطْلَاعِ عَلَى مَعْلُومَاتِ السَّجَلِ الإِلِكْتُرُونِيِّ وَتَخْزِينَهُ وَالرُّجُوعُ إِلَيْهِ فِي أَيِّ وَقْتٍ دُونَ اِحْدَاثِ عَلَى قَيْدٍ اَوْ عَقْدٍ اَوْ أَيِّ مُسْتَنَدٍ اَوْ وَثِيقَةٍ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ يَتِمُّ اِنْشَاءُ أَيِّ مِنْهَا اَوْ تَخْزِينُهَا اَوْ اِسْتِخْدَامُهَا اَوْ نُسْخَاحُهَا اَوْ اِرْسَالُهَا اَوْ تَبْلِغُهَا اَوْ تَسَلُّمُهَا بِاِسْتِخْدَامِ الوَسِيطِ الإِلِكْتُرُونِيِّ^{٢٥٨} الَّذِي يَسْتَعْمَلُ لِتَنْفِيزِ إِجْرَاءِ اَوْ اِلِسْتِجَابَةِ لِإِجْرَاءٍ بِشَكْلٍ تَلْقَائِيٍّ بِقَصْدِ اِنْشَاءِ رِسَالَةٍ مَعْلُومَاتٍ اَوْ اِرْسَالِهَا اَوْ تَسَلُّمِهَا. أَيُّ تَغْيِيرٍ فِي رِسَالَةِ الْمَعْلُومَاتِ الَّتِي تَحْتَوِي الَّذِي لَا يَسْمَحُ بِأَيَّةِ عَمِيلَةٍ مِنْ شَأْنِهَا إِجْرَاءِ اِي تَعْدِيلٍ اَوْ تَغْيِيرٍ^{٢٥٩} فَكَمْ هُوَ مَعْرُوفٌ أَنَّ التَّوْقِيعَ التَّقْلِيدِيَّ يَتِمُّ اِنْشَاؤُهُ أَمَّا بِوَاسِطَةِ الْبَصْمَةِ اَوْ بِأَدَاةٍ مُنْفَصِلَةٍ مِثْلُ الْقَلَمِ اَوْ الْخُتْمِ، كَذَلِكَ الْأَمْرُ بِالنَّسْبَةِ لِلتَّوْقِيعِ الإِلِكْتُرُونِيِّ فَيَتِمُّ اِنْشَاؤُهُ بِوَاسِطَةِ وَسِيطِ الْكُتْرُونِيِّ وَهَذَا الْوَسِيطُ قَدْ يَكُونُ جِهَازُ الْحَاسِبِ الْإِلْيَ اَوْ جِهَازًا مُنْفَصِلًا عَنْهُ مِثْلُ الْبُطَاقَةِ الذِّكِّيَّةِ. حَيْثُ يَنْشَأُ التَّوْقِيعُ وَيَحْفَظُ عَلَى تِلْكَ الْبُطَاقَةِ، وَكَلَّمَا أَرَادَ الشَّخْصُ التَّوْقِيعَ عَلَى مُحَرَّرٍ اَوْ رِسَالَةٍ يَقُومُ بِالتَّوْقِيعِ بِاِسْتِخْدَامِ تِلْكَ الْبُطَاقَةِ. وَالْمُهْمُ هُنَا سَيْطَرَةُ الْمَوْقِعِ عَلَى الْوَسِيطِ الإِلِكْتُرُونِيِّ الْخَاصِّ بِاِنْشَاءِ التَّوْقِيعِ سَوَاءً كَانَ الْحَاسِبُ الْإِلْيَ اَوْ الْبُطَاقَةُ الذِّكِّيَّةُ، وَالْمَقْصُودُ بِالسَّيْطَرَةِ هُنَا عَدَمُ اِسْتِخْدَامِ ذَلِكَ الْوَسِيطِ سِوَى مَنْ قَبْلَ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ لِأَنَّهُ يَفْتَرِضُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ يَصْدُرُ بِهَا التَّوْقِيعُ أَنَّهُ تَمَّ عَنْ طَرِيقِ صَاحِبِهِ إِلَّا فِي حَالَةٍ فَقْدَانِهِ وَكَانَ صَاحِبُ الْوَسِيطِ

^{٢٥٧} المادة (١٥) قانون المعاملات الإلِكْتُرُونِيَّةِ اِلاردنِي رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥

^{٢٥٨} المادة (٢) من قانون المعاملات الإلِكْتُرُونِيَّةِ اِلاردنِي رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥

^{٢٥٩} القانون اِلاردنِي رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥ قانون المعاملات الإلِكْتُرُونِيَّةِ

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثامن السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الإلكترونيّ قَدْ بُلِّغَ عَنْ فَقْدَانِهِ بِالطَّرْقِ الَّتِي يُنْصَحُ عَلَيْهَا الْقَانُونُ. كَمْ يَجِبُ أَنْ يَرْتَبِطَ التَّوْقِيعُ بِشَهَادَةِ تَصْدِيقِ الْكُثْرُونِيِّ نَافِذَةً الْمَفْعُولِ صَادِرَةً مِنْ جِهَةٍ تَصْدِيقِ الْكُثْرُونِيِّ.

وَحَدَّدَتِ الْمَادَّةُ (١٥) مِنَ الْقَانُونِ سَابِقَ الذِّكْرِ الشُّرُوطَ الْوَاجِبَ تَوَافُرَهُ فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ حَتَّى يَمْنَحَ ذَاتُ الْقِيَمَةِ الْقَانُونِيَّةِ الْمَقَرَّرَةَ لِلتَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ وَكَذَلِكَ نَصَّ الْمَادَّةُ (١٦) مِنْ قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْثْرُونِيَّةِ الشُّرُوطَ الْمَطْلُوبَةَ حَتَّى يَعْتَبَرَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْثْرُونِيُّ مُوثِقًا بِمَعْنَى الْقُدْرَةِ عَلَى التَّحَقُّقِ مِنْ هُويَّةِ مُسْتَعْدِمِ شَهَادَةِ التَّوْثِيقِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ الصَّادِرَةِ عَنْ جِهَةٍ التَّوْثِيقِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ الَّتِي تُكَوِّنُ مُرَخَّصَةً وَمُعْتَمَدَةً مِنْ هَيْئَةِ تَنْظِيمِ قِطَاعِ الْإِتِّصَالَاتِ أَوْ الْمُخَوَّلَةَ قَانُونِ بِإِصْدَارِ شَهَادَاتِ التَّوْثِيقِ وَتَقْدِيمِ أَيِّ خِدْمَاتٍ مُتَعَلِّقَةٍ بِهَذِهِ الشَّهَادَاتِ وَذَلِكَ مِنْ أَجْلِ التَّحَقُّقِ مِنْ شَهَادَةِ التَّوْثِيقِ وَصِحَّتِهَا وَصَلَاحِيَّتِهَا لِاثْبَاتِ نِسْبَةِ تَوْقِيعِ الْكُثْرُونِيِّ إِلَى شَخْصٍ مَا.

وَبِنَاءً عَلَى مَا سَبَقَ فَإِنْ حَاجِبَةُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ تَثَبَّتْ إِذَا كَانَ مُوْثِقًا وَبِالْتَّالِي فَإِنْ الشَّخْصَ الْمُنْسُوبَ إِلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ هَذَا التَّوْقِيعُ يَقَعُ عَلَيْهِ عِبَاءُ الْإِلْتِمَامِ وَيَتَحَمَّلُ مَا فِي السَّجَلِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ مِنَ الْإِثْرَامَاتِ وَحُقُوقِ^{٢٦٠}.

وَإِضَافَةً الْفَقْرَةَ الثَّانِيَةَ مِنَ الْمَادَّةِ الثَّانِيَةِ مِنَ التَّوْجِيهِ تَعْرِيفَ لِلتَّوْقِيعِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ تَحْتَ اسْمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْثْرُونِيِّ الْمُنْقَدِّمِ حَيْثُ أَشَارَتْ تِلْكَ الْفَقْرَةُ إِلَى أَنَّهُ تَوْقِيعُ الْكُثْرُونِيِّ يَشْتَمِلُ عَلَى عِدَّةِ شُرُوطٍ هِيَ^{٢٦١}: ١. يَجِبُ أَنْ يَرْتَبِطَ بِالْمَوْقِعِ وَيَكُونُ قَادِرًا عَلَى تَحْدِيدِ شَخْصِيَّتِهِ وَتَمَيُّزِهِ مِنَ الْأَشْخَاصِ ٢. وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْوَسِيطُ الْإِلِكْثْرُونِيُّ الَّذِي

^{٢٦٠} أبو عرابي، غازي والقضاة، فياض، (٢٠٠٤) حجية التوقيع الإلكتروني دراسة في التشريع

الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ٢ (١) ص ١٧٤.

^{٢٦١} والمنشور بالجريدة الرسمية عدد ١٣ ص ١٢-٢٠، بتاريخ ١٩/١/٢٠٠٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

يَسْتُخْدَمُ لِإِنْشَاءِ التَّوْقِيعِ تَحْتَ سَيْطَرَةِ الْمَوْقِعِ الْكَامِلَةِ. ٣. وَيَجِبُ أَنْ يَرْتَبِطَ التَّوْقِيعُ بِالْبَيِّنَاتِ بِحَيْثُ يُمْكِنُ عَنْ طَرِيقِهِ كَشْفُ أَيِّ تَغْيِيرٍ يَطْرَأُ عَلَيْهَا.

وَيَتَّضِحُ مِمَّا سَبَقَ أَنَّ التَّوْجِيهَ الْأُورُوبِيَّ رَقْم ٩٣ / ١٩٩٩ مَيَّزَ بَيْنَ نَوْعَيْنِ مِنَ التَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ: تَوْقِيعٌ حَدَدَ لَهُ شُرُوطًا، وَنَوْعٌ آخَرُ لَمْ يُحَدِّدْ لَهُ شُرُوطًا وَالْعَبْرَةَ مِنْ ذَلِكَ تَتَّضِحُ مِنْ نَصِّ الْمَادَّةِ الْخَامِسَةِ مِنَ التَّوْجِيهِ وَالَّتِي تُحَدِّدُ الْقِيَمَةَ الْقَانُونِيَّةَ لِلتَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ، حَيْثُ عَامِلُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الْمُتَقَدِّمِ وَالَّذِي يَشْتَمِلُ عَلَى الشُّرُوطِ السَّابِقِ ذَكَرَهَا وَيَسْتَنْدُ عَلَى شَهَادَةِ تَصْدِيقِ مُعَامَلَةِ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ الْقَانُونِيَّةِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَمِلْ عَلَى تِلْكَ الشُّرُوطِ فَلَا يَجِبُ عَدَمُ الْإِعْتِرَافِ بِهِ قَانُونًا وَتَتَّضِحُ مِنْ ذَلِكَ الْعَبْرَةَ مِنَ التَّمْيِيزِ بَيْنَ النُّوعَيْنِ، وَذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ الْقَانُونِيَّةُ فَالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الْمُتَقَدِّمِ يَمْنَحُ ذَاتُ الْقِيَمَةِ الْقَانُونِيَّةُ الْمَقَرَّرَةُ لِلتَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ. أَمَّا النُّوعُ الْآخَرُ وَالَّذِي لَا تَتَوَافَرُ بِهِ تِلْكَ الشُّرُوطُ فَلَا تَهْدُرُ قِيَمَتُهُ الْقَانُونِيَّةُ وَإِنَّمَا يُتْرَكُ أَمْرُ تَقْدِيرِهَا لِلْقَاضِي.

إِنْ أَطْرَافُ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الَّتِي تَتِمَّ عِبْرَ شَبَكَةِ الْإِنْتَرْنِتِ يَتَوَاجَدُونَ فِي أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَا يَتِمُكِنُ كُلُّ طَرَفٍ مِنَ التَّحَقُّقِ مِنْ هُوِيَّةِ الطَّرَفِ الْآخَرِ، وَعِنْدَ إِجْرَاءِ مُعَامَلَةٍ فِيمَا بَيْنَهُمْ، تَبَرُّزَ بَعْضُ التَّسَاوُلَاتِ مِثْلُ: هَلِ الطَّرَفُ الْآخَرُ فِعْلًا بِصِفَتِهِ الَّتِي يَدَّعِيهَا ؟ هَلِ الْبَيِّنَاتُ الْخَاصَّةُ بِهِ وَبِنَشَاطِهِ صَحِيحَةٌ ؟ هَلِ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ الَّذِي يَسْتُخْدَمُهُ يُعَوِّدُ لَهُ وَحْدَهُ وَفِعْلًا هُوَ تَوْقِيعُهُ. لِذَا تَبَرُّزَ الْحَاجَةُ إِلَى شَخْصٍ ثَالِثٍ يَنْصِفُ بِالْحِيَادِ وَيَتَحَلَّى بِالثِّقَةِ مِنْ أَطْرَافِ الْمُعَامَلَةِ وَهَذَا الشَّخْصُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ جِهَاتُ التَّصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ " بَعْدَ التَّعَرُّفِ عَلَى التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ وَخَصَائِصِهِ وَتَعْرِيفِهِ وَإِنْطِلَاقًا إِلَى التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَخَصَائِصِهِ وَتَعْرِيفِهِ وَشُرُوطِهِ نَطْرَحُ تَسَاوُلَ هَلِ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ مَحْصُورٌ بِأَنْوَاعٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ أَنْوَاعِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ ؟ وَمَا هِيَ تِلْكَ الْأَنْوَاعُ الَّتِي إِجَازَةُ مُعْظَمِ التَّشْرِيعَاتِ التَّعَامَلِ بِهَا وَهَلِ جَمِيعُهَا تَتَوَافَرُ بِهَا

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

الشُّرُوطُ الْمَطْلُوبَةُ فِي التَّوْقِيعِ لِإِكْتِسَابِ الْحُجَّةِ الْقَانُونِيَّةِ هَذَا مَا سَيَتِمُّ الْإِجَابَةُ عَلَيْهِ مِنْ خِلَالِ الْمَبْحَثِ الثَّانِي مِنْ هَذَا الْبَحْثِ.

المَبْحَثُ الثَّانِي

أَشْكَالُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ:

تَطَوَّرَتْ تَقْنِيَّاتُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ فِي الْأَوْنَةِ الْأَخِيرَةِ، وَغَدَا هَذَا التَّوْقِيعُ بِكَافَّةِ أَشْكَالِهِ وَسَبِيلَةٍ مِثْلَى لِلتَّحَقُّقِ مِنْ شَخْصِيَّةِ الْمُتَعَاقدِ، إِذْ إِنْ جَمِيعُ التَّقْنِيَّاتِ الْمُسْتَعْدَمَةِ فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ قَادِرَةٌ عَلَى نِسْبَةِ التَّوْقِيعِ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ فَقَطُّ هُوَ الْمَوْقِعُ، فَالْجُوءُ إِلَى التَّوْقِيعِ الْبِيَوْمَتَرِيِّ مِثْلًا) قَدْ يَتِمُّ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتَرُونِيِّ فِي الْبِيَوْمَتَرِيِّ بِاسْتِخْدَامِ الْبَصْمَةِ الشَّخْصِيَّةِ لِلْمَوْقِعِ أَوْ مُسَحِّ الْعَيْنِ الْبَشَرِيَّةِ أَوْ التَّعَرُّفِ عَلَى الْوَجْهِ الْبَشَرِيِّ أَوْ بِاسْتِخْدَامِ خَوَاصِّ الْيَدِ الْبَشَرِيَّةِ أَوْ التَّحَقُّقِ مِنْ نَبْزَةِ الصَّوْتِ^{٢٦٢}، وَهُوَ أُخِذَ أَشْكَالُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتَرُونِيِّ وَالَّذِي يَعْتَمِدُ عَلَى الْخَوَاصِّ الْفِيْزِيَاءِيَّةِ وَالطَّبِيعِيَّةِ وَالسَّلُوكِيَّةِ لِشَخْصٍ الْمَوْقِعِ أَوْ الْجُوءِ إِلَى الْمِفْتَاحِ لِخَاصٍّ عِنْدَ اسْتِخْدَامِ التَّوْقِيعِ الرَّقْمِيِّ الَّذِي يَخْضَعُ فِي إِصْدَارِهِ وَمُتَابَعَةٍ إِلَى رَقَابَةِ جِهَاتٍ مُعْتَمَدَةٍ تَحَقُّقٍ قَدْرًا مِنْ الثَّقَةِ فِي التَّوْقِيعِ وَإِنْتِسَابِهِ إِلَى صَاحِبِهِ لَا يُمْكِنُ لِلتَّوْقِيعِ لَا يُمْكِنُ لِلتَّوْقِيعِ الْعَادِيِّ إِنْ يُحَقِّقُهَا^{٢٦٣} فَمَثَلًا قَدْ يَتِمُّ التَّوْقِيعُ مِنْ خِلَالِ بَطَاقَةِ التَّأْمِينِ الْمَصْرِفِيَّةِ بِاسْتِخْدَامِ أَرْبَعَةِ أَرْقَامٍ، وَكَانَ النَّظَامُ الْمُتَّبَعُ فِي الْمَصْرِفِ لَا يَسْمَحُ إِلَّا بِثَلَاثِ مُحَاوَلَاتٍ لِإِدْخَالِ الرَّقْمِ السِّرِيِّ فَإِنْ إِمْكَانِيَّةً إِكْتِشَافِ هَذَا الرَّقْمِ هِيَ وَبِالْتَّالِي فَإِنَّهُ مِنَ الْأَسْهَلِ تَقْلِيدَ تَوْقِيعِ

٢٦٢

^{٢٦٣} حسن عبد الباسط جمعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ،

دار النهضة العربية ، القاهرة ، دزط، ط٢٠٠٠ ، ص ٤٥

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنَّةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

يَدْوِي مِنْ اِكْتِشَافِ رَقْمِ سِرِّي بِالصَّدْفَةِ^{٢٦٤}. وَمِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ التَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ الْقَلَمِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ. وَالتَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ الْبِطَاقَاتِ الْمُمْغِطَةِ، وَالتَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ الْخَوَاصِ الذَّاتِيَةِ، وَالتَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ الضَّغْطِ عَلَى أَحَدِ مَفَاتِيحِ الْحَاسِبِ الْآلِيِّ، وَالتَّوْقِيعِ الرَّقْمِيِّ، وَهَذَا يَشِيرُ النَّسْأُولُ التَّالِي:

هَلْ تَتَوَافَرُ الشُّرُوطُ الَّتِي تَتَطَلَّبُ مُعْظَمُ الْقَوَانِينِ تَوَافُرَهَا بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ مِنَ التَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَلِلْإِجَابَةِ عَلَى هَذَا التَّسْأُولِ يَسْتَلْزِمُ الْأَمْرَ دَرَّاسَةً مُدَى تَوَافُرِ الشُّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرَهَا فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ مِنْ وَالتَّوْقِيعَاتِ وَذَلِكَ عَلَى النَّحْوِ الْآتِي:

١. التَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ الْقَلَمِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ. وَيَتِمُّ فِي هَذَا النَّوعِ، التَّوْقِيعِ عَلَى شَاشَةِ الْحَاسِبِ الْآلِيِّ بِاسْتِخْدَامِ قَلَمٍ يُدْعَى الْقَلَمُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ^{٢٦٥} أَوْ يَتِمُّ تَصْوِيرُ التَّوْقِيعِ بِوَاسِطَةِ النَّاسِخِ الضَّوْنِيِّ وَمِنْ ثَمَّ نَقْلُهُ إِلَى الْمُحَرَّرِ الْمُرَادِ التَّوْقِيعِ عَلَيْهِ وَإِرْسَالُهُ لِلطَّرَفِ الْآخَرِ. الْقَلَمُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ يَسْتَعْمَلُ لِلْكِتَابَةِ عَلَى شَاشَةِ الْكَمْبِيُوتَرِ أَوْ جِهَازِ آلِي ذِي مُوَاصَفَاتٍ خَاصَّةٍ^{٢٦٦}، فَهَذَا الْإِجْرَاءُ يَبْتَدَأُ بِأَنْ يَقُومَ الشَّخْصُ بِاسْتِخْدَامِ الْقَلَمِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ لِلتَّوْقِيعِ عَلَى الْجِهَازِ الْخَاصِّ بِهَذِهِ الْعَمَلِيَّةِ، ثُمَّ يَبْدَأُ الْإِجْرَاءَ الثَّانِي بَعْدَ

²⁶⁴ Alain Bensoussan ,L,Informatique et Droit,Tome2 ,Hermes,Paris , 1994,p704

^{٢٦٥} د. ابراهيم الدسوقي أبو اليل- التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات دراسة مقارنة بحث مقدم ضمن أعمال مؤتمر القانون والحاسوب- في الفترة ١٢٣-١٤/تموز/٢٠٠٤، جامعة اليموك - ص ٦

^{٢٦٦} د. حجازي، عبد الفتاح بيومي،(٢٠٠٧). التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، مصر دار الكتب القانونية ، ص ٢٤٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

التَّقَاطُ التَّوْقِيعِ التَّحَقُّقِ مِنْ صِحَّةِ هَذَا التَّوْقِيعِ^{٢٦٧}، مِنْ خِلَالِ فَكِّ رُمُوزِ الشَّفْرَةِ وَاجْرَاءِ عَمَلِيَّةٍ مُقَارِنَةٍ مَعَ التَّوْقِيعِ الْمُخَزَّنِ الْمَوْجُودِ لَدَيْهَا عَلَى النِّظَامِ الْخَاصِّ بِهَذِهِ الْعَمَلِيَّةِ، مُعْتَمِدًا بِذَلِكَ عَلَى خِصَائِصٍ مِنْ نَوْعٍ خَاصٍّ تُسَمَّى الْخِصَائِصُ الْبَيُولُوجِيَّةُ لِلتَّوْقِيعِ، ثُمَّ يُبَيِّنُ الْبَرْنَامِجُ الَّذِي اسْتَقْبَلَ هَذِهِ الْمَعْلُومَاتِ فِيمَا إِذَا كَانَ التَّوْقِيعُ مُطَابِقًا أَمْ غَيْرَ مُطَابِقٍ لَا تَمَامِ هَذِهِ الْعَمَلِيَّةِ وَهَذَا الْاجْرَاءُ^{٢٦٨} وَمِمَّا لَاشِكِّ فِيهِ أَنَّ مِثْلَ هَذَا النَّوعِ مِنَ التَّوْقِيعِ لَا يَحَقِّقُ الشَّرُوطَ السَّابِقَ ذَكَرَهَا، فَمِنْ الْمُمْكِنِ نُسْخَ التَّوْقِيعِ وَإِضَافَتَهُ لِمَحَرَّرَاتٍ إلكترونيَّةٍ أُخْرَى وَأَيْضًا لَا يَتَّصِلُ بِالْمَحَرَّرِ بِطَرِيقَةٍ لَا يُمْكِنُ فَصْلُهُ عَنْهَا وَلَا يَنْسِمُ بِالتَّفَرُّدِ وَلَا يَعْرِفُ عَنْ هُويَّةِ صَاحِبِهِ، لِذَا فَهَذَا النَّوعُ مِنَ التَّوْقِيعَاتِ لَا يُمْكِنُ الْإِعْتِدَادُ بِهِ لِاسْتِكْمَالِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ الْمُعَدِّ لِإثْبَاتِ.

٢. التَّوْقِيعُ بِوَاسِطَةِ الْبِطَاقَةِ الْمَمْنُونَةِ^{٢٦٩}. الْبِطَاقَاتُ الْمَمْنُونَةُ هِيَ بَطَاقَاتٌ تَقُومُ بِإِنْشَائِهَا الْمَصَارِفُ لِعَمَلَانِهَا تَحْتَوِي عَلَى شَرِيطِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ يَخْرُنُ بِهِ مَعْلُومَاتٌ عَنْ ذَلِكَ الْعَمَلِ مِثْلَ رَقْمِ حَسَابِ الْعَمَلِ لَدَى ذَلِكَ الْمَصْرِفِ وَاسْمِهِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْمَعْلُومَاتِ الَّتِي يَرَى الْمَصْرِفُ ضَرُورَةَ وَجُودِهَا. وَطَبِيعَةُ الْعَمَلِ بِهَذِهِ الْبِطَاقَاتِ تَتَطَلَّبُ وَجُودَ رَقْمٍ سِرِّيٍّ لَا يَعْلَمُهُ سِوَى صَاحِبِهَا يَهْدَفُ إِلَى التَّحَقُّقِ مِنْ أَنَّ حَامِلَ الْبِطَاقَةِ هُوَ صَاحِبُهَا لِأَنَّ عَمِلَ الْمَصْرِفِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَتَعَامَلُ مَعَ أَحَدٍ مُوظَّفِي الْمَصْرِفِ مِنْ أَجْلِ التَّحَقُّقِ مِنْ هُويَّتهِ بَلْ يَتَعَامَلُ مَعَ الْأَلَةِ، لِذَا وَجِبَ وَجُودُ طَرِيقَةٍ لِلتَّحَقُّقِ مِنْ هُويَّتهِ.

^{٢٦٧} د. باز، بشير علي، (٢٠٠٩). دور الحكومة الالكترونية في صناعة القرار الاداري والتصويت

الالكتروني، مصر، دار الكتب القانونية، ص ٤٥.

^{٢٦٨} د. حجازي، عبد الفتاح بيومي، (٢٠٠٧). التجارة الالكترونية وحمايته القانونية، الكتاب

الاول، مصر، دار الكتب القانونية، ص ١٩٩

^{٢٦٩} ابراهيم الدسوقي أبو الليل- التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات دراسة مقارنة المرجع السابق ص ٤.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وَالْتَحَقُّ مِنْ هُويَّةِ الْعَمِيلِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمُصْرَفِ يَتِمُّ بِتَوَافُرِ أَمْرَيْنِ الْأَوَّلِ وَجُودِ بَطَاقَةِ مُمَغْنِطَةٍ صَادِرَةٍ مِنَ الْمُصْرَفِ تَحْوِي مَعْلُومَاتٍ حَسَابٍ مُعَيَّن لَدَى ذَلِكَ الْمُصْرَفِ وَلَا تُخَوَّلُ حَامِلُهَا سِوَى التَّعَامُلِ مَعَ ذَلِكَ الْحَسَابِ، وَالثَّانِي وَجُودَ رَقْمِ سِرِّي مُرْتَبِطٍ بِتِلْكَ الْبَطَاقَةِ وَهَذَا الرِّقْمُ يَتِمُّ بِدَايَةِ انْشَاؤِهِ مِنْ قَبْلِ الْمُصْرَفِ، وَلَكِنْ يَسْتَطِيعُ صَاحِبُهُ بَعْدَ ذَلِكَ تَغْيِيرَهُ مِنْ أَيِّ جِهَازٍ صَرَافٍ أَلِيٍّ تَابِعٍ لِذَلِكَ

الْمُصْرَفِ، وَذَلِكَ مِنْ أَجْلِ تَحْقِيقِ غُنْصُرِ الْأَمَانِ، هَذَا مِنْ نَاحِيَةٍ، وَمِنْ نَاحِيَةٍ أُخْرَى يَكُونُ هَذَا الرِّقْمُ بِمِثَابَةِ تَوْقِيعِ الْكُتْرُونِيِّ بَدَلَ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ لِصَاحِبِ الْحَسَابِ.

وَلَكِنْ هَلْ يُحَقِّقُ هَذَا النَّوعُ مِنَ التَّوْقِيعِ الشَّرُوطَ الْوَاجِبَ تَوَافُرَهَا فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتْرُونِيِّ الَّتِي تَتَطَلَّبُهَا مُعْظَمُ الْقَوَانِينِ ؟ مِنْ خِلَالِ مَا سَبَقَ يَتَضَحُّ أَنَّ هَذَا النَّوعَ مِنَ التَّوْقِيعِ يُحَدِّدُ صَاحِبَهُ وَلَكِنْ لِطَرَفٍ وَاحِدٍ فَقَطْ هُوَ الْمُصْرَفُ، وَبِالنِّسْبَةِ لِلْمُصْرَفِ فَإِنَّ هُويَّةَ صَاحِبِ الْحَسَابِ مَعْرُوفَةٌ مُسَبِّقًا، وَذَلِكَ مِنْ خِلَالِ الْمُعَامَلَاتِ الَّتِي سَبَقَتْ إِصْدَارَ الْبَطَاقَةِ مِثْلَ مُعَامَلَةِ انْشَاءِ الْحَسَابِ لَدَى الْمُصْرَفِ، وَالَّتِي يَكُونُ الْمُصْرَفُ مِنْ خِلَالِهَا إِطْلَعَ عَلَى جَمِيعِ بَيِّنَاتِ الْعَمِيلِ وَيَسْتَخْدِمُ الرِّقْمَ السِّرِّيَّ بَعْدَ ذَلِكَ لِلتَّحَقُّقِ مِنْ تِلْكَ الْهُويَّةِ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْأَطْرَافِ الْأُخْرَى وَالَّتِي يَتَعَامَلُ مَعَهَا صَاحِبُ ذَلِكَ الرِّقْمِ فَمِمَّا لَا شَكَّ فِيهِ أَنَّهُ يَعْرِفُ هُويَّةَ صَاحِبِهِ، فَمَنْ غَيْرَ الْمُعْقُولِ أَنْ يَتِمَّ بِوَاسِطَةِ ذَلِكَ الرِّقْمِ عَلَى عَقْدٍ مِثْلًا أَوْ رِسَالَةٍ بَيِّنَاتٍ مَعَ طَرَفٍ غَيْرِ الْمُصْرَفِ. وَحَتَّى فِي الْعِلَاقَةِ مَعَ الْمُصْرَفِ فَإِنَّ هَذَا التَّوْقِيعَ يَسْتَخْدِمُ لِأَجْرَاءِ مُعَامَلَاتٍ عَلَى الْحَسَابِ مُحَدَّدَةٍ فَقَطْ، وَلَا يَصْلُحُ لِأَجْرَاءِ جَمِيعِ التَّوْقِيعِ الَّذِي يُحَدِّدُ شَخْصِيَّةَ صَاحِبِهِ بِالنِّسْبَةِ لِلْكَافَّةِ سِوَاءِ الْأَطْرَافِ الَّذِينَ سَبَقَ

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

لَهُمُ التَّعَامُلُ مَعَ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ أَوْ الْأَطْرَافِ الْجَدَدِ. وَيَصْلُحُ فِي جَمِيعِ التَّعَامَلَاتِ الَّتِي تَتَطَلَّبُ التَّوْقِيعُ عَلَيْهَا^{٢٧٠}.

٣. التَّوْقِيعُ بِوَاسِطَةِ الْخَوَاصِ الذَّاتِيَةِ لِلْإِنْسَانِ:

هِيَ تِلْكَ الْخَوَاصُ الَّتِي تُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ وَتُحَدِّدُ هُوِيَّتَهُ مِثْلُ بَصْمَةِ الإِصْبَعِ وَبَصْمَةِ شَبَكِيَّةِ الْعَيْنِ وَبَصْمَةِ الشِّفَاهِ وَنَبْرَاتِ الْأَصْوَاتِ^{٢٧١}.

وَتُسْتَخْدَمُ هَذِهِ الْخَوَاصُ كَتَّوْقِيعٍ إلكترونيٍّ فِي بَعْضِ الْمَجَالَاتِ مِثْلُ الْأَمَاجِنِ الَّتِي لَا يَسْمَحُ بِالدُّخُولِ إِلَيْهَا إِلَّا لِأَشْخَاصٍ مُحَدَّدِينَ وَنُظُمِ الْمَعْلُومَاتِ الَّتِي لَا يَسْمَحُ بِالْإِطْلَاعِ عَلَيْهَا سِوَى لِعَدَدٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْأَشْخَاصِ حَيْثُ يَتِمُّ تَخْزِينُ نَسْخَةٍ مِنْ تِلْكَ الْخَوَاصِ لِلْأَشْخَاصِ الْمُخَوَّلِ لَهُمْ بِالدُّخُولِ لِتِلْكَ الْأَمَاجِنِ أَوْ الْإِطْلَاعِ عَلَى مَعْلُومَاتِ مُعَيَّنَةٍ عَلَى أَجْهَازَةِ الْحَاسِبِ الْإِلَهِيِّ، وَعِنْدَمَا يُحَاوِلُ أَيُّ شَخْصٍ الدُّخُولَ لِتِلْكَ الْأَمَاجِنِ يَطْلُبُ مِنْهُ عَرْضُ تِلْكَ الْخَوَاصِ سِوَاءَ كَانَتْ بَصْمَةً أَوْ بَصْمَةً شَبَكِيَّةِ الْعَيْنِ أَوْ نَبْرَةِ الصَّوْتِ عَلَى أَجْهَازَةِ مُعَيَّنَةٍ، وَمِنْ ثَمَّ تُطَابَقَتُهَا بِتِلْكَ الْبَصْمَةِ الْمُخْزَنَةِ مُسَبِّقًا، فَإِذَا كَانَ مِنْ الْأَشْخَاصِ الْمُخَوَّلِ لَهُمْ فِي الدُّخُولِ لِتِلْكَ الْأَمَاجِنِ أَوْ الْإِطْلَاعِ عَلَى مَعْلُومَاتِ مُعَيَّنَةٍ يَسْمَحُ لَهُ النِّظَامُ بِالدُّخُولِ أَوْ الْإِطْلَاعِ.

وَتَعْتَبَرُ تِلْكَ الطَّرِيقَةُ بِمِثَابَةِ تَوْقِيعِ الْإلكترونيِّ لِذَلِكَ الشَّخْصِ تُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ وَتُحَدِّدُ هُوِيَّتَهُ. وَلَكِنَّ مُحَاوَلَةَ تَعْمِيمِ هَذَا النَّوعِ مِنَ التَّوْقِيعِ الْإلكترونيِّ عَلَى الْمَعَامَلَاتِ الْإلكترونيَّةِ عِبْرَ الْإِنْتَرْنِتِ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الصَّعُوبَةِ. وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا التَّوْقِيعَ يَتَطَلَّبُ وَجُودَ نَسْخَةٍ مِنْ تِلْكَ الْخَوَاصِ لَدَى الطَّرَفِ الْآخَرِ حَتَّى يُمْكِنَهُ مِنْ مُطَابَقَتِهَا فِي كُلِّ

^{٢٧٠} جميعي، حسن عبد الباسط، مرجع سابق ص ٥٩.

^{٢٧١} جميعي، مرجع سابق، ص ٤١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

مُعَامَلَةٌ تَرَسَّلَ مِنَ الطَّرَفِ الْمُقَابِلِ هَذَا مِنْ جَانِبٍ وَمِنْ جَانِبٍ آخَرَ مِنَ الْمُمْكِنِ الْحُصُولَ عَلَى نَسْخَةٍ مِنْ تِلْكَ الْخَوَاصِّ وَاسْتِعْمَالَهَا بِطَرِيقَةٍ غَيْرِ مَشْرُوعَةٍ.

وَبِالنِّسْبَةِ لِلشَّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرَهَا فِي التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ أَوْ التَّقْنِيَّةِ الْمُسْتَعْدِمَةِ لِإِنْشَاءِ ذَلِكَ التَّوْقِيعِ. يُلَاحِظُ عَدَمَ تَوَافُرِهَا لَدَى هَذَا النَّوعِ مِنَ التَّوْقِيعَاتِ، فَحَتَّى لَوْ تَمَكَّنَتْ هَذِهِ التَّقْنِيَّةُ مِنْ تَحْدِيدِ هُويَّةِ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّحْدِيدَ يَكُونُ فَقْطً بِالنِّسْبَةِ لِلْأَطْرَافِ الَّذِينَ بَيْنَهُمْ تَعَامَلٌ مُسَبِّقٌ أَمَّا الْأَطْرَافُ الْجَدَدَ وَالَّذِينَ لَيْسَ لِصَاحِبِ التَّوْقِيعِ سَابِقَةٌ تَعَامَلٍ فَهَذَا التَّوْقِيعُ لَا يُحَدِّدُ الْهُويَّةَ بِالنِّسْبَةِ لَهُمْ وَطَبِيعَةُ التَّعَامُلِ عِزَّ شَبَكَةِ الْإِنْتَرْنِتِ تَفْرِضُ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْيَانِ التَّعَامُلَ مَعَ أَطْرَافٍ جَدَدٍ. وَأَيْضًا لَا تَمَكَّنُ تِلْكَ التَّقْنِيَّةُ فِي كَشْفِ أَيِّ تَبْدِيلٍ أَوْ تَعْدِيلٍ يَطْرَأُ عَلَى الْمُحَرَّرِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ بَعْدَ تَوْقِيعِهِ، هَذَا إِنْ أَمَكَّنَ رِبْطُ ذَلِكَ التَّوْقِيعِ بِالْمُحَرَّرِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَأَيْضًا تِلْكَ التَّقْنِيَّةُ لَا يَحْفَظُ بِنَسْخَةٍ مِنْهُ بِطَرِيقَةٍ غَيْرِ مَشْرُوعَةٍ ؛ لِذَلِكَ فَإِنَّ هَذَا النَّوعَ مِنَ التَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ لَا يَصْلَحُ لِلْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَإِنَّمَا يَصْلَحُ لِمَجَالَاتٍ مُعَيَّنَةٍ فَقْطً.

٤. التَّوْقِيعُ بِوَاسِطَةِ الضَّغْطِ عَلَى أَحَدِ مَفَاتِيحِ الْحَاسِبِ الْآلِيِّ:

مِنْ الْأُمُورِ الشَّائِعَةِ عَلَى شَبَكَةِ الْإِنْتَرْنِتِ وَجُودَ اتِّفَاقِيَّاتٍ وَعِدَّةٍ مُسَبِّقًا تَظْهَرُ لِلْمُسْتَعْدِمِ عِنْدَ مُحَاوَلَةِ تَشْغِيلِ بَرْنَامِجٍ مُعَيَّنٍ أَوْ اسْتِخْدَامِ خِدْمَةٍ مَا، تَطْلُبُ مِنْهُ، أَمَّا الْمُوَافَقَةُ عَلَى هَذِهِ اتِّفَاقِيَّاتٍ أَوَّلًا مِنْ أَجْلِ اسْتِخْدَامِ ذَلِكَ الْبَرْنَامِجِ أَوْ الْإِسْتِغَادَةِ مِنْ تِلْكَ الْخِدْمَةِ، وَتَتِمُّ الْمُوَافَقَةُ بِالضَّغْطِ عَلَى أَحَدِ مَفَاتِيحِ الْحَاسِبِ الْآلِيِّ أَوْ بِوَاسِطَةِ الْمَوْشَرِّ الْمُتَحَرِّكِ. إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ لَا تَعْتَبَرُ تَوْقِيعًا إِلِكْتُرُونِيًّا لِأَنَّهَا لِتَحَقُّقِ الشَّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرَهَا بِذَلِكَ التَّوْقِيعِ فَلَا تُحَدِّدُ هُويَّةَ الشَّخْصِ وَلَا تَرْتَبِطُ بِالْمُحَرَّرِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَكُلُّ مَا تَحَقُّقُهُ هُوَ التَّعْبِيرُ عَنِ الْإِرَادَةِ بِالْقَبُولِ أَوْ بِالرَّفْضِ.

٥. التَّوْقِيعُ بِخَطِّ الْيَدِ.

تَقُومُ هَذِهِ الْأَلِيَّةُ عَنْ طَرِيقِ قِيَامِ الشَّخْصِ بِالتَّوْقِيعِ عَلَى وَرَقَةٍ عَادِيَةٍ وَمِنْ ثَمَّ ادخالها بَعْدَ نُسْخِ صُورَةٍ عَنْ تَوْقِيعِهِ بِوَاسِطَةِ الْمَاسِحِ الضَّوْئِيِّ، فِي الْجِهَازِ الْخَاصِّ بِالمَوْقِعِ عَلَى الْقُرْصِ المُرِنِّ وَيَسْتَعْمَدُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلتَّوْقِيعِ عَلَى أَيِّ مُعَامَلَةٍ يُجِيزُ الْقَانُونُ لَهُ اجْراءه مِنْ خِلَالِ التَّوْقِيعِ الضَّوْئِيِّ^{٢٧٢}

٦. التَّوْقِيعُ الرِّقْمِيُّ:

يَعْتَمَدُ هَذَا النُّوعُ مِنْ أَنْوَاعِ التَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْطُرُونِيَّةِ عَلَى عِلْمِ التَّشْفِيرِ^{٢٧٣}. والتشفير هُوَ أَحَدُ فُرُوعِ عِلْمِ الرِّيَاضِيَّاتِ وَكَانَ اسْتِخْدَامُهُ مَحْصُورًا عَلَى الْاِغْرَاضِ الْعَسْكَرِيَّةِ لِضَمَانِ سِرِّيَّةِ الْاِتِّصَالَاتِ وَتَبَادُلِ الْمَعْلُومَاتِ، أَلَّا أَنْ تَطَوَّرَ التِّجَارَةُ الْإِلِكْطُرُونِيَّةُ وَبَرُوزُ حَاجَتِهَا لِلأَمْنِ أَثْنَاءَ تَبَادُلِ بَيِّنَاتِهَا عِبْرَ شَبَكَةِ الْاِنْتَرْنِتِ أَدَّى ذَلِكَ إِلَى أَنْ سَمَحَتْ الْحُكُومَاتُ بِاسْتِخْدَامِ هَذِهِ التَّقْنِيَّةِ فِي حُدُودِ مُعِينَةٍ لِضَمَانِ سَلَامَةِ الْمَعْلُومَاتِ الْخَاصَّةِ بِالمُؤَسَّسَاتِ وَالشَّرَكَاتِ أَثْنَاءَ انْتِقَالِهَا عِبْرَ شَبَكَةِ الْاِنْتَرْنِتِ مِنْ الْعَبَثِ فِي مَحْتَوَيْتِهَا مِنْ التَّعْدِيلِ وَالتَّحْرِيفِ. هَذَا النُّوعُ الَّذِي يَعْذُّ مِنْ أَكْثَرِ الْاَنْوَاعِ اسْتِخْدَامًا فِي الْعُقُودِ الَّتِي تَتِمَّ عِبْرَ شَبَكَةِ الْاِنْتَرْنِتِ، وَذَلِكَ بِسَبَبِ خِصَائِصِهَا الَّتِي تَحَقِّقُ الْاِمَامَ وَالسِّرِّيَّةَ لِلْمُتَعَاقِدِينَ فِي عَدَمِ تَعَرُّضِهَا لِأَيِّ تَعْدِيلٍ أَوْ تَلَاْعُبٍ أَثْنَاءَ نُقْلِهَا مِمَّا يُحَقِّقُ سَلَامَةَ صِحَّتِهَا^{٢٧٤} وَلَقَدْ عُرِفَ اِيضًا بِأَنَّهُ " مَنْظُومَةٌ تَقْنِيَّةٌ حِسَابِيَّةٌ تَسْتَعْمَدُ مَفَاتِيحَ خَاصَّةً لِمُعَالَجَةِ وَتَحْوِيلِ الْبَيِّنَاتِ وَالْمَعْلُومَاتِ الْمَقْرُوءَةِ الْإِلِكْطُرُونِيَّةِ بِحَيْثُ تَمْنَعُ

^{٢٧٢} منصور، مُحَمَّدُ حَسِين، الاثبات التقليدي والاكتروني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٢٨٩.

^{٢٧٣} ايمن مساعدة- التوقيع الرقمي وجهات التوثيق- بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب- في

الفترة ١٢-١٤/تموز/ص ٣ /٢٠٠٤/

^{٢٧٤} أ.د. الهوش، ابو بكر محمود (٢٠٠٦). الحكومة الالكترونية الواقع والآفاق، ط١، القاهرة،

مجموعة النيل العربية، ص ٣٨٣.

إِسْتِخْدَامِ هَذِهِ الْبَيِّنَاتِ أَوْ إِسْتِخْلَاصِهَا لِأَمْنٍ خِلَالِ إِسْتِخْدَامِ مِفَاتِيحِ فَكِّ التَّشْفِيرِ، الَّتِي تَكُونُ مِنْ خِلَالِ تَحْوِيلِ الْمَعْلُومَاتِ وَالْبَيِّنَاتِ إِلَى حُرُوفٍ أَوْ رُمُوزٍ أَوْ أَرْقَامٍ يَكُونُ مِنَ الصَّعْبِ الْحُصُولَ عَلَى فَهْمٍ عَنْهَا لَدَى الْغَيْرِ إِلَّا بِامْتِلَاكِ الْبَرْنَامِجِ وَالرَّقْمِ السِّرِّيِّ لِإِعَادَةِ الْمَعْلُومَاتِ إِلَى طَبِيعَتِهَا^{٢٧٥}، وَفِي هَذَا النَّوعِ مِنَ التَّوْقِيعِ يَمْتَلِكُ طَرَفًا التَّعَاقُدِ هَذَا الْمِفْتَاحَ، وَمِنْ إِهِمْ مِيزَاتُ هَذَا النَّوعِ إِنَّهُ لَا يَسْتَطِيعُ أَحَدُ الْإِطْلَاعِ عَلَى الْمُحَرَّرِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ إِلَّا طَرَفًا الْمَعَامَلَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى عَدَمِ امْكَانِيَةِ التَّعْدِي عَلَيْهِ إِلَّا مِنْ قَبْلِ الْإِطْرَافِ الَّذِي لَهُمْ حَقُّ الْإِطْلَاعِ عَلَيْهِ وَيُطْلَقُ عَلَى هَذَا النَّوعِ التَّشْفِيرِ الْمُتَنَازِلِ^{٢٧٦} وَهُنَاكَ نَوْعٌ آخَرُ مِنَ التَّشْفِيرِ يَعْتَمِدُ عَلَى وَجُودِ مِفْتَاحَيْنِ الْأَوَّلِ يُدْعَى الْمِفْتَاحُ الْخَاصُّ وَالثَّانِي الْمِفْتَاحُ الْعَامُّ. وَالْمِفْتَاحُ الْخَاصُّ هُوَ الَّذِي يَتِمُّ بِهِ التَّشْفِيرُ وَلَا يَعْلَمُهُ أَحَدٌ سِوَى صَاحِبِهِ، أَمَّا الْمِفْتَاحُ الْعَامُّ فَهُوَ الَّذِي يَفُكُّ بِهِ التَّشْفِيرَ وَيَعْلَمُهُ جَمِيعُ مَنْ يَتَعَامَلُ مَعَ صَاحِبِ الْمِفْتَاحِ الْخَاصِّ^{٢٧٧}. وَهَذَانِ الْمِفْتَاحَانِ يَتِمُّ إِنْشَاؤُهُمَا عَنْ طَرِيقِ طَرَفٍ ثَالِثٍ يُدْعَى " جِهَاتُ التَّصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ ". وَتَقَوُّمُ هَذِهِ التَّقْنِيَّةِ فِي التَّشْفِيرِ عَلَى إِمْتِلَاكِ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ مِفْتَاحَيْنِ أَحَدُهُمَا خَاصٌّ وَالْآخَرُ عَامٌّ يَتِمُّكَ الْجَمِيعُ مِمَّنْ يَتَعَامَلُ مَعَهُمْ مِنْ إِسْتِخْدَامِهِ وَعَلَى وَجُودِ شَهَادَةِ تَصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ. وَلَكِنْ هَلْ تَتَوَافَرُ الشُّرُوطُ الَّتِي تَمَّ اشْتِرَاطُهَا فِي التَّوْقِيعِ عَلَى هَذَا النَّوعِ سَيَتِمُّ الْجَابَةُ عَلَى ذَلِكَ وَفَقًا لِمَا يَلِي: إِنْ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ التَّوْقِيعُ مُمَيَّزًا لِصَاحِبِهِ يَتَوَافَرُ فِي هَذَا النَّوعِ بِالإِضَافَةِ إِلَى أَنْ التَّوْقِيعَ

^{٢٧٥} اللائحة التنفيذية للقانون المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني والتشفير وذلك من خلال

الفقرة ٩/ من المادة الأولى

²⁷⁶ Ian Curry .An In TRODUCATION TO Cryptography and Digital Singnatures 200.p.3

²⁷⁷ Brian GLADMAN. Carl Ellison .and NICHOLAS Bohom .Digital Signatures, Certificates &Electronic Commerce.Version.1.1999.p.1

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

يَتَّصِفُ بِالنَّشْأَةِ وَكَذَلِكَ يَتَّصِلُ التَّوْقِيعُ بِالْمُحَرَّرِ إِتِّصَالًا مَنْ شَأْنُهُ أَنْ يَكْشِفَ
أَيُّ تَعْدِيلٍ يَطْرَأُ عَلَى التَّوْقِيعِ أَوْ الْمَحَرَّرِ وَذَلِكَ عَنْ طَرِيقِ الْمِفْتَاحِ الْعَامِّ، الْخَاصِّ
بِصَاحِبِ التَّوْقِيعِ وَيَكُونُ لَدَى الطَّرَفِ الْآخَرِ الَّذِي يَسْتَطِيعُ أَنْ يَتَأَكَّدَ مِنْ مَحْتَوَيَاتِ
الْمَحَرَّرِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَيَعْتَبَرُ سَيْطَرَةُ الْمَوْقِعِ عَلَى الْوَسِيطِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ مُتَحَقِّقَةً مَنْ خِلَالِ
تَمَكُّنِ صَاحِبِهِ مَنْ حَفَظَهُ فِي مَكَانٍ آمِنٍ دَاخِلَ جِهَازِ الْحَاسِبِ الْإِلِيِّ. وَكَذَلِكَ يَعْتَبَرُ
الْبَعْضُ أَنَّ الشُّرُوطَ التَّقْنِيَّةَ الْوَاجِبَ تَوَافُرَهَا الْمُتَمَتِّلَةَ بِالْقُدْرَةِ عَلَى انْشَاءِ تَوْقِيعٍ مُتَفَرِّدٍ
لَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إِلَيْهِ وَمَعْرِفَتُهُ عَنْ طَرِيقِ الْأَسْتِنْسَاحِ وَكَذَلِكَ امْكَانِيَّةُ حِفْظِ التَّوْقِيعِ عَلَى
بَطَاقَةٍ ذَكِيَّةٍ. يَعْتَبَرُ التَّوْقِيعُ الرَّقْمِيُّ مِنْ أَكْثَرِ التَّوْقِيعِ اسْتِيفَاءً لِلشُّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرَهُ
لِلتَّحَقُّقِ مِنْ صِحَّةِ التَّوْقِيعِ وَهُويَّةِ صَاحِبِهِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ يَسْتَقْبَلُ بِهَا التَّوْقِيعُ، عَلَى عَكْسِ
وَخِلَافِ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ حَيْثُ أَنَّ التَّأَكُّدَ يَتِمُّ عِنْدَ نُشُوءِ مُنَازَعَةٍ وَإِنْكَارِ أَحَدِ
الْمُتَنَازِعِينَ التَّوْقِيعَ بِالْإِضَافَةِ إِلَى أَنَّ التَّوْقِيعَ الرَّقْمِيَّ يَكُونُ مُرْتَبِطًا بِجَمِيعِ أَجْزَاءِ
الْمَحَرَّرِ عَلَى خِلَافِ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ الَّذِي يَكُونُ دَائِمًا أَسْفَلَ الْمَحَرَّرِ. إِلَّا أَنَّ النُّقْطَةَ
الْخِلَافِيَّةَ عَلَى جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ هِيَ مُرْتَبِطَةٌ بِوُجُودِ جِهَاتِ التَّصْدِيقِ عَلَى التَّوْقِيعِ
الْإِلِكْتُرُونِيِّ فَسَوَاءٌ تَحْدِيدِ هُويَّةِ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ وَتَحْقِيقِ النَّشْأَةِ وَالْإِسْتِمْرَارِيَّةِ فِي
التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ، وَإِذَا فَقَدَ السَّيْطَرَةَ عَلَيْهِ أَوْ فَقَدَهُ فَإِنَّ جِهَاتِ التَّصْدِيقِ تَقُومُ
بِدَوْرِهَا بِوَاجِبِهِ بِإِعْلَامِ الْأَطْرَافِ عَدَمِ نَفَاضِ التَّوْقِيعِ عِنْدَ قِيَامِ الْأَطْرَافِ بِالتَّأَكُّدِ مِنْ قَبْلِ
جِهَةِ التَّصْدِيقِ وَذَلِكَ بَعْدَ الْإِبْلَاجِ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِ التَّوْقِيعِ عَلَى هَذَا الْأَمْرِ، كَمَا أَنَّ هَذَا
التَّوْقِيعَ مُرْتَبِطٌ بِإِرتِبَاطٍ وَثِيقٍ بِشَهَادَةِ تَصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ نَافِذَةِ الْمَفْعُولِ مِنْ قَبْلِ جِهَةِ
تَصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ، الَّتِي تَقُومُ بِكُلِّ مَرَّةٍ مِنَ التَّحَقُّقِ مِنَ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ عَلَى هَذَا
الْمَحَرَّرِ. حَتَّى يَعْتَبَرَ التَّوْقِيعَ الرَّقْمِيَّ لَهُ قِيَمَةٌ قَانُونِيَّةٌ مِثْلُ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ يَجِبُ أَنْ
يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الشُّرُوطِ الْوَاجِبِ تَوَافُرَهُ فِي التَّوْقِيعِ الْعَادِيِّ وَالتِّي هِيَ مُتَوَافِرَةٌ كَمَا
تَبَيَّنَ لَنَا سَابِقًا مِنْ أَجْلِ اسْتِكْمَالِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ الْمُعَدِّ لِلْإثْبَاتِ فِي كَافَّةِ التَّشْرِيعَاتِ
وَمِنْهَا اللَّاحِظَةُ التَّنْفِيزِيَّةُ لِقَانُونِ التَّوْقِيعِ الْمُصْرِىِّ الَّتِي أُشْرِطَتْ الْفَقْرَةُ الْأُولَى مِنْ

المَادَّةُ الثَّلَاثَةُ لِلْقَانُونِ عَلَى وَجُوبِ أَنْ يَكُونَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ بِصُورَةِ التَّوْقِيعِ الرَّقْمِيِّ مُسْتَنَدَةً إِلَى تَقْنِيَّةِ شَفْرَةِ الْمِفْتَاحِينَ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ، أَلَا إِنْ بَعْضُ التَّشْرِيعَاتِ لَمْ تَنْصُ صَرَاحَةً عَلَى اسْتِخْدَامِ هَذِهِ التَّقْنِيَّةِ عَلَى الرَّغْمِ مِنْ وَضْعِ شُرُوطٍ لِلتَّوْقِيعِ الرَّقْمِيِّ حَتَّى يَتَوَافَرَ لَهُ قِيَمَةٌ قَانُونِيَّةٌ مِثْلُ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ. وَعَلَيْهِ نَخْلُصُ إِلَى نَتِيجَةِ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْإِعْتِدَادُ بِأَيِّ نَوْعٍ مِنَ أَنْوَاعِ التَّوْقِيعِ وَخُصُوصًا الرَّقْمِيِّ مِنْهَا كَقِيَمَةٍ قَانُونِيَّةٍ لَهَا نَفْسُ قُوَّةِ التَّوْقِيعِ التَّقْلِيدِيِّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ مُرْتَبِطَةً بِشَهَادَةِ تَصْدِيقِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَوَافُرُهَا مِنْ غَيْرِ وُجُودِ جِهَةِ التَّصْدِيقِ الَّذِي بِالْعَادَةِ يَكُونُ طَرَفٌ ثَالِثٌ مُعْتَرَفٌ بِهِ مِنْ قَبْلِ الْأَطْرَافِ الْمُتَعَاقِدِينَ أَوْ مُعْتَرَفٌ بِهِ مِنْ قَبْلِ الدَّوْلَةِ. وَهَذَا يَظْهَرُ لَنَا التَّسْأُولُ فِي حَالِ عَدَمِ التَّصْدِيقِ عَلَى التَّوْقِيعَاتِ أَوْ فِي حَالِ عَدَمِ وُجُودِ جِهَةِ تَصْدِيقٍ مَا حُكِمَ هَذَا الْمُحَرَّرَ أَوْ الْعَقْدَ الْإِلِكْتُرُونِيَّ، وَهَلْ يُمْكِنُ الْإِعْتِرَافُ بِصِحَّةِ مَا أُبْرِمَ مِنْ عُقُودٍ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ إِنْ الْعَقْدُ لَا يَتَحَقَّقُ وَيَكْتُمِلُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَوْفَعًا مِنْ جَمِيعِ الْمُتَعَاقِدِينَ، الَّذِي يُحَدِّدُ شَخْصِيَّةَ الْمُتَعَاقِدِينَ وَيَكْذِبُ سَلَامَةَ أَهْلِيَّتَهُمَا. لِذَا فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُطْمَئِنَّ الْمُتَعَاقِدَانِ عَلَى صِحَّةِ الْمَعْلُومَاتِ وَسَلَامَتِهَا الْمُتَنَقِّلَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ بَيْنَهُمَا وَأَنْ تَكُونَ حَاصِلَةً عَلَى الشَّرْعِيَّةِ الضَّرُورِيَّةِ لِنَفَاذِهَا، فَمُسْتَقْبَلُ الرِّسَالَةِ يُطْمَئِنُّ إِلَى الرِّسَالَةِ الْمُرْسَلَةِ إِلَيْهَا وَالْحَامِلَةِ لِلتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ مِمَّا يُؤَلِّدُ الثِّقَّةَ بِهَا وَيُحَافِظُ عَلَى سَلَامَةِ التَّعَامُلَاتِ التِّجَارِيَّةِ بَيْنَ الْأَشْخَاصِ. وَمِنْ هُنَا تَبَرَّرُ أَهْمِيَّةُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الَّذِي يَخْتَلِفُ عَنِ التَّوْقِيعِ الرَّقْمِيِّ، حَيْثُ الْأَوَّلُ لَا يَكُونُ لَهُ شَكْلٌ مُتَعَارَفٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْمُسْتَعْدِمِينَ وَمُحَدِّدٌ بِتَقْنِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ، فَمِنْ الْمُمْكِنِ أَنْ يَتَّخَذَ مِنَ الْأَشْكَالِ الْمُخْتَلِفَةِ صَوْرًا لَهُ كَتَصْوِيرِ تَوْقِيعِ الْيَدِ وَبَصْمَةِ الْأَصْبَعِ أَوْ كَلِمَةٍ سِرِّيَّةٍ أَوْ رُمزٍ سِرِّيٍّ.... أَلْخ. أَمَّا التَّوْقِيعُ الرَّقْمِيُّ فَيَعُدُّ طَرِيقَةً تَقْنِيَّةً مِشْفَرَةً يَقُومُ بِتَحْوِيلِ السَّجَلَاتِ بِشَيْفَرَةٍ غَيْرِ مُنْطَابِقَةٍ بِطَرِيقَةٍ مُشَوَّشَةٍ، وَبِاسْتِخْدَامِ هَذَا التَّوْقِيعِ يَسْتَطِيعُ مَنْ قَامَ بِإِرْسَالِ الْمَعْلُومَاتِ مِنْ يَسْتَعِدِّمِ الْمِفْتَاحَ الْعَامَّ أَنْ يَعْرِفَ إِنْ كَانَ الْإِرْسَالُ قَدْ تَمَّ بِاسْتِخْدَامِ الْمِفْتَاحِ الْخَاصِّ (التَّشْفِيرِ الْخَاصِّ) مُتَنَاسِبًا مَعَ الْمِفْتَاحِ الْعَامِّ (التَّشْفِيرِ الْعَامِّ) إِنْ كَانَ قَدْ تَمَّ الْعَبَثُ بِالْمَعْلُومَاتِ الْمُرْسَلَةِ بَعْدَ أَنْ قَامَ

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثامن السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

بِإِسَالِهَا. وَفِي مَجَالِ الْبُنُوكِ إِحْدَى أَهْمِ الْخِدْمَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الَّتِي تَقْدِّمُهَا هَذِهِ الْخِدْمَةُ لِلْبُنُوكِ، التَّعَرُّفَ عَلَى الرُّبُونِ وَإِمْكَانِيَّةَ التَّكْدُّ مِنْ حِسَابِهِ، وَهَذَا يُمْكِنُ أَنْ تَسْتَخْدِمَ الطَّرِيقَ التَّقْلِيدِيَّةَ كَمُقَارَنَةِ التَّوْقِيعِ الْمَحْفُوظِ لَدَى الْبَنْكِ عِنْدَ فَتْحِ الْحِسَابِ مَعَ التَّوْقِيعِ الْخَاصِّ، كَمَا يَنْفَرِدُ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِي مِنْ طَبِيعَةٍ خَاصَّةٍ بِهِ، فَقَدْ نَشَرَ الْإِتِّحَادُ الْأُورُوبِيُّ فِي عَامِ ١٩٩٩ تَعْلِيمَاتٍ خَاصَّةً مُتَعَلِّقَةً بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي قَدَّمَهَا لِلجَنَّةِ التَّشْرِيعَاتِ مِنْ أَجْلِ إِيجَادِ قَوَاعِدٍ قَانُونِيَّةٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ وَتُضْفِي الصِّبْغَةَ الْقَانُونِيَّةَ^{٢٧٨}. وَمِنْ الْأَسْبَابِ الَّتِي تَقِفُ أَمَامَ تَقْدُّمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي بِالإِضَافَةِ إِلَى مَا يُعْرَفُ فِي التَّقْدُّمِ بِسَبَبِ اخْتِلَافِ التَّشْرِيعَاتِ وَالْإِعْتِرَافِ بِهِ، هُوَ الْقِيَمَةُ الْمَمْنُوحَةُ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ أَوْ الشَّرَكَاتِ الَّتِي تَقُومُ بِالْمُصَادَقَةِ عَلَى صِحَّةِ التَّوْقِيعِ وَإِنَّهُ صَادِرٌ عَنْ صَاحِبِهِ وَتَحْدِيدِ هُويَّةِ الْمُوقِّعِ^{٢٧٩}.

لَقَدْ اسْتَنْدَتْ الْمَادَّةُ (٧) مِنَ الْقَانُونِ النَّمُودَجِيِّ الْإُونِسْتِرَالِ إِلَى الْإِعْتِرَافِ بِوُظَائِفِ التَّوْقِيعِ فِي بِيئَةٍ قَائِمَةٍ عَلَى التَّعَامُلِ الْوَرَقِيِّ وَلَدَى إِعْدَادِ الْقَانُونِ النَّمُودَجِيِّ جَرَى النَّظَرُ فِي وُظَائِفِ التَّوْقِيعِ التَّالِيَةِ: تُعَيِّنُ هُويَّةَ الشَّخْصِ وَتَوْفِيرَ مَا يُؤَكِّدُ يَقِينًا مُشَارَكَةَ ذَلِكَ الشَّخْصِ بِالذَّاتِ فِي فِعْلِ التَّوْقِيعِ وَالرُّبُطَ بَيْنَ ذَلِكَ الشَّخْصِ وَمَضْمُونِ الْمُسْتَنْدِ وَإِلِإِضَافَةٍ إِلَى ذَلِكَ لُوْحَظَ أَنَّ التَّوْقِيعَ يُمْكِنُ أَنْ يُؤَدِّيَ مَجْمُوعَةً مُتَنَوِّعَةً حَسَبَ طَبِيعَةِ الْمُسْتَنْدِ الَّذِي يَحْمِلُ التَّوْقِيعَ وَعَلَى سَبِيلِ الْمَثَالِ فَإِنْ التَّوْقِيعَ يُمْكِنُ أَنْ

^{٢٧٨} EC Directive on a Community Framework for Electronic Signature,

November 1999

^{٢٧٩} جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٩، ص ١٢٠

ص ١٢١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

يَكُونُ شَاهِدًا عَلَى نِيَّةِ الطَّرَفِ الْإِلْتِزَامَ بِمَضْمُونِ الْعُقْدِ الْمَوْقَعِ عَلَيْهِ وَعَلَى نِيَّةِ الشَّخْصِ الْإِقْرَارَ بِتَخْرِيرِهِ النَّصِّ وَنِيَّةِ الشَّخْصِ رُبْطَ نَفْسِهِ بِمَضْمُونِ مُسْتَنَدٍ قَدْ كَتَبَهُ شَخْصٌ آخِرٌ وَاقِعَةٌ وَزَمَانٌ وَجُودِ شَخْصٍ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ. لَقَدْ تَدَخَّلَ الْمُشْرِعُ فِي الْقَانُونِ الْمُعَدَّلِ لِقَانُونِ الْبَيِّنَاتِ بِاعْطَانِهَا حَاجِيَّةَ الْأَسْنَادِ الْعَادِيَةِ ضِمْنَ شُرُوطِ مُعَيَّنَةٍ. وَلَكِنَّ دُونَ أَنْ يُبَيِّنَ أَحْكَامَ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ أَوْ الْكِتَابَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ، أَوْ حَتَّى شُرُوطِهَا كَمَا فَعَلَتْ التَّشْرِيعَاتُ فِي الْقَانُونِ الْمُقَارِنِ (أُنْظَرِ الْمَادَّتَيْنِ ١٣١٦ و ١٣١٧) الْمُعَدَّلَتَيْنِ مِنَ الْقَانُونِ الْمُدْنِيِّ الْفَرَنْسِيِّ الَّذِي عُرِفَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ وَالْكِتَابَةُ الْإِلِكْتُرُونِيَّةُ وَبَيَّنَ حَاجِيَّتَهَا فِي الْإِثْبَاتِ، وَكَذَلِكَ مَجَلَّةُ الْعُقُودِ وَالْإِلْتِزَامَاتِ التَّوْنِيسِيَّةِ الْفَصْلَيْنِ ٤٥٣ و ٤٣٥ مُكَرَّرَ مِنْ ذَاتِ الْمَجَلَّةِ هَذَا مَعَ الْعِلْمِ أَنَّ الْمُشْرِعَ الْأُرْدُنِيَّ، وَفِي قَانُونِ التِّجَارَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الْمَوْقُوتِ رَقْمِ (٨٥) الصَّادِرِ سَنَةِ ٢٠٠١، قَدْ أَخَذَ بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ وَالْكِتَابَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَبَيَّنَ حَاجِيَّتَهَا فِي الْإِثْبَاتِ ضِمْنَ هَذَا الْإِطَارِ^{٢٨٠} يَعُدُّ التَّوْقِيعَ الشَّرْطَ الْوَحِيدَ لِصَحَّةِ السَّنَدَاتِ الْعَادِيَةِ الْمُعَدَّةِ لِلإِثْبَاتِ فِي غَالِبِيَّةِ التَّشْرِيعَاتِ وَقَدْ يَتَطَلَّبُ الْقَانُونُ أَنْ يَكُونَ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ مُوثِقًا بِحَيْثُ لَنْ يَمْنَحَ هَذَا مَا انْتَهَجَهُ الْمُشْرِعُ الْأُرْدُنِيُّ فِي قَانُونِ الْمَعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ حَيْثُ لَمْ يَعْتَرَفْ لِلتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ غَيْرَ الْمُوثِقِ بِأَيِّ حَاجِيَّةٍ، فَقَدْ جَاءَ فِي الْمَادَّةِ (١٦) مِنْهُ " إِذَا لَمْ يَكُنِ السَّجِلُّ الْإِلِكْتُرُونِيُّ أَوْ التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيُّ مُوثِقًا فَلَيْسَ لَهُ أَيُّ حَاجِيَّةٍ " وَمِنْ هُنَا تَنْبَعُ أَهَمِّيَّةُ تَوْثِيقِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ لَدَى جِهَةٍ تَوْثِيقٍ مُعْتَمَدَةٍ، وَعَمَلُ جِهَاتِ التَّوْثِيقِ هُوَ أَشْبَهُ بِكَاتِبِ عَدْلِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ حَيْثُ تَقُومُ هَذِهِ الْجِهَاتُ بِالتَّحَقُّقِ مِنْ هُويَّةِ طَالِبِ التَّوْثِيقِ وَتَتَأَكَّدُ مِنْ بَيِّنَاتِهِ الشَّخْصِيَّةِ، حَيْثُ تَقُومُ هَذِهِ الْجِهَاتُ بِالتَّحَقُّقِ مِنْ هُويَّةِ طَالِبِ التَّوْثِيقِ

^{٢٨٠} مفلح عواد القضاة ، البيّنات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، ٢٠٠٩ ص ١٢٦ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

وَتَتَأَكَّدُ مِنْ بَيَانَاتِهِ الشَّخْصِيَّةِ، وَتَقُومُ بِمَنْحِهِ شَهَادَةَ تَوْثِيقٍ الْكُتْرُونِيَّةِ تَعْرِفُ بِهُوِيَّتِهِ، وَيَكُونُ دَوْرُ جِهَةِ التَّوْثِيقِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ تَشْهَدَ عَلَى صِحَّةِ بَيَانَاتِ صَاحِبِ الشَّهَادَةِ أَيْ تَحْدِيدِ هُوِيَّتِهِ لِلطَّرَفِ الْآخَرِ^{٢٨١}. وَبِالتَّالِي يَتَأَكَّدُ الْآخِرُ مِنْ أَنَّ هَذَا الْمُتَعَاقِدَ هُوَ أَهْلٌ لِإِجْرَاءِ الْمُعَامَلَةِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ، وَقَدْ عُرِفَ الْمُشْرَعُ الْأُرْدُنِيِّ فِي قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ إِجْرَاءَاتِ التَّوْثِيقِ وَعُرِفَ شَهَادَةُ التَّوْثِيقِ كَمَا نُظِمَ إِجْرَاءَاتِ التَّوْثِيقِ فِي هَذَا الْقَانُونِ فِي الْمَوَادِّ مِنْ ٣٠ وَلِغَايَةِ ٣٤ مِنْهُ، وَلَكِنَّهُ لَمْ يَسْنُدْ مُهِمَّةَ التَّوْثِيقِ إِلَى جِهَةٍ مُحَدَّدَةٍ، عَلَى نَقِيضِ الْمُشْرَعِ التُّونِسِيِّ الَّذِي حَسَمَ هَذِهِ الْمُسَالَةَ فِي قَانُونِ الْمُبَادَلَاتِ وَالتَّجَارَةِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ التُّونِسِيِّ، فَقَدْ أَنْشَأَ جِهَةً مُعْتَمَدَةً لِهَذِهِ الْغَايَةِ إِسْمَاهَا (الْوَكَالَةُ الْوُطْنِيَّةُ لِلْمُصَادَقَةِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ) أَنْظُرِ الْفَصْلَ الثَّامِنَ مِنْ قَانُونِ الْمُبَادَلَاتِ وَالتَّجَارَةِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ التُّونِسِيِّ رَقْمَ ٨٣ لِسَنَةِ ٢٠٠٠. وَلِمُعَالَجَةِ هَذِهِ الْمُعْضِلَةِ نَرَى أَنَّهُ يُمْكِنُ لِأَطْرَافِ التَّعَاقُدِ الْإِسْتِنَادَ إِلَى نَصِّ الْمَادَّةِ (٣٤ / د) مِنْ قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْترُونِيَّةِ الْأُرْدُنِيِّ، وَالتِّي اعْتَمَدَ فِيهَا الْمُشْرَعُ شَهَادَاتِ التَّوْثِيقِ الصَّادِرَةِ عَنْ جِهَةٍ وَافِقِ أَطْرَافِ الْمُعَامَلَةِ عَلَى اعْتِمَادِهَا، وَالْإِتِّجَاهَ إِلَى شَرِكَاتِ التَّوْثِيقِ الْمَعْرُوفَةِ عَالَمِيًّا، لِإِصْدَارِ شَهَادَاتِ تَوْثِيقٍ عِبْرَ الْإِنْتَرْنِتِ تَعْرِفُ بِهُوِيَّةِ أَطْرَافِ التَّعَاقُدِ كَشَرِكَاتِ (Web Trust, Mtrust)) الْخَاتِمَةُ

هَذَا الْمُنْتَجَ الْجَدِيدَ (التَّوْثِيقُ الْإِلِكْترُونِي) الَّذِي اِكْتَسَبَ أَهْمِيَّةَ خَاصَّةٍ لَدَى شُرَاحِ الْقَانُونِ، وَاهْتِمَامَ خَاصٍّ لَدَى كَافَّةِ التَّشْرِيعَاتِ، جَاءَتْ مِنَ الْحَاجَةِ الْمَاسَّةِ لَوُجُودِ

²⁸¹A.Michael from kin,the Essential Role of third Trusted parties in Electronic

commerce,1996,available <http://www.Law.maimi.edu/froomkin/articles/trusted.html> (07/6/2001)

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

البَدِيلُ الَّذِي يُحَقِّقُ مَا يُحَقِّقُهُ التَّوْقِيعُ التَّقْلِيدِيُّ مِنْ صُدُورِهِ عَنْ يَدِ الْمُوَقَّعِ وَرِضَاءِ الْمُتَعَاقِدِينَ بِمَا جَاءَ فِي مَضْمُونِ هَذَا الْعَقْدِ وَبِالتَّالِي تَحْمِلُ الْإِلْتِزَامَاتُ وَالْحُقُوقُ عَلَى هَذَا التَّوْقِيعِ، إِلَّا أَنْ هَذَا الْمُنْتَجَ إِصْبَحَ قَدِيمًا، وَجَدَ لِيُنْتَسَبَ مَعَ بَيِّنَةٍ مُعَيَّنَةٍ فِي ظُرُوفٍ مُحَدَّدَةٍ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُوَاكِبَ وَلَا يَنَاسِبَ مَعَ الْأَسَالِيبِ الْمُسْتَحْدَمَةِ فِي الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ، كَمَا أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُمْكِنِ إِبْرَادَ تَوْقِيعِ خُطِّيٍّ عَلَى مُحَرَّرٍ أَوْ مُسْتَدِّدٍ الْكُتْرُونِيِّ، وَمِنْ هُنَا وَبِأَخْذِ مَا سَبَقَ جَاءَ هَذَا الْبَدِيلُ مِنْ أَجْلِ أَنْ يُحَقِّقَ نَفْسُ الْوُظَائِفِ وَالْأَهْدَافِ الَّتِي يُحَقِّقُهُ التَّوْقِيعُ الْخُطِّيُّ، وَهُوَ بَاتَ أَمْرًا مُلْحًا لَا يُمْكِنُ التَّغَاضِي عَنْ ذَلِكَ أَنْ إِزْدِهَارَ التَّعَامُلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ وَتَطَوُّرَهَا بِحَاجَةٍ إِلَى نِظَامٍ مُتَكَامِلٍ يَقَرَّرُ صِحَّةَ الْعُقُودِ وَالْمُرَاسِلَاتِ مِنْ أَجْلِ اكْتِسَابِ الْوَثَائِقِ وَالسَّجَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ حِمَايَةَ قَانُونِيَّةٍ لِذَلِكَ تَمَّ أُبْرُزُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الَّذِي يُحَقِّقُ اسْتِعْمَالَهُ مِيزَاتِ الْمَحَافَظَةِ عَلَى السَّرِيَّةِ وَإِمْكَانِيَّةِ التَّعَرُّفِ عَلَى مُنْشِئِ السَّجَلِ أَوْ الرِّسَالَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى مِيزَاتِ الْأَمْنِ وَالسَّلَامَةِ، الْأَمْرُ الَّذِي يُعْنِي أَنْ مُمِيزَاتٍ وَخَصَائِصَ وَوُظَائِفَ هَذَا الْمُنْتَجِ هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا يُوفِّرُهُ التَّوْقِيعُ الْخُطِّيُّ التَّقْلِيدِيُّ، وَذَلِكَ بِسَبَبِ كَثْرَةِ أَنْوَاعِهِ وَأَسَالِيبِهِ الْأَمْرُ الَّذِي دَفَعَ مُعْظَمَ التَّشْرِيعَاتِ وَالْقَوَانِينِ فِي أَكْثَرِ الدُّوَلِ لِإِصْدَارِ التَّشْرِيعَاتِ اللَّازِمَةِ وَالضَّرُورِيَّةِ لِمُوَكَبَةِ وَتَوْفِيرِ الْحِمَايَةِ الْقَانُونِيَّةِ لِلِسَّمَّاحِ لِلْأَطْرَافِ مِنَ التَّعَامُلِ وَاسْتِخْدَامِ هَذِهِ التِّكْنُولُوجِيَا حَرَصًا مِنْهُمَا عَلَى الْمُسَاهَمَةِ فِي رُقْيِ بِلَادِهِمْ وَتَطَوُّرِ وَإِزْدِهَارِ التِّجَارَةِ. فَمِنْ الْوَاضِحِ أَنَّ التَّوْقِيعَ الرَّقْمِيَّ إِصْبَحَ أَمْرًا لَا مَفْرَ مِنْهُ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَالتِّجَارَةِ وَالْمُرَاسِلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ، مِمَّا تَتَطَلَّبُ إِصْدَارَ التَّشْرِيعَاتِ اللَّازِمَةِ الَّتِي بِنَاءٍ عَلَيْهِ قَامَ الْمَشْرِعُ الْأُرْدُنِيِّ بِإِصْدَارِ قَانُونِ الْمُعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ رَقْمَ (٨٥) لِسَنَةِ ٢٠٠١ وَتَمَّ تَعْدِيلُهُ بِالْقَانُونِ رَقْمَ (١٥) لِسَنَةِ ٢٠١٥، إِلَّا أَنَّ الْغُمُوضَ وَالنَّقْصَ وَالِإِبْهَامَ - كَأَيِّ قَانُونٍ آخَرَ - كَانَ فِي بَعْضِ الْإِحْيَانِ أُبْرُزَ سُمَاتِهِ.

النَّوْصِيَّاتُ وَالْمُقْتَرَحَاتُ

١. تَفْعِيلُ نَصِّ الْمَادَّةِ (١٦) / ١ مِنْ قَانُونِ الْمَعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ رَقْمَ (١٥) لِسَنَةِ ٢٠١٥ وَذَلِكَ بِاعْتِمَادِ جِهَةِ تَوْثِيقِ الْكُتْرُونِي وَتَحْدِيدِ الشَّرُوطِ الْخَاصَّةِ الْوَاجِبِ تَوَافُرُهُ بِهَذِهِ الْجِهَةِ وَفَقَ نِظَامِ خَاصٍّ لَوْ قَانُونِ يَصْدُرُ مِنْ قَبْلِ مَجْلِسِ الْوُزَرَاءِ وَإِنْ تَكُونُ عَلَى قَدْرِ مِنَ الْكِفَاةِ الْفَنِيَّةِ الَّذِي يَضُمَّنُ نُشُوءَ هَذَا السُّوقِ سَلِيمًا مِنْ أَيِّ عَيْبٍ ذَلِكَ إِنْ حِمَايَةِ الْمُتَعَامِلِينَ يَكُونُ فِي مُسْتَوَى فَنِي عَالِي يَضُمَّنُ أَمِنْ الْمُرَاسِلَاتِ وَسَلَامَتِهَا

٢. إِنْشَاءُ قَانُونٍ خَاصٍّ بِالتَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ يَفْعَلُ عَلَى تَنْظِيمِهَا بِشَكْلِ كَامِلٍ يَكُونُ مُطَابِقًا مَعَ قَانُونِ الْأُونِسِيْتَرَالِ الْحَدِيثِ لِلتَّوْقِيعَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ بِمَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ مِنْ أَحْكَامٍ قَادِرُهُ عَلَى تَنْظِيمِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي بِشَكْلِ فَنِي وَقَانُونِي.

٣. الْغَاءُ مُصْطَلَحِ رِسَالَةِ الْمَعْلُومَاتِ وَالْمُنْتَزِجَةِ عَنِ الْقَانُونِ النَّمُودَجِي (اليُونِسْتَرَال) ذَلِكَ إِنْ هَذَا التَّعْرِيفُ لَا يَتَّفِقُ مَعَ مَفْهُومِ الرِّسَالَةِ لِأَنَّهُ اشْتَمَلَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَتَّفِقُ مَعَ مَفْهُومِ السَّجَلِ الْإِلِكْتُرُونِي. ٤. إِتْخَاذُ الْإِجْرَاءَاتِ اللَّازِمَةِ وَالضَّرُورِيَّةِ لِتَطْبِيقِ تِلْكَ التَّشْرِيعَاتِ مِنْ خِلَالِ تَأْمِينِ الْبُنْيَةِ التَّحْتِيَّةِ الْإِلِكْتُرُونِي لِقُدَامِ خِدْمَاتِ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِي، وَتَوْفِيرِ الْبُنْيَةِ الْقَانُونِيَّةِ مِنْ خِلَالِ صِيَاعَةِ التَّشْرِيعَاتِ اللَّازِمَةِ وَالضَّرُورِي

٥. عَقْدُ الْمُؤْتِمَرَاتِ وَالنَّدَوَاتِ الْمُتَخَصِّصَةِ فِي هَذَا الْمَجَالِ.

الْكَتُبُ وَالْمَرَاجِعُ الْعَرَبِيَّةُ

١. الْعُبُودِي، عَبَّاسٌ شَرْحَ أَحْكَامِ قَانُونِ الْبَيِّنَاتِ دَرَّاسَةً مُقَارَنَةً، دَارُ الثَّقَافَةِ لِلنُّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ، عَمَّانَ،

٢. السَّنْهُورِي - الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص ١٧٨ - ١٧٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٣. جَمِيعِي، حَسَنَ عَبْدُ الْبَاسِطِ اثبات التَّصَرُّفَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي يَتِمُّ إِبْرَامُهَا عَنْ طَرِيقِ الْإِنْتَرْنِت،

دعباس العُبودي- شَرْحَ قَانُونِ الْإِثْبَاتِ، الْمُصَدِّرِ السَّابِقِ، ص ١١٤.

٤. سَعْدٌ، سَلِيمٌ إِيْمَنُ (٢٠٠٤). التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِي، دَرَاْسَةُ مُقَارَنَةٍ، دَارَ النَّهْضَةِ الْعَرَبِيَّةِ. ص ٢٤ ومابعدھا. الْخَاصُّ بِإِنْشَاءِ التَّوْقِيعِ سَيِّطَرَةُ تَامَّةٍ.

٥. جَمِيعِي، حَسَنَ عَبْدُ الْبَاسِطِ، (٢٠٠٠). إِثْبَاتُ التَّصَرُّفَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي يَتِمُّ إِبْرَامُهَا عَنْ طَرِيقِ الْإِنْتَرْنِت، دَارَ النَّهْضَةِ الْعَرَبِيَّةِ، الْقَاهِرَةُ،

٦. أَبُو اللَّيْلِ، اِبْرَاهِيمُ الدَّسُوقِي- التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِي وَمُدَى حَجِّيَّتِهِ فِي الْإِثْبَاتِ دَرَاْسَةُ مُقَارَنَةٍ ٧. الشَّوْرَةُ، جَلَّالٌ عَايِدُ، (٢٠٠٩). وَسَائِلُ الدَّفْعِ الْإِلِكْتُرُونِي دَارَ الثَّقَافَةِ لِلنُّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

٨. حَمَّادٌ، طَارِقُ عَبْدِ الْعَالِ، (٣٠٠٣). التَّجَارَةُ الْإِلِكْتُرُونِيَّةُ، الدَّارُ الْجَامِعِيَّةُ،

٩. الْفَضَاءُ، مُفْلِحٌ عَوَّادُ (٢٠٠٩). الْبَيِّنَاتُ فِي الْمَوَادِّ الْمَدْنِيَّةِ وَالتَّجَارِيَّةِ دَارَاْسَةُ مُقَارَنَةٍ، دَارَ الثَّقَافَةِ لِلنُّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ،

الْكُتُبُ وَالْمَرَاجِعُ الْاِجْنَبِيَّةُ:

Alain Bensoussan,(1994) L, Informatique et Droit, Tome2, Hermes, Paris 2. Ian Curry. An InTRODUCTION TO Cryptography and Digital Singnatures 200. p. 3 3. Brian GLADMAN.(1999) CarlEllison. and NICHOLAS Bohom. Digital

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

Signatures, Certificates & Electronic Commerce.
Version 1. 1.. p. 1 4. A. Michael(1996) from kin, the
Essential Role of third Trusted parties in Electronic
commerce,. available [http:// www. Law. maimi. edu /
froomkin / articles / trusted. html](http://www.Law.maimi.edu/froomkin/articles/trusted.html))(07 / 6 / 2001 5.. EC
Directive on a Community Framework for Electronic
Signature, November 1999

الابحاث والمؤتمرات

١. حَمْدُ الْمَرْسَى زَهْرَةَ- الدَّلِيلُ الْكِتَابِيُّ وَحِجَّةُ مُخْرَجَاتِ الْكَمْبِيُوتِرِ فِي
الْإِثْبَاتِ- بَحْثٌ مُقَدِّمٌ مِنْ صَفْحَةِ أَعْمَالِ مُؤْتَمَرِ الْقَانُونِ وَالْحَاسِبِ الْآلِي- الْكُوَيْتِ-
نُوفَمْبَرِ ١٩٨٩ ..

٢. ابراهيم الدسوقي أبو اليل- التَّوْقِيعُ الْإِلِكْتُرُونِيَّ وَمُدَى حَجِّيَّتِهِ فِي الْإِثْبَاتِ
دَرَّاسَةٌ مُقَارِنَةٍ بَحْثٌ مُقَدِّمٌ ضَمَّنَ أَعْمَالِ مُؤْتَمَرِ الْقَانُونِ وَالْحَاسِبِ- فِي الْفَتْرَةِ ١٢٣-
١٤ / تَمُوزَ / ٢٠٠٤ ، جَامِعَةُ الْيَرْمُوكِ

٣. عَادِلَ مُحَمَّدُ شَرْفٌ وَعَبْدُ اللَّهِ إِسْمَاعِيلُ عَبْدُ اللَّهِ " ضَمَانَاتُ الْأَمْنِ وَالتَّامِينِ
فِي شَبَكَةِ الْإِنْتَرْنِت " مُؤْتَمَرِ الْقَانُونِ وَالْكَمْبِيُوتِرِ وَالْإِنْتَرْنِتِ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، الْمَجْلَدُ
الْأَوَّلُ، ص ٢ ، ٣.

الْقَوَانِينُ

١. الْقَانُونُ النَّمُوْدَجِيُّ الْمُوَحَّدُ (الْيُونِسْتِرَال) الْخَاصَّ بِالتَّجَارَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ لِسِنَةِ

١٩٩٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة تموز ٢٠١٦.

٢. الْقَانُونُ النَّمُوذَجِيُّ الْمُوَحَّدُ (اليونسترال) الْخَاصُّ بِالتَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ لِسِنَةِ

١٩٩٧.

٣. قَانُونُ التَّوْقِيعِ الْإِلِكْتُرُونِيِّ الْمَصْرِيِّ رَقْمَ ١٥ لِسِنَةِ ٢٠٠٤.

٤. قَانُونُ الْمَعَامَلَاتِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ الْأُرْدُنِيِّ الْمَوْقَتِ رَقْمَ ٨٥ لِسِنَةِ ٢٠٠١.

٥. قَانُونُ تَنْظِيمِ التِّجَارَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ فِي الْبَحْرَيْنِ لِسِنَةِ ٢٠٠٢.

٦. قَانُونُ الْمَعَامَلَاتِ وَالتِّجَارَةِ الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ لِامَارَةِ دُبَيِّ رَقْمَ ٢ لِسِنَةِ ٢٠٠٢.

٧. قَانُونُ الْإِثْبَاتِ الْعِرَاقِيِّ الْمُرَقَّمُ ١٠٧ لِسِنَةِ ١٩٧٩.

٨. قَانُونُ الْإِثْبَاتِ الْمَصْرِيِّ رَقْمَ ٢٥ لِسِنَةِ ١٩٦٨.

. قَانُونُ الْبَيِّنَاتِ الْأُرْدُنِيِّ رَقْمَ ٣٠ لِسِنَةِ ١٩٥٢ الْمُعَدَّلَ بِالْقَانُونِ رَقْمَ ٣٧ لِسِنَةِ

٢٠٠١.

الضَّماناتُ السِّيَاسِيَّةُ وَالاجْتِمَاعِيَّةُ لِلْحُقُوقِ وَالْحُرِّيَّاتِ السِّيَاسِيَّةِ

د . علي يوسف مُحَمَّدُ العلوانُ
أستاذُ مُساعدُ جامعة الزَّرقاء / كَلِيَّةُ الْحُقُوقِ

هذا البحث قدم بدعم من جامعة الزرقاء

Email :ulwan@yahoo.com

ملخص البحث

الضَّمَانَاتُ السِّيَاسِيَّةُ وَالْاجْتِمَاعِيَّةُ لِلْحُقُوقِ وَالْحُرِّيَّاتِ السِّيَاسِيَّةِ

د. عَلِيُّ يُونُسُ مُحَمَّدُ الْعُلَوَانُ

أُسْتَاذُ مُسَاعَدُ جَامِعَةِ الزَّرْقَاءِ /كُلِّيَّةُ الْحُقُوقِ

لقد تضمنت الوثائق الدستورية في العديد من الدول نصوصا مختلفة تقرر حماية حقوق الإنسان و حرياته ومن أبرزها الحقوق و الحريات السياسية، الا أن الواقع العملي أكد بشكل واضح أن حماية تلك الحقوق و الحريات لا يتحقق فقط بالنص عليها في الوثائق الدستورية بل لا بد من توافر الضمانات الكافية لكفالة ما تقرره لهم هذه الوثائق من حقوق و حريات و تعزيزها بخطوات سياسية و تدابير عملية تؤدي الى تجاوز أي معيقات لممارسة الأفراد لحقوقهم و حرياتهم، و إلا ستبقى أي نصوص وضعية تشكل ضمانات نسبية لا يمكن أن تكون لوحدها محققة للحماية الفاعلة.

وهنا تظهر أهمية الضمانات السياسية و الاجتماعية التي تكون في بعض الأحيان أكثر فاعلية خصوصا إذا ما حادت الضمانات ذات البناء القانوني عن هدفها و طريقها، و من ابرز هذه الضمانات الرقابة البرلمانية و رقابة الرأي العام و النظام الديمقراطي، وهنا لا بد من التأكيد على أمر جوهري و هو مدى إيمان الأفراد بنجاعة و فاعلية تلك الضمانات و التمسك بها و الحرص عليها لما لها من تأثير ملحوظ و فعال على النشاط السياسي و بشكل خاص في المجتمعات الديمقراطية مما يؤدي بالنتيجة إلى رد الانتهاكات عن الحقوق و الحريات السياسية، كما أن تلك

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦ .

الضمانات السياسية لا غنى عنها لأنها تشكل حالة ضغط على الحكومات لحملها على احترام الحقوق و الحريات بشكل عام، ورد الانتهاكات عن الحقوق والحريات السياسية بشكل خاص .

كلمات مفتاحية : الرأي العام ، المسؤولية السياسية ، الاستجواب ، سيادة الشعب

Abstract

Political and social guarantees for the rights and political freedoms

Dr.Ali Yousf Mohammed Alulwan

Assistant professor / Zarqa University / Faculty of law

In many of countries the Constitutional documents included a lot of provisions which decide to protect human rights and freedoms , notably political rights and freedoms .

However, the practice is clearly confirmed that the protection of these rights and freedoms is not only achieved it in constitutional documents , but need to provide guarantees to adequate sponsorship, these documents from the rights and freedoms determined by them , and strengthen political steps and practical measures Lead to overcome any obstacles For individuals to get their rights and freedoms .

Here show the importance of political and social safeguards , which sometimes be more effective Especially if

guarantees seemed as a legal construction in goal and the way . Among the most prominent of these parliamentary oversight safeguards And control public opinion and the democratic system , Here we must emphasize the essential and faith is the extent and effectiveness of individuals effectively, Those guarantees and stick to it and care for it . them because of their remarkable and effective impact on political activity and particularly in democratic societies, which leads to the result to reply violations of rights and political freedoms, and that those political guarantees are indispensable because it is the case of pressure on governments to respect the rights and freedoms in general , reported violations of rights and political freedoms in particular.

Key words: Public opinion, political responsibility, interrogation, sovereignty of the people.

المُقَدِّمَةُ

جل الدساتير العالمية تتضمن النص على الحقوق والحريات، ومن ضمنها الحقوق والحريات السياسية، وتقرر كذلك حمايتها، ولكن النصوص لا تكفي لحماية تلك الحقوق والحريات و إذا لم يكن هناك ضمانات كافية و تدابير عملية لإزالة المعوقات أمام ممارسة الأفراد لحقوقهم و حرياتهم فإن هذه النصوص لا تساوي الحبر الذي كتبت به. ومن هنا جاءت أهمية الضمانات السياسية والاجتماعية التي قد تكون أكثر فاعلية إذا ما حادت الضمانات ذات البناء القانوني عن هدفها، ومن ابرز هذه الضمانات : الرقابة البرلمانية و رقابة الرأي العام والنظام الديمقراطي. فلا بد من التأكيد على أن إيمان الأفراد بنجاعه و فاعلية تلك الضمانات هو الذي يعطي تلك الضمانات قيمتها العملية، لأنها تؤثر على النشاط السياسي و تشكل حالة ضغط على الحكومات لحملها على احترام الحقوق والحريات بشكل عام ويؤدي إلى رد الانتهاكات عن الحقوق والحريات السياسية بشكل خاص.

٢ - مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في عدم وعي الأفراد بدورهم في حماية حقوقهم و حرياتهم سواء كان ذلك من خلال انتخاب مجلس نواب قادر على ممارسة دوره التشريعي وعدم إصدار قوانين تحد من حقوق و حريات الأفراد ومراقبة الحكومة بعدم سن تشريعات فرعية أو اتخاذ قرارات فردية تؤثر على الحقوق والحريات، أو من خلال تشكيل رأي عام قوي يؤثر على المسار السياسي للحكومات لحملها على احترام الحقوق والحريات و هذا يعتبر من أبجديات النظام الديمقراطي الذي يقوم على مبدأ سيادة الشعب.

٣ - أهمية الدراسة

تكمُن أهمية الدراسة في محاولة من الباحث لبيان دور الأفراد في حماية حقوقهم و حرياتهم من خلال انتخاب سلطته التشريعية - النواب - أو تكوين رأي عام للضغط على الحكومات لاحترام الحقوق والحريات وإبراز أهمية النظام الديمقراطي في الحفاظ على تلك الحقوق والحريات.

٤ - منهج البحث

سأتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي من خلال دراسة النصوص وتحليلها ليتبين لنا مدى كفايتها للحفاظ على الحقوق والحريات.

٥ - خطة البحث

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين الأول استغرق مطلبين والثاني ثلاث مطالب وذلك على النحو الآتي :

المَبْحَثُ الْأَوَّلُ

الرَّقَابَةُ الْبَرْلَمَانِيَّةُ

من المعلوم أن الدول أصبحت تنص على حقوق الإنسان و حرياته الأساسية ضمن بنود الدستور، الا أن ضمان عدم انتهاك هذه الحقوق والحريات يتطلب النص على الضمانات الأساسية والتي تكفل عدم انتهاك هذه الحقوق والحريات.

ويعد مبدأ الرقابة البرلمانية احد أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام البرلماني، لذلك تحرص التشريعات الدستورية على النص عليه وبيان أحكامه، باعتباره وسيلة التوازن والتعاون بين السلطات كما انه وسيلة مهمة يستخدمها البرلمان للتأثير على أعمال السلطة التنفيذية لتنفيذ السياسة العامة للدول بشكل يتفق ومبادئ المشروعية واحترام سيادة القانون والمساواة أمامه.

وتقوم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية على أساس التعاون والرقابة المتبادلة بينهما، وحتى يبقى هذا التوازن و المساواة يتوجب وجود وسائل تأثير وضوابط رادعة لكل من السلطتين تمنع طغيان أو تغول أو استبعاد إحداها للأخرى، حيث يملك البرلمان وسائل تضمن عدم انحراف الحكومة من خلال مراقبة السياسة العامة والبحث في مدى سلامة القرارات والإجراءات الوزارية.

وتعد وسائل رقابة السلطة التشريعية، والتي أبرزها السؤال والاستجواب و طرح الثقة و التحقيق البرلماني، على أعمال الوزارة احد أهم الأركان التي يقوم عليها النظام البرلماني بوصفها من المبادئ الأساسية المرتبطة بالنظام الديمقراطي، فكل ديمقراطية هي في حاجة إلى هذا النوع من الرقابة، كونها تكفل للدولة شكلا من أشكال الاستقرار والتقيد بإحكام الدستور والقانون، فمما لا شك فيه أن لمثل هذه

الرقابة أهمية كبيرة، كونها تقوم بدور فاعل في منع الوزارة من استغلال السلطات الممنوحة لها أو الانحراف بها أو التعسف في استخدامها، وتزداد أهمية الرقابة البرلمانية في الوقت الحاضر، نتيجة اتساع اختصاصات ونشاط الدولة السياسي والاقتصادي والاجتماعي، فالمجالس النيابية تراقب السياسة العامة للدولة و تبحث في مدى مشروعية وسلامة الإجراءات والقرارات و التصرفات و توافقها مع أحكام القانون و الدستور.

وللوقوف على ماهية هذه الرقابة بصورة أكثر تفصيلا سأنتطرق الى مفهوم الرقابة البرلمانية و أهدافها كمطلب أول، ومن ثم وسائل هذه الرقابة كمطلب ثان.

المَطْلَبُ الأوَّل

مفهوم الرقابة البرلمانية و أهدافها

تظهر الرقابة البرلمانية عادة في النظم الدستورية للدول التي تأخذ بالنظام البرلماني الذي يقوم على أساس الفصل بين السلطات الثلاث التشريعية و التنفيذية و القضائية، والرقابة البرلمانية هي التي تحمل السلطة التنفيذية على احترام القانون وأعمال مبدأ المشروعية، ومن هنا تبدو الصلة الوثيقة بين الرقابة البرلمانية و مبدأ المشروعية.

وتقتضي الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة وجود سلطة تتولى مطابقة أعمال الإدارة للقانون، وتملك صلاحية الإلغاء أي قرار تتخذه أجهزة الدولة بسبب عدم

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

مشروعيتها، وتتولى حماية المواطنين و حقوقهم ضد تصرفات الإدارة المخالفة للقانون^(٢٨٢).

وتعتبر الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية من ابرز و أهم وظائف البرلمان والتي أساسها سن القوانين، حيث تستند أهمية وظيفة الرقابة إلى أن أعضاء البرلمان يمثلون كتلة الناخبين لذا فهي تعبر عن احتياجاتهم في مواجهة السلطة التنفيذية، كما يعتبر الدور الرقابي للبرلمان في مواجهة السلطة التنفيذية تأكيداً لمبدأ الديمقراطية في أنظمة الحكم الحديثة التي تتيح للشعب من خلال نوابه في البرلمان مراقبة أداء الحكومة ومحاسبتها إذا أخطأت.

والبرلمان يشكل إحدى أهم الدعائم الأساسية لحماية الحقوق الحريات السياسية من خلال اختصاصه الدستوري و تحديداً في عملية سن القوانين (المهمة التشريعية) والمهمة الرقابية لأداء السلطة التنفيذية (الحكومة) بحيث يراقب من خلال مهمته التشريعية مدى قدرة التشريعات النازمة للحياة السياسية على احترام الحقوق والحريات السياسية المتعلقة بحرية الرأي والعقيدة وبعقد الاجتماعات، وحرية الصحافة و الإعلام وتشكيل الأحزاب السياسية والجمعيات والنقابات وقوانين الانتخابات العامة والتصدي لأي قوانين تحد من تلك الحريات أو تنتقص منها، اما لجهة الدور الرقابي لأداء الحكومة فهذه المهمة ملازمة للمهمة التشريعية وهذا الدور الرقابي يشكل وسيلة ضغط على درجة كبيرة من الأهمية و يمكن أعضاء البرلمان من الاطلاع على عمل الحكومة و مراقبته عن قرب و توجيه الأسئلة و الاستفسارات لها.

(٢٨٢) د. كنعان، نواف، ٢٠١٠ حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والداستير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ص ٣٦٣

ويحدد شكل الرقابة البرلمانية بما هو مرسوم في الدستور، وهي تختلف من دولة إلى أخرى و تكون الرقابة البرلمانية أقوى في النظم النيابية من النظم الأخرى ، حيث تكون الوزارة مسؤولة أمام البرلمان مسؤولية تضامنية ناهيك عن المسؤولية الفردية لكل وزير عن أعمال وزارته^(٢٨٣).

فرقابة البرلمان للسلطة التنفيذية من ناحية أدائها للاختصاصات المخولة لها في الدستور تهدف إلى التأكد من تطبيق السياسة التي انتهجتها الوزارة والتي اعتمدها البرلمان كبرنامج عمل لها سواء على صعيد سياستها الداخلية أو على صعيد سياستها الخارجية و محاسبتها في حال تقصيرها.

والرقابة البرلمانية تعني تفصي الحقائق من جانب السلطة التشريعية لأعمال الحكومة للكشف عن عدم التنفيذ السليم للقواعد العامة في الدولة وتحديد المسؤول عن ذلك ومساءلته^(٢٨٤).

ومن خلال النظر في مختلف النصوص الدستورية المنظمة للرقابة، يلاحظ ، أن لها هدفا عاما ترمي إليه جميع وسائل الرقابة، كما أن لكل وسيلة منها هدفا خاصا بها يرمي إلى الوقوف على الحقيقة والواقع، أما فيما يتعلق بالغرض العام للرقابة فإنه يتمثل في الاستيثاق من اتفاق أداء الحكومة لمهامها مع المصلحة العامة وأهمية تحقيق هدف الرقابة يكون في نطاق اعتدائها على الحقوق السياسية من خلال تبصير الحكومة بالعيب الكامن في إحدى إدارتها حتى تبادر بإصلاحه بالإضافة إلى تحديد مواطن الخلل والى أن هناك بعض القطاعات المعينة التي تستلزم تدخلا أو إصلاحا تشريعا أما لعدم وجود تنظيم لها أو لأنة التنظيم القائم لم يعد ملائما أو أن

(٢٨٣) د. خليل، محسن، ١٩٩٦ القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، ص ٧٧.

(٢٨٤) د. عمران، فارس، ٢٠٠٣، التحقيق البرلماني، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ص ٢٣٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

حلول الحكومة ومعالجتها لم تعد كافية، وبالتالي فإن أعمال أحكام الرقابة البرلمانية يعتبر في إطار حماية الحقوق والحريات السياسية من انجح الضمانات لأنه لا مناص أمام السلطة التنفيذية إلا الاستجابة لمعالجة أي اختلالات أو ممارسات من قبل السلطات العامة تحد من حريات الأفراد وحقوقهم السياسية على اختلاف أنواعها، لذا يتوجب توظيف هذه الرقابة من قبل ممثلي الشعب لخدمة حريات الأفراد وان لا تنطوي فقط على مصالح شخصية أو خاصة، وفي ظل غياب مثل هذه الرقابة فإن السلطة التنفيذية بأجهزتها المختلفة ستتطاول على الحقوق والحريات السياسية و تصدرها و ستستغل ظروف معينة لفرض حالة من الطوارئ أو الأحكام العرفية و ستعتدي على الدستور و تعطل أحكامه الخاصة بحقوق المواطنين و حرياتهم^(٢٨٥)، والشواهد على ذلك كثيرة خصوصا في الدول التي تغيب عنها الممارسات الديمقراطية.

وهنا يأتي دور الناخب الأردني في اختيار ممثله في مجلس النواب بحيث ينتخب من يحافظ على حقوقه و حرياته و يمنع الحكومة من التجاوز عليها، لا أن ينتخب اناس همهم الأول والأخير مصالحهم الشخصية، فكيفما يكون المواطن يولى عليه.

المطلب الثاني

وسائل الرقابة البرلمانية

إن التوازن في النظام البرلماني يتمثل بوجود وسائل قانونية تحفظ هذا التوازن وتزيل كل خلاف يحول دون التعاون بينهما، ويقتضي التوازن بين السلطات أن لا

^(٢٨٥) الأحكام العرفية فرضت في الأردن منذ عام ١٩٦٧ ولغاية ١٩٩٢، أي منذ احتلال الضفة الغربية من الأردن و حتى أحداث الجنوب عام ١٩٨٩ والتي سميت "هبة نيسان".

تتفوق أحداها بصورة دائمة على غيرها من السلطات، ولذلك يجب أن تزود السلطات التشريعية والتنفيذية بوسائل متعادلة وفعالة للتأثير المتبادل على بعضها البعض كما يجب أن يحاط هذا التوازن برقابة دائمة من الرأي العام^(٢٨٦).

وقد أصبحت الرقابة على عمل الحكومة (الوزارة) وظيفة سياسية تتمتع بها المجالس المنتخبة من قبل الشعب، وهذه الوظيفة تمارس ضمن حدود يرسمها القانون، فسلطة البرلمان لا تقتصر على تشريع القوانين واعتماد الموازنة وإنما تمتد إلى مدى أبعد من ذلك، حيث تقوم هذه المجالس بدور رئيس في الأنظمة البرلمانية يتمثل بالرقابة على نشاط الحكومة، ولهذه الغاية تضمنت أغلب الدساتير نصوص تتعلق بوسائل رقابة البرلمان على أعمال الحكومة، وهذه الوسائل تمثل أدوات الرقابة البرلمانية، وللبرلمان حسب تقديره لظروف الحال استخدم هذه الوسائل جميعها بصدد تصرف معين من قبل الحكومة أو قد يقتصر على استخدام أحداها^(٢٨٧).

ومن أهم وسائل الرقابة البرلمانية التي استقرت عليها الدساتير والأعراف والتقاليد البرلمانية وخاصة في الدول الديمقراطية النيابية: السؤال، والاستجواب وطرح الثقة والتحقيق البرلماني والاقتراحات برغبة، وطلبات المناقشة والعرائض^(٢٨٨).

(٢٨٦) د. ليلة، محمد كامل، ١٩٦١، النظم السياسية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص ١٢٧.

(٢٨٧) د. الرفيعي، علي كاظم، بدون سنة نشر، وسائل الرقابة البرلمانية على الحكومة، جامعة بغداد، ص ٤٧.

(٢٨٨) د. كنعان، نواف، ٢٠١٠، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، ط ٢، أثار للنشر والتوزيع، الأردن، ص ٣٤٦.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وقد نص الدستور الأردني في المادة (٩٦) منه على ما يلي :- "لكل عضو من أعضاء مجلسي الأعيان والنواب أن يوجه أسئلة واستجابات إلى الوزراء حول أي أمر من الأمور العامة وفقا لما هو منصوص عليه في النظام الداخلي للمجلس الذي ينتمي إليه ذلك العضو، ولا يناقش استجواب ما قبل مضي ثمانية أيام على وصوله إلى الوزير إلا إذا كانت الحالة مستعجلة ووافق الوزير على تقصير المدة المذكورة".

وكما تجدر الإشارة إلى أن بعض وسائل الرقابة البرلمانية نص عليها ضمن بنود الدستور كالسؤال والاستجواب والبعض الآخر منها ورد ضمن النظام الداخلي لكل من مجلسي النواب والأعيان كلجان التحقيق البرلمانية وطلبات المناقشة العامة. أولا : حق توجيه السؤال :

يعرف هذا الحق بأنه " تمكين أعضاء البرلمان من الاستفسار عن الأمور التي يجهلونّها، أو لفت نظر الحكومة إلى موضوع معين" (٢٨٩).

ويتم توجيه السؤال من عضو البرلمان إلى الوزير المختص أو إلى رئيس وزراء وهو بذلك يمثل علاقة خاصة محددة الدائرة إطفافها العضو والوزير فقط ويتوجب أن لا يكون السؤال متعلق بمصلحة شخصية او خاصة بل يتوجب أن يكون في القضايا العامة التي تهّم المواطنين وحرياتهم.

وقد عرفت المادة (١٢٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب الأردني هذا الحق بأنه "استفهام العضو من رئيس الوزراء أو الوزراء عن أمر يجهله في شأن من

(٢٨٩)د. الطماوي، سليمان، ١٩٨٦ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار النهضة، القاهرة، ص ٥٤٥.

الشؤون التي تدخل في اختصاصاتهم او رغبته في التحقق من حصول واقعة وصل علمها إليه، أو استعلامه عن نية الحكومة في أمر من الأمور".

ثانيا: طرح موضوع عام للمناقشة

المشورة بين المجلس و الحكومة".

إذا كان السؤال يمثل علاقة محددة ذات طرفين فقط هما العضو السائل والوزير المسؤول، فعلى العكس يقصد بطرح موضوع عام للمناقشة قيام عدد من أعضاء البرلمان بالمطالبة بإثارة موضوع عام يتعلق بالسياسة الداخلية او الخارجية للبلاد، وهنا تكون المناقشة مفتوحة داخل البرلمان و يمكن أن يشترك فيها من يشاء من الأعضاء^(٢٩٠). ويعد طرح موضوع عام للمناقشة احدى الو لقد عرفت المادة (١٣٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب الأردني هذا الحق بأنه "تبادل الرأي و سائل الرقابية التي يستطيع البرلمان بموجبها تبادل وجهات النظر مع الحكومات للوصول إلى أفضل السياسات لحل المشاكل سواء الداخلية أم الخارجية^(٢٩١)".

إلا أن هذه الوسيلة الرقابية قد تتحول إلى صيغة أكثر اتهاما وذلك لأنه يحق لطالبي المناقشة العامة وغيرهم طرح الثقة بالوزارة أو بالوزراء بعد انتهاء المناقشة العامة.

ثالثا: لجان التحقيق البرلمانية (لجنة النزاهة والشفافية وتقصي الحقائق) :

(٢٩٠) د. بدر، احمد سلامة، ٢٠٠٣، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٧.

(٢٩١) د. الشاعر، محمد رمزي طه، ١٩٨٣ الوجيز في القانون الدستوري، جامعة عين شمس، ص ١٥٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

قد يريد البرلمان الوقوف على حقيقة معينة حتى يستطيع الحكم بنفسه على موضوع معين، ومثال ذلك عندما يرغب البرلمان في معرفة عيوب إحدى المصالح الحكومية أو السبب في تصرف إداري معين^(٢٩٢) و لهذه اللجنة الحق في الانتقال إلى المواقع التي ترى ضرورة الانتقال إليها كما أن لها سؤال من ترى سؤالهم من الموظفين و الخبراء و غيرهم^(٢٩٣). وقد تكون هذه اللجان التي تشكل بمعرفة البرلمان لجان دائمة او مؤقتة ترتبط بالتحقيق في موضوع معين، وقد أجاز النظام الداخلي لمجلس النواب الأردني تشكيل مثل هذه اللجان وعلى مهامها حيث نصت المادة ٥٩ منه على ما يلي :- "تتألف لجنة النزاهة والشفافية وتقصي الحقائق المهام التالية : دراسة الأمور المتعلقة بالفساد المالي والإداري في المؤسسات الرسمية العامة والمؤسسات العامة ومراقبة إجراءات مكافحة الفساد".

رابعاً : الاستجواب :

يعد الاستجواب وسيلة من وسائل رقابة البرلمان لأعمال السلطة التنفيذية، بل هو اقوي الوسائل الرقابية، لأنه ليس مجرد استفسار عن مسألة معينة وإنما هو عبارة عن محاسبة الوزارة بأكملها أو احد الوزراء على تصرف من التصرفات العامة فهو يتضمن في طياته اتهاماً أو نقداً للحكومة^(٢٩٤).

^(٢٩٢)د.متولي، عبد الحميد، ١٩٦٦، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار المعارف، القاهرة، ص ١٥٤.

^(٢٩٣)د.أبو راس، محمد الشافعي، ١٩٧٥، نظم الحكم المعاصرة، دراسة مقارنة في أصول النظم السياسية، الجزء الأول (النظرية العامة للنظم السياسية)، عالم الكتب، القاهرة، ص ٤٥٠.

^(٢٩٤)د.متولي، عبد الحميد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، ط ٤، ص ١٥٥.

وبذلك فإن الاستجواب هو محاسبة الوزراء أو احدهم على تصرف له في شأن من الشؤون العامة.

ولا يحصر الاستجواب المناقشة بين عضو البرلمان الذي دعا إليه وبين الوزير كما هو الحال في السؤال، وإنما يعد حقاً مقررًا لكل عضو من أعضاء المجلس النيابي في مواجهة رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء، كما أن الاستجواب لا يسقط إذا تنازل عنه مقدمه بحيث يمكن أن يتبناه أي عضو آخر على عكس السؤال الذي يسقط الحق فيه بالتنازل عنه، وقد نص الدستور الأردني على هذه الوسيلة الرقابية في المادة (٩٦) والتي نصت على ما يلي: "لكل عضو من أعضاء مجلسي الأعيان والنواب أن يوجه إلى الوزراء أسئلة واستجابات حول أي أمر من الأمور العامة ووفقاً لما هو منصوص عليه في النظام الداخلي للمجلس الذي ينتمي إليه ذلك العضو، ولا يناقش استجواب ما قبل مضي ثمانية أيام من وصوله إلى الوزير إلا إذا كانت الحالة مستعجلة ووافق الوزير على تقصير المدة المذكورة".

وتظهر أهمية الاستجواب في أنه يفتح باب المناقشة العامة التي يشترك بها جميع أعضاء المجلس، ومن أن المناقشات التي يثيرها الاستجواب بعضها يؤدي إلى التصويت على الثقة بالوزارة أو الوزير، وهنا تظهر أهمية تطور الاستجواب عن غيره من الوسائل^(٢٩٥).

كما تظهر أهمية الاستجواب من جوازية توجيهه بخصوص أي عمل مهم تقوم به السلطة التنفيذية، فالموضوعات التي يجوز الاستجواب عنها غير محددة ما دامت لا تخالف القواعد الأساسية من الدستور^(٢٩٦).

(٢٩٥) د. ليلية، محمد كامل، ١٩٦٠، القانون الدستور، دار الفكر، القاهرة، ص ٣٨٣.

(٢٩٦) د. ليلية، محمد كامل، ١٩٦٠، النظم السياسية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص ٩٢٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن المادة (٩٦) من الدستور أعطت الحق لكل عضو من أعضاء مجلسي النواب والأعيان أن يوجه أسئلة واستجابات إلى الوزراء، ودستورياً فإن سؤال عضو مجلس النواب قد يتحول إلى استجواب، وقد يتحول الاستجواب إلى طرح الثقة بالوزارة وهي النتيجة النهائية أو القصوى التي تترتب على رقابة النواب للوزارة. السؤال الذي يطرح هل وسيلتي الرقابة البرلمانية - السؤال والاستجواب- تصل إلى هذه النتيجة فيما يخص مجلس الأعيان؟ دستورياً لا، لأن طرح الثقة بالحكومة محصوراً بالمجلس المنتخب - مجلس النواب - فما دام أن رقابة مجلس الأعيان لا يترتب عليها مسؤولية سياسية - طرح الثقة بالوزارة- فلماذا هذه الرقابة التي لا تؤدي إلى نتيجة؟ ومن المعروف أن أي رقابة لا تثير مسؤولية لا جدوى منها، وبالتالي أرى أن حق السؤال و الاستجواب يعطى لمجلس النواب فقط دون الأعيان، ومن الناحية العملية كيف يراقب مجلس معين حكومة معينة؟. والواقع العملي يؤكد ما أقوله حيث لم يصدف - بحدود علمي- أن وجه احد أعضاء مجلس الأعيان استجاباً للوزارة أو احد أعضائها.

خامساً : طرح الثقة بالوزارة أو احد الوزراء أمام مجلس النواب :

وهذه الوسيلة تعتبر إحدى أهم الأدوات الرقابية التي يمتلكها مجلس النواب، حيث إذا قرر المجلس عدم الثقة بالوزارة بالأكثرية المطلقة من مجموع أعضائه وجب عليها أن تستقيل، وإذا قرر عدم منح الثقة لأحد الوزراء وجب عليه اعتزال منصبه وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.

ويلاحظ أن المادة (٥٤) من الدستور تضمنت انه اذا حُجبت الثقة عن الحكومة وجب عليها ان تستقيل، وهذا هو الجزاء الذي رتبته المادة على مسؤولية الوزارة السياسية، والسؤال الذي يطرح: هل هذا الجزاء يعتبر نافذاً أو يجب تنفيذه؟ دستورياً الجواب لا، لأن الذي يقبل الاستقالة حسب ما جاء في المادة (٣٥) من

الدستور هو الملك، فالملك قد يقبل الاستقالة أو قد لا يقبلها وبالتالي يصبح نتيجة حجب الثقة عن الوزارة لا شيء^(٢٩٧). وإنني أرى أن تعدل تلك المادة بحيث تستبدل عبارة (تقدم استقالتها) ب عبارة (تعتبر مستقيلة)، وإذا ما قال قائل بان مصدر هذا النص التاريخي هو نصوص بعض الدساتير الملكية الأوروبية فأرجو أن لا يغيب عن باله أن تلك الدساتير لم تنص موافقة الملك على الاستقالة.

سادسا : تلقي العرائض والشكاوى :

هذه الوسيلة هي إحدى الأدوات التي يقوم الأفراد من خلالها، باعتبارها وسيلة قانونية بمخاطبة السلطة التشريعية بهدف توضيح مسألة معينة سواء كانت شخصية أو متعلقة بالشأن العام، حيث تقوم اللجان المختلفة في البرلمان بتلقي تلك العرائض والشكاوى وتقوم بإحالتها إلى اللجان المختصة لدراستها ومن ثم متابعتها لدى السلطة التنفيذية، ومن هنا تكون هذه الوسيلة إحدى أدوات الرقابة البرلمانية على عمل السلطة التنفيذية من خلال ما يتلقاه البرلمان من شكاوى وعرائض.

ويعتبر موضوع الشكاوى أو تقديم العرائض من الموضوعات الوثيقة الصلة بحق من حقوق الأفراد وبحرية من حرياتهم العامة، في أن يشكو عدوانا وقع عليه، سواء من الأفراد أو إحدى السلطات العامة، ويلتمس التدخل لرفعه، ومن هنا أصبح هذا الحق مرتبطا بفكرة حقوق الإنسان وحرياته، بل من الضمانات الهامة لحماية هذه الحقوق والحريات^(٢٩٨).

(٢٩٧) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يرجع الى : أ.د. العضيلة، أمين سلامة ، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة، ٢٠١٢، ص ١١٦-١٢٢.

(٢٩٨) د. كنعان، نواف، ٢٠٠٦، النظام الدستوري والسياسي لدولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، ط ٢، ص ٢٨٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وتعد العرائض والشكاوي وسيلة رقابية يمارسها المواطنون وليس أعضاء البرلمان على الحكومة، وإن كانت تلك الوسيلة تتم عبر المجلس ونظرا لأهمية العرائض والشكاوي وارتباطها بالمواطنين فقد نصت عليها المادة ١٧ من الدستور الأردني على ما يلي :- "للأردنيين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينوب من أمور شخصية أو فيما له صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي عينها القانون".

ويرى الباحث بأن هذه الوسائل والأدوات التي يمتلكها البرلمان للرقابة على أعمال الحكومة ستبقى إحدى الضمانات المهمة في يد ممثلي الشعب للوقوف على مدى احترام السلطات العامة للحقوق والحريات السياسية، بحيث تبقى الإجراءات التي تتخذها والتي قد تحد من الحقوق والحريات السياسية أو تقيدتها تحت نظر البرلمان الذي يستطيع أن يتدخل في الوقت الذي يشاء لكي تعود السلطات العامة (الحكومة) عن تلك الإجراءات، وإذا ما مارس البرلمان هذه الرقابة بشكل فاعل فإنها ستكون إلى جانب الضمانات الأخرى منظومة متكاملة لحماية الحقوق والحريات السياسية.

المبحث الثاني

رقابة الرأي العام

ان الرقابة على مؤسسات الدولة في العصر الحديث غدت من أهم القضايا التي يتطلع إليها أفراد الشعب بشغف وتلهف لان هذه الرقابة تسهم بشكل كبير في نشر الحقائق وبالتالي تشكيل رأي عام إزاء القضايا التي تهمهم سواء كانت هذه القضايا اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية، وعملية تكوين الرأي العام تتأثر نتيجة التفاعل بين مجموعة من العوامل الثقافية والسياسية والإعلامية والاقتصادية المتداخلة، ويعتبر العامل السياسي الذي يسمح بتكريس الديمقراطية واقعا معاشا ويعمل على احترام حرية الفكر والعقيدة والتعبير عن الرأي واحترام الصحافة والكتابة وحرية الاجتماع والعمل من أهم العوامل التي تؤثر في تكوين الرأي العام بالإضافة إلى الإرادة السياسية لنشر الحقائق كما هي للجمهور. ومن الواضح أن رقابة الرأي العام لها اثر بالغ في تنظيم أعمال السلطات المختلفة ومنعها من التعسف وبالتالي حماية الحقوق والحريات وتعزيز الديمقراطية، فهذه الرقابة كفيلة بالارتقاء بالفرد وبت الوعي فيه وتعبئة الجهود الفردية والجماعية للتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم احترام الدستور وسيادة القانون. ونظرا لأهمية هذه الرقابة كضمانة للحقوق والحريات السياسية سوف أتناول على دراستها من خلال المطلبين التاليين:

- المطلب الأول : مفهوم الرأي العام.

- المطلب الثاني : الرأي العام كضمانة للحقوق والحريات السياسية.

المطلب الأول

مفهوم الرأي العام

لقد أصبح الرأي العام احد العوامل والأدوات المهمة بل والأساسية المؤثرة في عملية صنع القرار في المجتمعات الحديثة، ولم يستطع أي مؤرخ أو باحث أن يتجاهل وجود قوة سياسية واجتماعية تدعى الرأي العام، حيث أصبح له اثر كبير في حياة الناس اليومية فهو يسقط أنظمة ودول و يبقي غيرها، يبني الشهرة و يهدمها، يوازر المؤسسات العامة ويؤثر في وضع القوانين ويلغيها ويرعى التقاليد الاجتماعية والمبادئ الأخلاقية أو يتنكر لها، فهو تعبير الجمهور العام عن رأيه ومشاعره وأفكاره ومعتقداته واتجاهاته و وجهة نظره وإرادته.

والأمة هي المخاطبة أصلا بالحقوق السياسية وتنفيذها، وهي صاحبة السلطة الفعلية تنيب الحاكم لتنفيذها، وهذا يرتب عليها مسؤولية في حالة المساس بهذه الحقوق أو مصادرتها من قبل الحاكم، وهنا يأتي دورها وبحكم مسؤولياتها في أن تضع له حدا وتعيد هذه الحقوق وتمارس الأمة دورها هذا من خلال عدة أوجه، من خلال تشكيل رأي عام والذي يجد صده لدى نواب الشعب و ممثليه باعتبارهم أمناء على حقوق أفرادهم و مسؤولون أمامهم عن حمايتهم، الأمر الذي يجعل النائب تحت رقابة و سلطة الناخبين الذين يشكلون من خلال مصالحهم المشتركة رأيا عاما، وبالتالي فهو مطالب دوما بتقديم الحساب و معرض دائما لسحب الثقة منه^(٢٩٩). وإزاء نسبية الضمانات الوضعية و عدم كفايتها لحماية الحقوق والحريات السياسية

(٢٩٩) د. الغنوشي، راشد، ١٩٩٣، الحريات العامة في الإسلام، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية،

بيروت، ص ٣٢٧

تبرز الضمانات الأخرى الأكثر فاعلية عند اللجوء إليها ومن أهمها الرأي العام إذ تمثل اتجاهاته ضمانات قوية ضد استبداد وتسلط السلطات الحاكمة ويصبح له اثر فعال في حسن تطبيق القواعد والمبادئ الدستورية فلا غنى عن ضغط الرأي العام في حالات كثيرة لحمل الحكومات على احترام الحقوق و الحريات الإنسانية ومنها الحقوق و الحريات السياسية. ولقد شاع استخدام اصطلاح الرأي العام في الوقت الحاضر بوصفه عاملا مؤثرا وهاما في حياة الناس، وقد تعددت التعريفات التي قيلت في الرأي العام، وعلى الرغم من ذلك فإنها تلتقي في مضمونها على انه التقاء وجهة نظر الغالبية لجماعة معينة حول أمر أو مشكلة معينة.

فالرأي العام يمثل اجتماع كلمة ورأي أفراد الشعب أو طبقة أو فئة معينة من فئاته بصدد قضية معينة ذات اهتمام جماهيري واضح بحيث يكون الرأي الغالب بين أفراد الشعب بان له رغبة معينة في ان تحسم هذه المشكلة أو القضية على نحو معين وهو في الغالب الرأي الصواب^(٣٠٠).

وغالبا ما يتكون الرأي العام ويصبح سائدا بين الأغلبية الواعية لأفراد الشعب حول قضية أو أكثر يحتدم بشأنها النقاش بحيث تمس مصالح هذه الأغلبية وقيمها الإنسانية مسا مباشرا^(٣٠١).

وكما يمثل الرأي العام رأي جماهير الشعب بكافة فئاته وطبقاته والتي تعد عنصرا أساسيا من عناصر تكوين الدولة، والرأي العام قد يكون دوليا بحيث يشمل رأي جماهير دول متعددة في بعض المشاكل العالمية، وقد يكون داخليا، داخل نطاق دولة

(٣٠٠) د. الشاعر، رمزي، ١٩٨١، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٢٠.

(٣٠١) د. التهامي، مختار، ١٩٨٢، الراي العام، والحرب والنفسية، دار المعارف، القاهرة، ص ٨.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

معينة ومهتم بمصالح هذه الدولة، وللرأي العام نفوذ كبير في الرقابة على تصرفات الهيئات الحاكمة وعلى احترامها للحقوق والحريات.

والرأي العام حين يبلغ مرحلة النضج يستطيع أن يناصر أو يخذل أي سلطة ويصبح هو القوة الموجهة للهيئة الحاكمة^(٣٠٢).

وغالبا ما يكون الرأي العام بواسطة أفراد الشعب على أمر معين بحرية في المسائل العامة المختلف عليها والتي يحتدم فيها الجدل والخلاف والنقاش وتمس مصالح الأغلبية أو قيمها الإنسانية المختلفة^(٣٠٣).

والرأي العام هو انعكاس لنبض الجماهير و من هنا فهو أداة فعالة وقوية و مؤثرة في القضايا العامة، ويلعب الإعلام الحر ذو المصادقية العالية دورا حيويا و كبيرا في تكوين رأي عام مستنير لأنه يعرض الحقائق والمعلومات الموثقة مما يخلق حالة من الحوار والنقاش و احتكاك الأفكار وتفاعل الآراء مما يعطي للرأي العام مصداقية كبيرة و يكون تعبيراً صريحا عن آراء الناس و اتجاهاتهم وبالنتيجة الإسهام بفاعلية في عملية المحاسبة والمساءلة ونشر النزاهة وتمثيل مصالح المواطنين و الدفاع عنها.

ويشارك في تكوين الرأي العام مختلف الهيئات والتنظيمات الشعبية والنقابية والحزبية عن طريق طرح أفكارها و اتجاهاتها والدعوة إليها بمختلف الوسائل التي تؤدي الصحافة والوسائل الإعلامية الأخرى السمعية والبصرية دورا كبيرا في نشرها و تعبئة الرأي العام وتوجيهه من خلالها.

(٣٠٢) د. مهنا، ممد نصر، ٢٠٠٦، تطور النظريات والمذاهب السياسية، ط١، دار الفجر، القاهرة، ص ١٧٦.

(٣٠٣) د. عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام، ٢٠٠٥، حقوق الانسان وحياته العامة، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٠١.

فالرأي العام يمثل مجموعة من آراء جمع كبير من الأفراد، وإن هذه الآراء تتصل بالمسائل المختلف عليها والتي تبغي الصالح العام، وأنها يمكن أن تمارس تأثيرا على الأفراد والجماعات السياسية الحكومية أو العامة، ولكي نتوصل للرأي العام لا بد أن يكون هناك مناقشة منظمة للوصول إلى هذا الرأي، فالرأي العام ليس مجرد جمع آراء أفراد متفرقة ولكنه تفاعل منظم ينتج عن عملية الاتصال والتفاعل بين هؤلاء الأفراد^(٣٠٤).

المطلب الثاني

الرأي العام كضمانة للحقوق والحريات السياسية

إن ضمان حقوق الإنسان و حرياته الأساسية لا يتحقق فقط بوجود الضمانات الدستورية و الضمانات القضائية، إذ لا بد من وجود ضمانات أخرى، بحيث تؤدي هذه الضمانات بمجملها إلى ضمان حقوق الإنسان وعدم انتهاكها، ومن هذه الضمانات الرأي العام، حيث انه يمثل إرادة شعبية حكيمة لان هذه الإرادة تدخل في حوارات و مناقشات تعمل على نشر مفاهيم حقوق الإنسان و حرياته و يكون لها دور كبير في حماية هذه الحقوق والحريات من عسف السلطات الحاكمة، ومن الجدير بالذكر أن دور الرأي العام في ضمان و حماية حقوق الأفراد و حرياته يرتبط بمدى ثقافة المجتمع و مدى معرفته بحقوق الإنسان و حرياته، ولكي يمارس الرأي العام دوره بشكل فعال، فينبغي أن تتوفر له مستلزمات نقل أفكاره و مناقشاته المتعلقة

(٣٠٤) د.سراج، سعيد، ١٩٨٧، الرأي العام ومقوماته وأثره في النظم السياسية المعاصرة، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ص ١٦٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

بحقوق الإنسان وحياته كحرية التعبير بكل الوسائل وحرية الصحافة والطباعة والإعلان وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي^(٣٠٥).

ومما لا شك فيه أن الرأي العام هو أحد أهم العوامل المهمة بل والأساسية في عملية صنع القرار في المجتمعات الحديثة وقد بدأت تتبلور قوة وأهمية الرأي العام جراء التطور السريع والهائل في وسائل الاتصال التكنولوجية الحديثة المساندة للإعلام والمتعارف عليها "بشبكة الانترنت"، حيث أنه بفضل هذه الوسيلة الإعلامية أصبحت القوى الاجتماعية فاعلة وناشطة في الشأن العام، حيث تصل الآراء المتبادلة ووجهات النظر فيما بينها في القضايا العامة السياسية والاجتماعية والاقتصادية بسهولة ويسر، حيث تعتبر هذه القوى خط الدفاع الأول عن قضايا الحريات العامة و دحر الظلم والاستبداد والقهر الذي يعيشه المواطن وكشف انتهاكات سيادة القانون.

وتبرز قوة الضغط الحقيقي للرأي العام في النظم السياسية المعاصرة لأنه يلعب دوراً أساسياً في تحديد طبيعة النظام وتشكيل الأفكار السياسية وقد فرض بذلك احترامه على قادة الدول وحكوماتها على اختلاف ايدولوجياتهم، وكثيراً ما نلمس تغييراً في السياسات والمواقف كآثر لتدخل الرأي العام، وقد بات الرأي العام في ظل ازدهار دوره يقف خلف الدساتير والقوانين في الدول المعاصرة حيث يقوم ممثلو الشعب بوضع الدساتير والقوانين التي تتمشى مع رغبات الجماهير^(٣٠٦). وعلى

(٣٠٥) د. الشمري، عادل شمران، ٢٠١١، ضمانات حقوق وحياته الأساسية في النظم القانونية الداخلية، كلية القانون، جامعة كربلاء، ص ٣١.

(٣٠٦) د. احمد، محيي شوقي، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٤٦٢-٤٦٣.

سبيل المثال لا الحصر فالإصلاحات المتواضعة في الأردن و منها التعديلات الدستورية لم تحدث إلا بفعل الحركات الاجتماعية والرأي العام الأردني بشكل عام.

ويرتبط تطور الرأي العام وفعاليته في مراقبة سياسة الحكومة بمدى تطور الممارسة الديمقراطية للنظام السياسي، فسلطة الحكومة في الدول الديمقراطية لا تخلق وحدها النظام الذي تتولى أمره، ولا تستطيع بمفردها الحفاظ عليه، فهناك بالإضافة إلى سلطة الحكومة سلطة الرأي العام، وهي سلطة يتوقف عليها بناء النظام، سواء أكان الرأي العام مع الحكومة أو ناقدا لها نقدا بناء وفعالا، فانه يظل في النظام الديمقراطي الضمانة الأكيدة لوحدة الدولة وقوة نظامها، وكلما قويت مراقبة الرأي العام لتصرفات الحكومة كلما أصبحت الحكومة أكثر ديمقراطية في سياستها وممارستها(٣٠٧).

وتبرز أهمية الرأي العام بشكل خاص في المجتمعات المدنية من خلال منظمات المجتمع المدني كالأحزاب والنقابات والتنظيمات الشعبية حيث تساهم هذه المنظمات بدور هام في ضمان احترام الدستور وسيادة القانون وحماية حقوق الأفراد وحياتهم السياسية كما تعمل هذه المنظمات على تشكيل الرأي العام لإحداث التغيير السلمي والتفاهم الوطني مع السلطة في سبيل تعزيز الديمقراطية وتنشئة الأفراد على أصولها والياتها، فهي الكفيلة بالارتقاء بالأفراد وبث الوعي وتعبئة الجهود الفردية والجماعية للتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم احترام الدستور

(٣٠٧) د.خضر، خضر، ٢٠٠٥، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص ١٠٤.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وكشف انتهاكات سيادة القانون والمساس بالحقوق والحريات وتشكيل وسائل ضغط على السلطات العامة لإجبارها على احترام حقوق الأفراد وحرياتهم^(٣٠٨).

ويعتبر الرأي العام من اقوي الوسائل التي تكفل لنظام الحكم توازنه واعتداله، فكلما قوي الرأي العام في دولة كلما حرصت السلطات الحاكمة على التزام أحكام الدستور والقانون، وبرز الدور الوقائي في مجال الضمانات، ولا يمكن ان يتكون الرأي العام أو يباشر دوره في دولة ما إلا إذا توافرت فيها للأفراد حقوقهم وحرياتهم الأساسية، وتعتبر ضمانة الرأي العام من اقوي الضمانات لحماية حقوق الانسان المقررة في الدساتير والقوانين العادية^(٣٠٩).

و ضمانة الرأي العام لا تتحقق إلا بتوافر درجة كبيرة من النضج و الوعي السياسي لأفراد الشعب علاوة على التقدم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، فلا يمكن أن يتكون الرأي العام أو يباشر دوره إلا إذا توافرت للأفراد حرياتهم الأساسية من حرية شخصية وحرية الرأي و حرية الاجتماعات و حرية الصحافة والنشر و حرية تكوين الجمعيات والنقابات، ويرجع السبب في ذلك للصلة الوثيقة بين ضمانة الرأي العام و بين الحريات الأساسية، فهذه الحريات هي التي تسمح للرأي العام بان يتكون، كما إن تكوين الرأي العام يضمن لتلك الحريات البقاء والازدهار^(٣١٠).

(٣٠٨) د.ابو راس، محمد الشافعي، ١٩٧٤، التنظيمات السياسية الشعبية، دار النهضة، القاهرة، ص ٥١.

(٣٠٩) د.كنعان، نواف، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

(٣١٠) د.عصفور، سعيد، ١٩٧٦، مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر، بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان ٥، ٦، ص ١٠٢ وما بعدها، مرجع اثار اليه د. نواف كنعان في مؤلف حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، ص ٣٦٦.

ويكون للأحزاب وجماعات الضغط دور كبير في أن تشكل ضغطاً على الحاكم و صانع القرار في السلطة التنفيذية لتصحيح مساره، حيث تساهم أحزاب المعارضة إلى جانب جماعات الضغط التي تضم فئات معينة من الشعب لها مصالح متقاربة في هذا الدور^(٣١١).

وبالرغم من أهمية الرأي العام في حماية الحقوق والحريات العامة إلا أن دوره يختلف من دولة إلى أخرى حسب تقدم الدولة وإيمان حكامها بالديمقراطية وحقوق الإنسان، لذلك فإن مشاركة الرأي العام في الدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته في الدول النامية ومنها الدول العربية محدودة، ولذلك تحتاج هذه الدول إلى تنمية مواردها و زيادة إنتاجها وتحقيق الكفاية المادية للمواطنين حتى يتمكنوا من أن يشاركوا وبصورة ايجابية في الحياة السياسية ويتمسكوا بحقوقهم وحرياتهم الأساسية^(٣١٢).

ويمكن تحديد العلاقة بين الرأي العام وحماية الحقوق والحريات العامة من خلال المظاهر التالية^(٣١٣) :

(٣١١) د.مهنا، محمد نصر، ٢٠٠٦، تطور النظريات والمذاهب السياسية، دار الفجر، القاهرة، ص ١٨٢.

(٣١٢) د.كنعان، نواف حقوق الإنسان في الإسلام، والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مرجع سابق، ص ٣٦٦، ٣٦٧.

(٣١٣) راجع في ذلك ، د.نواف كنعان، ٢٠١٠. حقوق الإنسان في الإسلام، والمواثيق الدولية والدساتير العربية، ص ٣٧٧، د.حسني احمد علي، ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة، ١٩٨٢، ص ١٣٩، ١٣٨، د.سعيد امين سراج، الراي العام، مقوماته واثره في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، ص ٢٥٠-٢٦٤، د.احمد بدر، الرأي العام، تكوينه وقياسه، ١٩٨٢، ص ١١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

- إن الرأي العام في العالم المعاصر يملك مراقبة احترام الدولة للحقوق والحريات العامة ولديه طرق متعددة للدفاع عنها إذا وقع انتهاك لها.
 - إن الرأي العام يعد قوة فعالة قادرة على رقابة السلطات الحاكمة وفرض إرادة الجماهير وضمان تحقيق مصالحها المشروعة.
 - إن الرأي العام في النظم الديمقراطية يعتبر سندا قويا للحكومة الشعبية وقوة لا يستهان بها للحفاظ على حقوق وحريات الأفراد، فالرأي العام تعبير عن الإدارة العامة للشعب وعنوان الديمقراطية الحقيقية القائمة على حكم الشعب بالشعب.
 - إن الرأي العام القوي يساهم في صنع القرار السياسي للشعب ويجعل القرار يتمشى مع إرادة ومصالح الجماهير لا إرادة الحاكم وحدها.
- ومن هنا تبرز أهمية الرأي العام الذي يمثل الإرادة الشعبية في الارتقاء بوعي الأفراد بحقوقهم وحرياتهم السياسية، وفي الوقت ذاته يحول تشكيل هذا دون الانتقاص من تلك الحقوق والحريات من قبل السلطة او الالتفاف عليها، كما يحول دون ممارسة حقوقها في الانتخاب والترشيح.

المطلب الثالث

الديمقراطية كضمانة للحقوق والحريات السياسية

الديمقراطية نظام سياسي واجتماعي حيث أن الشعب هو مصدر السيادة و السلطة، وتشكل القيم المتعلقة بالحرية واحترام حقوق الإنسان عناصر مهمة للديمقراطية، والديمقراطية توفر بدورها البيئة اللازمة لحماية حقوق الإنسان وحرياته ، وثمة الإشارة إلى الصلة القائمة بين الديمقراطية وحقوق الإنسان في

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث جاء في المادة ٣/٢١ "إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية تجري على أساس الاقتراع السري وعلى قدم المساواة بين الجميع، أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت".

ولقد أصبح نظام الحكم الديمقراطي والذي يعتمد على سيادة الشعب ويدعو إليها بمثابة دعامة واصل من الأصول الأولى في التنظيمات الدستورية الحديثة، فقد انتشرت الديمقراطية في العصر الحالي وزاد الإيمان بها وسادت في الدول المتحضرة بعد أن خاضت الشعوب في تحقيقها والوصول إليها وسائل شتى^(٣١٤).

وقد أصبحت الديمقراطية شعار جميع دول العالم بلا استثناء كما أن تعلق الجماهير بها أصبح علامة بارزة في الضمير الإنساني لدرجة أنه يكفي أو يوصف العمل أو القرار أو النظام بأنه ديمقراطي ليكون حافزا للجماهير لتقبله والرضا عنه^(٣١٥).

ويمكن على هذا الأساس لمفهوم الديمقراطية بيان أهميتها كضمانة للحقوق والحريات السياسية والتي تتمثل في أن الشعب يمارس حقه الطبيعي في انتخاب ممثليه عن طريق انتخابات عامة ونزيهة بالإضافة إلى أنها ترسم آلية واضحة لتطبيق مفهوم السلطة وممارستها على كافة المستويات في الدولة مما يؤدي بالنتيجة إلى وجود دولة القانون والمؤسسات التي تضمن حقوق المواطنين وحرياتهم.

(٣١٤) د. العدوي، عبد الفتاح حسنين، الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب، القاهرة، ص ١٤.

(٣١٥) د. تاحد، محي شوقي، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، دز أحمد، فتحي شوف، أطروحة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٣٦٣.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

كما تعتبر الديمقراطية -بالمفهوم القانوني- ضمانة حقيقية وفعالة لحماية حقوق الانسان وذلك لما تفرضه من ضمانات قانونية تحمي حقوق الأفراد وحياتهم من تعسف السلطة التي من خلالها تدار الدولة بما يكفل حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة^(٣١٦).

وتتبع المشاركة السياسية في سلطة الحكم من فكرة الحرية والديمقراطية بل وترتبط ارتباطاً وثيقاً في النظم الديمقراطية، كما وتعتبر المشاركة السياسية في ظل الديمقراطية مخرجاً من نقيصة اللامبالاة السياسية بسلبياتها وتغدو أداة لتحقيق هدف أسمى وهو الحرية السياسية، كما تعتبر الديمقراطية إحدى ضمانات المشاركة السياسية من خلال مؤسسات الدولة كافة وتكون مدعاة لممارسة حق الانتخاب والترشيح بهدف المشاركة في الشؤون العامة بحيث يمارس المواطن حقوقه في أن ينتخب وينتخب في انتخابات حرة نزيهة تجري على قدم المساواة بين الناخبين، كما تتاح للمواطن عموماً فرصة تقلد الوظائف العامة وعلى قدم المساواة مع غيره، كما أن رفع مستوى المشاركة السياسية في ظل أجواء إشاعة الديمقراطية سيؤدي إلى إبراز وتعزيز حرية الرأي وحرية التعبير والتجمع و تكوين الجمعيات وحرية الاجتماعات وتأليف الأحزاب السياسية^(٣١٧).

فالديمقراطية تصان فيها الحريات السياسية حيث يتولى الشعب انتخاب ممثليه بحيث تمارس الأغلبية المنتخبة الحكم، وهذه الأغلبية تتشكل من كل مكونات الشعب

^(٣١٦) د. كنعان، نواف، ٢٠١٠، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

^(٣١٧) د. الياسري، سحر مهدي، الحق بالمشاركة السياسية و الضمانات الثانوية لممارسة هذا الحق، بحث منشور في مجلة المتحدة التي تصدر عن مؤسسة الحوار المتحدة، العدد ١٩٦٧، الصادر في ٥/٧/٢٠٠٧، ص ١٣٠.

دون النظر إلى العرق أو الدين، كما إن الديمقراطية على هذه الصورة تحد من سلطة الحاكم وتفرد بالسلطة وتؤدي إلى وجود مؤسسات دائمة تتولى رعاية المواطنين وتضمن لهم المساواة والعدالة.

وحيث أن مفهوم الديمقراطية الذي يقوم على إن أية حكومة إنما تقوم بغرض السهر على مصلحة مواطنين أحرار ومتساوين ، اتحدوا سياسيا من اجل تحقيق هدف عام هو سعادة الفرد والمجتمع، فان ذلك يتضمن مبدأين أساسيين، أولهما: إن الغرض من قيام الحكومة هو تحقيق مصلحة المواطنين، وثانيهما: يتعلق بطريقة بناء الحكومة وكيفية استعدادها للسلطة، والمبدأ الأول: يسمى بالديمقراطية الاجتماعية والتي تقضي بان يكون الغرض من قيام الحكومة هو تحقيق مصلحة الفرد والجماعة في الكفاية للجميع والعدل بينهم، والمبدأ الثاني: ويسمى بالديمقراطية السياسية والتي تقضي بان تكون سلطة الدولة الحقيقة في يد الأفراد المحكومين حتى يتمتع هؤلاء الأفراد بثمار الجهود التي تبذلها الحكومة لتحقيق الديمقراطية الاجتماعية وفي الوقت نفسه تتوفر لهم الضمانات الكافية للاشتراك في الحكم وتوجيه دفة الدولة ليصبح بذلك المواطنون حاكمين و محكومين في آن واحد^(٣١٨).

ويتوقف قيام الحريات في بلد ما - أساسا - على قيام نظام حكم ديمقراطي فيه، ذلك انه إذا كانت الحريات تمثل قيودا على سلطة الدولة، فانه يتعين لكي يأمن المواطنون وحرياتهم أن يذعن لمطالبهم التي تنادي بالحرية، وهو لن يذعن ما لم يكن نظاما ديمقراطيا، وتتمثل الضمانات القانونية بقيام نظام ديمقراطي يحمي الحرية في عدة مبادئ تهيمن على هذا النظام، وهي:

(٣١٨) د. العدوي، عبد الفتاح حسنين، ١٩٦٤، الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب ، القاهرة، ص ٩١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

- مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، أي خضوع كافة سلطات الدولة للنظام القانوني القائم على قمته الدستور.

- مبدأ الفصل بين السلطات، ويعني توزيع السلطة بين هيئات مختلفة من لا تتركز في يد واحدة تتحكم في البلاد والعباد .

- مبدأ استقلال القضاء، ويعني وجود سلطة قضائية مستقلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الاخرين، وقيام هذه السلطة بالرقابة على تصرفات السلطات الأخرى، أي الرقابة على دستورية القوانين والرقابة على مشروعية قرارات الإدارة^(٣١٩).

ومن أهم مكونات النظام الديمقراطي، احترام الحريات المدنية والسياسية للمواطنين مثل حرية التعبير والرأي والحق في الاجتماع والتنظيم وكذلك المساواة في بعدها الاجتماعي والسياسي، ففي البعد السياسي فإن كل مواطن يتساوى أمام القانون مع الآخرين، وفي البعد الاجتماعي يعني ضرورة توفير الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تمكن المواطنين من ممارسة الحرية ، والمشاركة السياسية، والمشاركة تعني ان يكون القرار السياسي أو السياسية التي تتبناها الدولة هي محصلة حوار ومناقشات جمهور المواطنين الذين سوف يتأثرون بهذا القرار أو السياسة^(٣٢٠).

كما أن الديمقراطية تسمح بقيام حرية الرأي والاختلاف فيه في المسائل العامة كما تسمح بوجود أغلبية ومعارضة، فالأغلبية رغم أنها هي التي تحكم إلا أنها تعطي الفرصة للأقلية وتحترم رأيها في ممارستها للحقوق السياسية، كما إن النظام

(٣١٩)د.عصفور، محمد، ضمانات الحرية، مجلة المحامين، ص٢٠، ص٩١.

(٣٢٠)د. هلال، علي الدين، ١٩٨٣، الديمقراطية وحقوق الانسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص ١٠.

الديمقراطي يؤدي إلى التزام الحكام بحماية حقوق الأفراد وحياتهم وصيانتها لان هذه الحقوق والحريات تمثل احد مقومات الاساسية التي تركز عليها الديمقراطية التقليدية، وفي ظل النظام الديمقراطي يسود مبدأ المشروعية بما يعنيه خضوع الحكام والمحكومين لحكم القانون، ويؤدي كذلك إلى الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات بما يفرضه من استقلال كل سلطة في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية مع وجود رقابة متبادلة بين السلطات حتى لا تطغى أحداها على الأخرى، كما يساعد النظام الديمقراطي على وجود جهة قضائية مستقلة يمكن للمظلوم اللجوء إليها لرفع الظلم عنه وتعويضه عما أصابه من أضرار^(٣٢١).

وعلى هذا النحو المتقدم فان الديمقراطية تشكل احد أهم الضمانات لممارسة الحقوق أو الحريات السياسية، حيث تشكل سدا منيعا في مواجهة استبداد السلطة وتحول دون مصادرتها لهذه الحقوق والحريات أو الانتقاص منها.

(٣٢١) د احمد، محي الشريقي، الجوانب الدستورية لحقوق الا، نسان، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

الخاتمة

-النتائج

استعرضت في هذا البحث الضمانات الخاصة للحقوق والحريات السياسية حيث استعرضت الضمانات السياسية والاجتماعية، والتي تمثل النظام الديمقراطي والرقابة البرلمانية ورقابة الرأي العام، حيث أن الصلة وثيقة بين النظام الديمقراطي وحقوق الإنسان وحياته السياسية لأن هذا النظام يمثل في العالم المعاصر المناخ السليم الذي في ظلّه تنمو هذه الحقوق وتزدهر، فقد استعرضت الرقابة البرلمانية من حيث مفهومها وأهميتها على اعتبار أن البرلمان يمارس دوره الرقابي والتشريعي فهذه الرقابة تمثل احد أهم الضوابط لعمل الحكومة وذلك عبر أدوات و وسائل مختلفة كالاستجواب والسؤال ولجان تقصي الحقائق وغيرها، ثم استعرضت ضمانات الرأي العام حيث تناولت مفهوم الرأي العام وأهميته في حماية الحقوق والحريات السياسية كقوة سياسية واجتماعية باعتباره انعكاس لنبض الجماهير.

توصلت الدراسة إلى عدة نتائج من أبرزها :

- انعدام عنصر الرقابة من قبل البرلمانيات على أداء الحكومات أو عدم فاعليتها عند ممارستها، لأن تلك البرلمانيات لا تعكس التمثيل الحقيقي للفئات الاجتماعية المختلفة ، حيث أن الانتخابات البرلمانية غالباً ما تتم في أجواء غير ديمقراطية و تؤدي إلى إقصاء فئات اجتماعية مهمة وبشكل منهج .

- ضعف الوعي السياسي أو عدم نضجه لدى غالب الفئات الاجتماعية بسبب انشغال نسبة كبيرة من هذه الفئات الاجتماعية بالحصول على لقمة العيش بسبب الأوضاع الاقتصادية المتردية في كثير من الدول ، مما يحول دون التفكير في المطالبة

بالحقوق والحريات السياسية . مما يشجع السلطات العامة على المضي في الاعتداء على تلك الحقوق والحريات السياسية .

- إن من أبرز العوامل التي تؤدي إلى انتهاكات الحقوق والحريات السياسية غياب دور الأحزاب السياسية وعدم قدرتها على رفع سوية الوعي والنضج السياسي لدى أفراد الشعب بالإضافة لعدم قدرتها مع مؤسسات المجتمع المدني وكذلك الصحافة والإعلام ، على تشكيل رأي عام فعال يستطيع إجبار السلطات العامة على احترام تلك الحقوق والحريات .

-التوصيات

توصلت الدراسة إلى ما يلي:

١ - أن تتحمل المؤسسات الدستورية والشعبية والأحزاب السياسية و مؤسسات المجتمع المدني والصحافة و الإعلام والجامعات واجبها وأن تأخذ دورها الحقيقي في الرقابة الواعية على أجهزة الدولة المختلفة للتحقق من التزامها باحترام الحقوق والحريات السياسية ، وفي الدفاع عنها ونشر الوعي السياسي والقانوني بين الأفراد وتذكيرهم بما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات .

٢ - سن تشريعات تصون الحقوق والحريات السياسية ولا تهدرها أو تصدرها كقوانين الانتخاب التي يتوجب أن تكون عصرية وديمقراطية تعكس التمثيل الحقيقي لكل فئات الشعب بعيدا عن سياسية الإقصاء الممنهج .

٣ - أن تعمل الأحزاب السياسية و مؤسسات المجتمع المدني بما فيها النقابات والاتحادات المهنية على عقد الندوات والمؤتمرات التي من شأنها توعية الأفراد بحقوقهم وحرياتهم السياسية .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٤ - المراجعة الدورية للتشريعات النازمة للحياة السياسية في الدولة وتطوير نصوصها بما يرفع من قيمة الحقوق والحريات السياسية وتحميها من أي اعتداء وتعظيم من دورها .

٥ - ضرورة تشكيل رأي عام واعي و جماعات ضغط سياسية تعمل على رفع مستوى الوعي العام وبقدسية حماية الحقوق والحريات السياسية والدفاع عنها .

٦ - إشاعة أجواء الممارسات الديمقراطية والدفاع عنها من خلال توعية الأفراد بأهمية الحوار مع الآخر وتقبل رأيه ، مما يعظم من دور الرقابة الشعبية على أداء السلطات العامة .

٧ - تعديل نص المادة (٥٤) من الدستور بحيث تصبح (٢) - إذا قرر المجلس عدم الثقة الوزارة بالأكثرية المطلقة من مجموع عدد أعضائه تعتبر الوزارة مستقيلة).

٨ - تعديل نص المادة (٩٦) من الدستور بحيث تصبح (لكل عضو من أعضاء مجلس النواب أن يوجه إلى الوزارة أسئلة واستجابات ...).

المراجع

- ١- أ.د. العضائيلة، أمين سلامة، ٢٠١٢ ، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة .
- ٢- د. ابو راس ، محمد الشافعي، ١٩٧٤ ، التنظيمات السياسية الشعبية، دار النهضة، القاهرة .
- ٣- د.ابو راس، محمد الشافعي ، ١٩٧٥ ، نظم الحكم المعاصرة، دراسة مقارنة في اصول النظم السياسية، الجزء الاول(النظرية العامة للنظم السياسية)، عالم الكتب، القاهرة .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة - ٢٠١٦

٤- د. احمد، بدر الدين ، ٢٠٠٣ ، الراي العام تكوينه وقياسه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٥- د. احمد ، محيي شوقي ، ١٩٨٦ ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس.

٦- د. التهامي ، مختار ، ١٩٨٢ ، الراي العام، والحرب والنفسية، دار المعارف، القاهرة.

٧ - د. الرفيعي، علي كاظم، بدون سنة نشر، وسائل الرقابة البرلمانية على الحكومة، جامعة بغداد.

٨- د. الشاعر، رمزي ، ١٩٨١، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية ، القاهرة.

٩- د. الشاعر، محمد رمزي طه، ١٩٨٣ الوجيز في القانون الدستوري، جامعة عين شمس.

١٠- د. الشمري، عادل شمران، ٢٠١١، ضمانات حقوق وحياته الاساسية في النظم القانونية الداخلية، كلية القانون، جامعة كربلاء.

١١- د. الطماوي، سليمان، ١٩٨٦ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار النهضة، القاهرة.

١٢- د. العدوي ، عبدالفتاح حسنيين ، ١٩٦٤ ، الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب ، القاهرة.

١٣- د. الغنوشي ، راشد، ١٩٩٣، الحريات العامة في الاسلام ، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت.

١٤- د. انور رسلان ، الديمقراطية بين الفكرين الفردي والاشتراكي ، دار النهضة العربية

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

- ١٥- د. بدر، احمد سلامة، ٢٠٠٣، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٦- د. حسني احمد علي، ١٩٨٢، ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة .
- ١٧- د. خضر، خضر، ٢٠٠٥، مدخل الى الحريات العامة و حقوق الانسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان.
- ١٨- د. خليل ، محسن، ١٩٩٦ ، القضاء الاداري اللبناني، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، بيروت.
- ١٩- د. سراج ، سعيد، ١٩٨٧، الراي العام ومقوماته واثره في النظم السياسية المعاصرة، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة.
- ٢٠- د. شيحا، ابراهيم عبدالعزيز، دون سنة نشر، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية ، بيروت.
- ٢١- د. عبد الحميد، عبدالعظيم عبدالسلام، ٢٠٠٥، حقوق الانسان وحياته العامة، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢٢- د. عبد الفتاح حسنين العدوي ، ١٩٦٤ ، الديمقراطية وفكرة الدولة ، مؤسسة سجل العرب ، القاهرة.
- ٢٣- د. عصفور، محمد ، ١٩٨٠ ، ضمانات الحرية، مجلة المحامين ١٩٦٨ ، المحامين مصر.
- ٢٤- د. عمران ، فارس ، ٢٠٠٣ ، التحقيق البرلماني، مجموعة النيل العربية ، القاهرة.
- ٢٥- د. كنعان ، نواف، ٢٠٠٦ ، النظام الدستوري والسياسي لدولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، ط٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنة السادسة - ٢٠١٦

- ٢٦- د. كنعان ، نواف ، ٢٠١٠ ، حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والساتير العربية.
- ٢٧- د. ليلة، محمد كامل ، ١٩٦١ ، النظم السياسية ، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.
- ٢٨- د. ليلة ، محمد كامل ، ١٩٦٠ ، القانون الدستور، دار الفكر، القاهرة.
- ٢٩- د. متولي ، عبد الحميد ، ١٩٦٦ ، القانون الدستوري والانظمة السياسية ، الجزء الاول، دار المعارف ، القاهرة ، ط٤ .
- ٣٠- د. محمد كامل ليلة ، ١٩٧١ ، النظم الدستورية ، الدولة والحكومة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
- ٣١- د. محيي شوقي احمد ، ١٩٨٦ ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان ، إطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس .
- ٣٢- د. مهنا، ممد نصر ، ٢٠٠٦ ، تطور النظريات والمذاهب السياسية ، ط١ ، دار الفجر، القاهرة.
- ٣٣- د. نواف كنعان، ٢٠١٠ ، حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والساتير العربية، اثراء للنشر والتوزيع، الأردن .
- ٣٤- د. هلال ، علي الدين ، ١٩٨٣ ، الديمقراطية وحقوق الانسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت.
- ٣٥- د. محمد، محي شوقي ، ١٩٨٦ ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان، أطروحة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس .
- ٣٦- د. سعيد ، امين سراج ، ١٩٨٧ ، الراي العام ، مقوماته واثره في النظم السياسية المعاصرة ، الهيئة المصرية للكتاب ، القاهرة .
- ٣٧- د. الياسري ، سحر مهدي ، الحق بالمشاركة السياسية و الضمانات القانونية لممارسة هذا الحق، بحث منشور في مجلة المتحدة التي تصدر عن مؤسسة الحوار المتحدة ، العدد ١٩٦٧، الصادر في ٢٠٠٧/٧/٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنَّةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

٣٨- د. عصفور، سعيد ، ١٩٧٦ ، مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر،
بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان (٥،٦)، مصر .

الْبَحْثُ رَقْمُ (٧)

السِّيَاسَةُ الْأَمْرِيكِيَّةُ نِجَاهُ مِصْرَ

بَعْدَ ثَوْرَةِ ٢٥ يَنَآيِرِ ٢٠١١

١. م. د شذى نركي حسن أ. م. د أحمد سلمان محمد

مركزُ المُستَنصِرَةِ لِلدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ وَالدَّوْلِيَّةِ

الْجَامِعَةُ الْمُسْتَنْصِرَةِ / الْعِرَاق

الملخص

كشف الموقف الأمريكي من تطورات الأوضاع بعد ثورة ٢٥ يناير عن مبدأ حاكم للسياسة الخارجية الأمريكية، ألا وهو البراجماتية، بمعنى أنها تتعامل مع الواقع، وليس السعي إلى خلق واقع جديد، ساعية إلى الاستفادة من المعطيات الحادثة على أرض الواقع التي تحقق مصالحها، كما ان مصالحها الاستراتيجية لا يمكن ان تتغير رغم تغير النظام السياسي فيها انطلاقا من ان هناك ثوابتا في السياسة الامريكية تجاه مصر بعد الثورة تتمثل في رغبة واشنطن في الابقاء على مصر حليفا استراتيجيا قويا لها في الشرق الاوسط كونها ركيزة الاستقرار بالمنطقة والحفاظ على أمن اسرائيل واستمرار اتفاقية السلام الذي لن يتحقق الا بدوام العلاقات الامريكية مع مصر، بأعتبار ان الولايات المتحدة الامريكية ماتزال تمتلك عناصر تأثير على السياسة المصرية داخليا وخارجيا .

abstract

US policy toward Egypt

After the revolution of January 25, 1120

Dr. Shatha Zaki Hassan Dr. Ahmed Mohammed Salman

US position on the latest developments revealed after the January 25 revolution from the principle of the Governor of American foreign policy, and that is pragmatic in the sense that it deals with reality, not seeking to create a new reality, seeking to take advantage of the data incident on the ground that works so well, from there Throat in US policy towards

Egypt after the revolution is in Washington's desire to hold on to Egypt a strong strategic ally in the Middle East as a pillar of stability in the region, and these constants include maintaining the security of Israel and the continuation of the peace agreement, which will only be achieved-time US relations with Egypt, as The United States still has the elements of an impact on both internally and externally Egyptian politics.

Keyword: revolution, region, continuation, Egyptian politics.

المُقَدِّمَةُ

شهدت مصر في ٢٥ يناير ٢٠١١ ثورة شعبية عندما قام الشباب بتنظيم مظاهرة في ذكرى عيد الشرطة للمناداة بمجموعة من المطالب ثم اتسع مجالها الى عدة محافظات لتتحول الى ثورة شاركت فيها فئات اجتماعية واقتصادية مختلفة. ونجحت في فتح الباب أمام عملية الانتقال السلمي للسلطة، واقامة نظام سياسي جديد يتسم بالديمقراطية والعدالة الاجتماعية. وكان من أبرز نتائج ثورة ٢٥ يناير هي الصعود البرلماني لجماعة الإخوان المسلمين بعد فوزها في الانتخابات التشريعية لعام ٢٠١١ ووصولها للحكم.

أحدثت ثورة ٢٥ يناير المصرية قلقا سوا " على الصعيدين العربي والغربي ذلك لان احداث الثورة ومساراتها وما آلت اليه الاوضاع في مصر بعد الثورة انعكست آثارها على كل الدول العربية والغربية ، حيث ان التغير في مصر - بما عرف عنها من استقرار واستمرارية في النظام منذ ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ومؤسسات وهياكل امنية قوية- شجع الكثيرين من الرافضين او المعارضين لأنظمة الحكم في بلادهم على الاطاحة بها مما يتعارض مع مصالح القوى العظمى وفي مقدمتها الولايات المتحدة التي ترتبط مع مصر بوشائج قوية وتعتبرها لاعبا محوريا في منطقة الشرق الأوسط وفي شمال إفريقيا، فهي الدولة الأكثر شعبية في المنطقة العربية، فضلا عن جوارها مع إسرائيل، وتحكمها في الملاحة بقناة السويس.

فرضية البحث :- حظيت التغييرات التي حصلت في مصر باهتمام الولايات المتحدة ومورد هذا الاهتمام يعود الى عدد من القضايا التي تحتل مكانة متقدمة ضمن الاستراتيجية الامريكية في الشرق الاوسط . اذ ان هذه التغييرات لا يمكن لها ان تحصل من دون ان تؤثر وتتأثر بالبيئة الاقليمية والدولية ، وهو ما يهدد المصالح

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الامريكية والتوازنات الاقليمية والدولية التي تحرص الولايات المتحدة على ضبطها بما يؤمن مصالحها ووجودها في المنطقة .
مما يثير التساؤل حول امكانية بقاء مصر قوة عربية واقليمية فاعلة بعد التغيير واعلاء ارادة مصر ومصالحها أم ستسلك مصر طريقاً وسطاً يجمع بين الاستقلال والمرونة بخاصة مع الولايات المتحدة .

منهجية البحث :- تم استعمال المنهجين الوصفي والتحليلي في التعرف على الموقف الامريكي من ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ ، وحتى ٣ يوليو ٢٠١٣ ووصول المشير عبد الفتاح السيسي للسلطة . والتعرف على العوامل التي ادت الى التغيير في موقفها من الاحداث المتتالية التي مرت بها الثورة المصرية من منظور استراتيجيتها والتي تتضمن بالضرورة الحفاظ على الهيمنة الامريكية في المنطقة وتأمين مصالحها.

وفي ضوء ماتقدم سوف يتم تقسيم البحث الى مبحثين رئيسيين :-

المبحث الأول

الموقف الأمريكي من ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١

لمعرفة ابعاد الموقف الأمريكي من الثورة لابد من معرفة مكانة مصر في التفكير الاستراتيجي لصانع القرار الأمريكي ، ومن ثم تحليل المحددات التي حكمت السلوك السياسي الأمريكي من الثورة :-

المطلب الأول

مصر في الاستراتيجية الأمريكية في الشرق الاوسط

ترجع أهمية مصر في الإستراتيجية الأمريكية الى العوامل المؤثرة بشكل مباشر او غير مباشر - التي تتمثل على الصعيد المباشر في :-

١- مصر تعد بؤرة حيوية مهمة في الاستراتيجية الأمريكية انطلاقا من موقعها الجيواستراتيجي على اعتبار وجود قناة السويس بها، ومن ثم فهي منفذ مهم لدول العالم؛

٢- مصر هي إحدى الدول المهمة المطلة على البحر الأحمر، والذي طالما لعب دورا مهما في الصراعات الدولية قديما وحديثا .

٣- الثقل النسبي لمصر في إطار النظام الإقليمي العربي والذي كان محل اهتمام واشنطن التي عملت على تحجيم هذا الدور بصورة كبيرة منذ عهد عبد الناصر، أو احتواء النظام المصري وتطويعه لخدمة المصالح الأمريكية والإسرائيلية كما حدث إبان عهد السادات ومبارك .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٤- تجلّى التعاون المصري الأمريكي (أثناء حكم الرئيس الأسبق مبارك) في ثلاثة محاور رئيسية: أولها التعاون العسكري؛ حيث تقدم واشنطن إلى مصر مساعدات عسكرية منذ التوقيع على معاهدة السلام المصرية - الإسرائيلية، وتنظيم مناورات النجم الساطع بين الدولتين، ناهيك عن حصول الولايات المتحدة على مزايا عسكرية ولوجستية، مثل استخدام الأجواء المصرية، وتسهيلات عبور قناة السويس. ويمثل التعاون المخابراتي المحور الثاني؛ حيث تسارعت وتيرته عقب أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١، في صورة تبادل للمعلومات الاستخبارية بين الأجهزة المختصة في الدولتين، فيما ارتبط المحور الثالث بفكرة الأمن الإقليمي ومدى قدرة النظام المصري على تشكيل محور الاعتدال بالمنطقة الذي يتماهى في كثير من أهدافه مع أهداف واشنطن.^{٣٢٢}

أما بالنسبة للمصالح الإستراتيجية الأمريكية على الصعيد غير المباشر والمرتبطة بإسرائيل فهي تنبع من أمرين أساسيين:-

- ١- الجوار الجغرافي بين مصر وإسرائيل، ومن ثم فإن إسرائيل تهتم دائما بوجود نظام مصري لا يهدد مصالحها القومية، بل أكثر من ذلك فهي ترغب في إيجاد نظام لا يقف عائقا أمام ممارساتها القمعية بحق الفلسطينيين.
- ٢- معاهدة كامب ديفيد، والبنود الواردة فيها الخاصة بتأمين إسرائيل، ووجود قوات دولية وأمريكية في المنطقة العازلة تضمن ليس فقط عدم الاعتداء على إسرائيل، بل وإمكانية تدخلها إذا لزم الأمر لاستعادة سيناء، فضلا عن

٣٢٢ - د. وائل محمد اسماعيل ، رقعة الشطرنج الشرق اوسطية ،دار المورد للطباعة ، بغداد ، ٢٠١١، ص ٩٣.

تصدير الغاز لتل أبيب بأثمان زهيدة، وهو ما جعل الولايات المتحدة وإسرائيل تعمل على بقاء الرئيس مبارك.^{٣٢٣} ويصبح من الواضح أن مصالح الولايات المتحدة تتحقق مع النظام السابق حيث كان يصف الرئيس السابق مبارك بأنه الحليف الأقوى لكل من الولايات المتحدة وإسرائيل والذي يؤكد على ذلك ما يلي:-

١- حفاظ نظام مبارك على معاهدة السلام المصرية - الإسرائيلية التي وفرت الأمن والاستقرار لإسرائيل، والتي جعلت من مصر بثقلها وموقعها وأهميتها حليفاً استراتيجياً مميزاً لإسرائيل، مما وفر على الولايات المتحدة وعلى إسرائيل أعباء اقتصادية وعسكرية هائلة .

٢- حول نظام مبارك الدور القيادي المصري للأمتين العربية والإسلامية من دور بارز في مواجهة الاحتلال الأجنبي إلى دور مساند لذلك الاحتلال ودعمه .

٣- سيطر نظام مبارك على الطاقات والتيارات الشعبية المصرية المستندة لروح الدين الإسلامي والتاريخ والثقافة العربية الأصيلة ، تلك الطاقات كانت تطمح لبناء سياسة خارجية فعالة ، مما اسهم في كبت الشعب وسرق ثروته وأمواله، لينشغل الشعب المصري بالجري وراء مقومات المعيشة الصعبة تحت نظام أمني صارم .^{٣٢٤}

^{٣٢٣}د. بدر حسن شافعي ،. الولايات المتحدة والثورة المصرية تحديات الواقع وآفاق المستقبل

على الرابط :- <http://www.sis.gov.eg/Newvr/34/7.htm>

^{٣٢٤} - أبو الفضل الاسناوي ، عمرو عبد العاطي، العلاقات المصرية الامريكية ..الواقع والافاق ، المائدة المستديرة ،السياسة الدولية ، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، العدد ١٩٢ ، ٢٠١٣ ، ص ص ٦٤-٦٧ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

وعليه يمكن القول أن كافة المصالح والأهداف الأمريكية كانت تتفق وتحقق في أثناء فترة الرئيس السابق حسني مبارك على الرغم من ذلك كان هناك اهتمام أمريكي على كافة المستويات السياسية والأكاديمية والإعلامية بمستقبل مصر السياسي ، ومن سيخلف الرئيس مبارك في حكم البلاد وذلك لان لمكانة مصر الاستراتيجية في منطقة الشرق الأوسط، ولتأثير ما يحدث فيها سوف يؤثر على استقرار منطقة الشرق الأوسط والمصالح الأمريكية.

المطلب الثاني

الولايات المتحدة واحداث التغيير في مصر

في كلمة ألقها وزيرة الخارجية الأمريكية كونزاليزا رايس في الجامعة الأمريكية في مصر عام ٢٠٠٥ أكدت أن الأجندة الأمريكية في المنطقة كانت تقوم في الأساس على استراتيجية الحفاظ على الوضع القائم واستمراره ضمانا للاستقرار. إلا أنه قد أن الأوان لتغيير هذه الأجندة ويجب تغيير هذا الوضع من أجل خلق شرق أوسط جديد يدعم التغيير الديمقراطي في المنطقة. ومن ثم ستتغير السياسة الأمريكية حيال المنطقة. ولأجل ذلك بدأ التخطيط لهذا التغيير بمؤتمر عقد في الدوحة، في ذات العام تحت عنوان (مستقبل التغيير في العالم العربي)، وقد تمخض المؤتمر عن نتيجة مؤداها التحالف السري القطري -الأمريكي -الإخواني لإحداث هذا التغيير متخذين استراتيجية التغيير السلمي لأنظمة الحكم القائمة على غرار ما حدث في دول الاتحاد السوفيتي السابق فيما عرف بالثورات البرتقالية، وإحلال الإخوان محلها، وقد جرى إنشاء فرع لأكاديمية التغيير في الدوحة لتدريب الشباب على عملية التغيير السلمي.

مثلت الثورة المصرية في ٢٥ يناير ٢٠١١ صدمة حقيقية لواشنطن، وذلك لفجائية هذه الثورة وعدم القدرة على توقعها بهذه السرعة، وعدم تخيل نجاحها في القضاء على نظام صارم، فضلا عن عدم رغبتهم وعدم استعدادهم لأي تغيير حقيقي في منظومة الحكم في مصر والارباك الذي اصاب الادارة الامريكية لاحداث ترتيبات مابعد مبارك. ولاسيما في ظل حالة عدم وضوح الرؤية الأمر الذي أثر على العلاقات المصرية - الامريكية.^{٣٢٦} وذلك بسبب :-

١- عنصر المفاجأة التي هزت ليس فقط مبارك باعتباره رأس النظام، والرجل الذي ينفذ الأجندة الأمريكية بكل حذافيرها .

٢- الخوف من انتقال فكرة الثورة من مصر إلى دول أخرى من حلفاء الولايات المتحدة في المنطقة.

٣- الخوف من وصول طرف آخر للحكم في مصر ليست لواشنطن سيطرة عليه، هذا الطرف تحديدا هو "الإخوان المسلمين" الذي استخدمهم النظام دائما كفزاعة لتخويف الغرب من فكرة تطبيق قواعد الديمقراطية وإجراء انتخابات حرة ونزيهة، خاصة انتخابات نوفمبر ٢٠١٠.

^{٣٢٥} ظفر عبد مطر ، دور مصر الاقليمي ما بعد الثورة ٢٥ / يناير / ٢٠١١ ، في مجموعة باحثين ، التغيير في المنطقة العربية .. الدوافع والاسباب ، مواقف الدول منها، مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٠ .

^{٣٢٦} مي سمير ، سيناريوهات أمريكا للتعامل مع ثورة المصريين ، جريدة الفجر المصرية على الرابط :-

http://www.elfagr.org/Portal_NewsDetails.aspx?nwsId=5435&secid=51

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٤- الخوف من قدوم نظم حكم في المنطقة تستند إلى المشروعية القانونية عن طريق الانتخابات وتستند أيضا إلى الشرعية المستمدة من التأييد الشعبي لهذه النظم.^{٣٢٧}

٥- المخاوف من احتمالات تغيير في التوازن القائم بسبب الفراغ الذي يمكن ان يتركه سقوط نظام مبارك لاسيما ان التوازنات التي كانت متحققة هي في صالح اسرائيل وتوفر ضمانات مريحة للمصالح الامريكية في المنطقة .
وبنظرة سريعة يتضح أن المخاوف الامريكية من احتمال تغير الدور الذي كانت تلعبه مصر لصالح الولايات المتحدة واسرائيل في عملية السلام وخروجها من التبعية للولايات المتحدة كان على رأس أولوياتها، وسيطلب منها إعادة تعريف الدور المصري بالمنطقة. ولكي يمكن معرفة السلوك السياسي الامريكي تجاه الثورة المصرية فسوف يتم تناولها على ثلاث مراحل تحكمهما العديد من سيناريوهات :-

المرحلة الأولى : منذ اندلاع الثورة وحتى تنحي الرئيس مبارك

بدأت الإشكالية واضحة نظرا لفجائية الثورة وصعوبة الموازنة بين دفع وتطوير مشهد ديموقراطي من ناحية، وبقاء مبارك بالسلطة من ناحية ثانية، فكانت النتيجة هي الارتباك إزاء تحول ينذر بإعادة ترتيب المنطقة على نحو مغاير لما افتته الادارة الامريكية.

وقد زاد من عمق تلك الإشكالية الرأي الذي تم التعبير أنه ينبغي على الادارة الامريكية أن تنأى بنفسها عن رؤساء الجمهوريات الاستبدادية الذين يواجهون مطالب التغيير السياسي بالقوة، وهو الحسم الذي اعتبر أحد أهم تداعيات التعامل الأمريكي مع المشهد المصري ، لذلك لم يكن بمقدور إدارة أوباما بلورة إستراتيجية

^{٣٢٧} جون ار برادلي ، ما بعد الربيع العربي ،ترجمة شيماء عبد الحكيم ، كلمات عربية للترجمة والنشر ، ٢٠١٢ ، ص ٦٧ وما بعدها.

واضحة تحت وقع المفاجأة، ولاسيما في اطار ما سببته من إرباك سياسي على مستويين: -

أولهما: على المستوى الشخصي للرئيس أوباما ونائبه جوزيف بايدن. حيث كان الأول، قد وصف مبارك خلال زيارته للقاهرة في يونيو ٢٠٠٩ بالرجل الحكيم، والثاني نفي أن يكون قد وصفه بالديكتاتور.

ثانيهما: على المستوى المؤسسي للإدارة الأمريكية التي فشلت رغم اجتماعاتها المكثفة، في الخروج برؤية واضحة. فقد استقرت الادارة الامريكية على فكرة عقد اجتماعات يومية لتناول تطورات الأزمة المصرية، إذ يعقد صباحاً نائب مستشار الأمن القومي دينيس مكدونو اجتماعا مع نائبيه داخل غرفة الطوارئ بالبيت الأبيض لتحديد "خطة اليوم"، التي تعنى بطريقة الاستجابة للأحداث التي وقعت في ذلك اليوم. بعدها يتلقى الرئيس أوباما التقرير الاستخباراتي الموجز عن أنباء المظاهرات بمصر وبعدها يناقش مع كبار معاونيه الاستراتيجيين، الخطوات التي يتعين اتخاذها في ذلك اليوم للحيلولة دون خروج الاضطراب عن دائرة السيطرة. ثم يجرون محادثات هاتفية يومية مع قيادات مصرية لتناول الأحداث.

أما في الخارجية الامريكية، فقد فتح مسؤولوها مثل "ويليام بيرنز"، وكيل وزارة الخارجية للشؤون السياسية، و"جيفري فيلتمان"، مساعد وزيرة الخارجية لشئون الشرق الأدنى، أو السفارة بالقاهرة "مارجريت سكوبي"، قنوات اتصال بالشخصيات السياسية وقادة المعارضة مثل د. عمرو موسى ود. محمد البرادعي فضلا عن التواصل السياسي مع الحلفاء بالمنطقة، عرب وإسرائيليين.^{٣٢٨}

^{٣٢٨} - احمد الانباري، السياسة الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية والتحول العربي وانعكاساتها على القضية الفلسطينية منذ ٢٠١٠، اطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، ٢٠١٤، ص ٢٨٧

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

ويمكن تفسير هذا الارتباك السياسي في اطار السياسة الامريكية تجاه الثورة المصرية- وفقا للاسباب الاتية :-

- ١ - الضغوط التي عانتها إدارة أوباما إزاء كيفية مواجهة هذه الأزمة.
 - ٢ - الفجوة الهائلة والتناقض الواضح بين ما تدعو إليه الإدارة الأمريكية من قيم سياسية تعلي من الديمقراطية والحريات العامة، وبين ما تنفذه واقعياً من خلال ممارساتها وسلوكها. إذ وضعت هذه الثورة العلاقات المصرية - الامريكية فى مأزق حقيقي، بعدما رفعت شعارات لا تتعارض مع القيم الأمريكية، إلا أن إدارة أوباما التزمت الحياد التام والحذر، دون القدرة على بلورة سياسة محددة تساعد على تجاوز الأزمة، حيث كانت من الناحية القيمية مع الشارع الثائر، أما مصالحها فهي مع النظام.^{٣٢٩}
- ومن الواضح أن الخيارات المتاحة أمام صانع القرار الأمريكي كانت محددة ، فالإدارة الأمريكية وجدت نفسها أمام خيارين : فهي إن طالبت بشكل صريح وفي وقت مبكر برحيل الرئيس مبارك فإنها ستدعم الحجة القائلة بوجود أياد أجنبية خلف الثورة الشعبية ضد نظام حكمه وهي إن التزمت الصمت تجاه ما يحدث ، فإنها ستعرض نفسها لموجة من الإنتقادات داخليا وخارجيا بسبب معاييرها المزدوجة، لأنها من جهة ترفع شعار المناداة بالحرية والديمقراطية ، ومن جهة أخرى تدعم الأنظمة القمعية الحليفة لها في المنطقة .^{٣٣٠}

واقعيًا لم تكن إدارة أوباما ترى أن هناك أي تهديد لسيطرة مبارك على السلطة. ودعت وزيرة الخارجية الأمريكية هيلاري كلينتون كل الأطراف لضبط النفس، لكنها

^{٣٢٩} - مي حسين ، الموقف الامريكي من ثورة ٢٥ / يناير على الرابط

www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=351920

^{٣٣٠} - ظفر عبد مطر ، دور مصر الاقليمي ما بعد ثورة ٢٥ /يناير ٢٠١١ ، مصدر سبق ذكره، ١٢٥ .

لم تسحب تأييدها لمبارك قائلة: "نرى في تقديرنا أن الحكومة المصرية مستقرة، وتبحث عن طرق للاستجابة للاحتياجات المشروعة للشعب المصري".^{٣٣١} كما اعتبرت أن أمام الحكومة المصرية فرصة مهمة لتنفيذ إصلاحات سياسية واقتصادية واجتماعية حتى حينما أعلنت الإدارة يوم ٢٨ يناير أنها ستراجع عن مساعداتها العسكرية المقدمة لمصر بقيمة ١,٣ مليار دولار سنوياً، رفضت أن يكون ذلك اختياراً بين الحكومة والشعب، أو الانحياز لطرف دون الآخر. لتصبح المحصلة النهائية لخطاب الإدارة الأمريكية بأنه خطاب سياسي متردد ومحدود وافتقاد القدرة على التأثير على مسار تطور المشهد المصري، تجاه طرفيه مع السلطة ومعارضيه.

وبعد وفاة المئات، واحتشاد عشرات الآلاف في التحرير، بدأ رد الفعل الأمريكي يتشكل وعمد إلى محاولة تصعيد الضغوط على طرفي الأزمة في مصر من أجل القبول بصيغة الحل الوسط. ففي ٣٠ يناير ٢٠١١ عقد الرئيس أوباما اجتماعاً لفريق الأمن القومي لصياغة إستراتيجية توفر دعماً أمريكياً للتحويل والإصلاح الديمقراطي مع عدم إغفال الحاجة للاستقرار الداخلي. تركزت تلك الاستراتيجية على تحويل مظاهرات الشوارع المتنامية لعملية سياسية تلقى قبولا لدى مختلف أطراف المشهد السياسي المصري وتؤدي للانتخابات الديمقراطية. وبدا واضحاً أن هناك إجماعاً بين المسؤولين الأمريكيين على مقولة "إن المصريين وحدهم هم الذين سيقرون ما إذا كان ينبغي على مبارك التنحي، ومتى يتم ذلك"

ثم صرحت وزيرة الخارجية كلينتون بأن الإدارة تؤيد "الانتقال المنظم للسلطة" للحد من سلطات مبارك في صناعة القرار دون تجريده من سلطته

٣٣١ - د. أحمد سيد أحمد، مستقبل العلاقات المصرية الأمريكية، على الرابط:-

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

الرئاسية فوراً وقد عارض كبار المسؤولين مثل وزير الدفاع روبرت جيتس، ومستشار الأمن القومي توماس دونيلون التخلي عن نظام مبارك بأي شكل من الأشكال، بينما كان الرئيس أوباما يريد ضمان الاستقرار في مصر وكأنه يؤيد إقرار الديمقراطية بشكل تدريجي. وبانتقال للسلطة ليس للمعارضة، لكن لنائب رئيس الجمهورية عمر سليمان وبذات الوقت قام مبارك بتغيير مجلس الوزراء، وتعيين مجلس جديد برئاسة الفريق "أحمد شفيق"، وفي مساء يوم الثلاثاء الأول من فبراير ٢٠١١، قدم "مبارك" تنازلاً جزئياً آخر. خلال خطابه التلفزيوني- حيث قال إنه سوف يكمل فترة رئاسته الحالية التي من المقرر أن تنتهي في شهر سبتمبر، ولن يرشح نفسه لفترة رئاسية أخرى، وتعهد بأنه خلال الشهور المتبقية له في الحكم، سوف يجري تعديلات دستورية تفتح الطريق أمام إجراء انتخابات رئاسية، وتضع حدوداً لفترات الرئاسة.^{٣٣٢}

على الرغم من هذه الإصلاحات التي حاول بها مبارك تهدئة الأوضاع إلا أن الرئيس أوباما نصحه بضرورة الانتقال المنظم للسلطة لئلا يكون سلبياً. ومن ثم ساد الشعور بالإحباط من عناد مبارك، بين مسؤولي الإدارة الأمريكية، فاتصلوا بسليمان من أجل الإسراع بالانتقال بعملية انتقال السلطة.^{٣٣٣} الذي فشل في إقناع النشطاء في القاهرة والمدن الكبرى الأخرى ومن ثم فشل كل من مبارك وسليمان في تهدئة الثورة، لهذا تحركت القوات المسلحة المصرية للسيطرة على الأمور. وفي ١٠ فبراير ٢٠١١، جاء خطاب مبارك الأخير الذي أعلن فيه رفضه للتناحي مع تفويض سلطاته لنائبه عمر سليمان، حيث شدد مبارك على رفضه لما

^{٣٣٢} - جيسون برونلي، منح الديمقراطية: سياسة التحالف بين الولايات المتحدة ومصر، عرض

كتاب نسرین جاویش، السياسة الدولية، العدد ١٩١، ٢٠١٣، ص ١٥٣.

^{٣٣٣} حسنین توفیق ابراهیم، الانتخابات التشريعية ومستقبل التطور السياسي والديمقراطي في

مصر، مجلة المستقبل العربي، العدد ٣٢٦، ٢٠٠٦، ص ص ٥٤-٥٥.

سماه الإملاءات الأجنبية في إشارة واضحة للضغوط الأمريكية التي مورست عليه ، الأمر الذي جعل الادارة الأمريكية بين خيارين إما قطيعة مع مبارك ونظامه، او الاستمرار في الدعوة إلى إنتقال منظم للسلطة لم يعد ممكنا .^{٣٣٤}

وبعد ظهر يوم ١١ فبراير، تعهد المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإنهاء حالة الطوارئ بعد انتهاء الظروف الحالية، وتقديم تعديلات دستورية تفتح الباب لمتطلبات الترشح للرئاسة، وإجراء انتخابات رئاسية حرة ونزيهة ، وعند السادسة مساءً^{٣٣٥} ، وفي خطاب تليفزيوني استغرق ٣٥ ثانية، أعلن سليمان تخلي مبارك عن منصب رئيس الجمهورية، وتكليفه المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة شؤون البلاد.

وعلى اثر ذلك أشاد الرئيس أوباما بالنتيجة التي آلت إليها الأزمة، قائلا: "إن الشعب المصري تحدث، وسمع صوته، ولن تكون مصر أبدا مثلما كانت عليه" ومن ثم رحبت الادارة الأمريكية بتنحي مبارك السريع وتولي المجلس الاعلى للقوات المسلحة السلطة. ومن ثم هناك يمكن القول ان هناك ثلاث نقلات ميزت السلوك الأمريكي تجاه المشهد المصري ، تمثلت في :-

النقطة الأولى:- سعت فيها الإدارة لمطالبة الطرفين بإبداء أكبر قدر من ضبط النفس، حيث طالبت النظام بعدم استخدام وسائل القمع تجاه المتظاهرين، مع مطالبة المتظاهرين بالالتزام بالتظاهر السلمي. بهدف احتواء حركة الشارع، للحفاظ على نظام طالما أمّن للولايات المتحدة استقراراً داخلياً وإقليمياً، هذا الموقف بدا ميالا تجاه السلطة، حيث غابت مصر عن خطاب الاتحاد الذي ألقاه الرئيس أوباما يوم ٢٥ يناير.

^{٣٣٤٣٣٤} د. احمد مصطفى ، التغيير العربي ، مركز المحروسة للنشر والخدمات الصحفية

والمعلومات ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٢ وما بعدها .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العُدَّةُ الثَّانِيَةُ السَّنَةُ السادسةُ تموز ٢٠١٦.

النقطة الثانية:- التي أعقبت إظهار المتظاهرين إصرارهم على تنحي مبارك والمضي بالتغيير. وهنا بدا أن الإدارة الأمريكية قد سعت إلى أن يقود مبارك إصلاحاً سياسياً واجتماعياً خلال فترة انتقالية. وقد جاءت مضامين خطاب مبارك الثاني متوافقة مع المطالب الأمريكية. وهدفها هو الحفاظ على استقرار النظام في مصر لمنع متلازمة السقوط المتوالي والتغيير السياسي من الشيوع داخل المنطقة .

النقطة الثالثة:- محاولة تأمين انتقال آمن ومنظم للسلطة من مبارك لنائبه عمر سليمان، وكانت غاية تلك النقطة مناقشة الخطوات التي ينبغي اتخاذها مع المصريين للحد من سلطات مبارك في صناعة القرار، وربما إبعاده عن القصر الجمهوري دون تجريده من سلطته الرئاسية فوراً. وبعدها تتفاوض حكومة انتقالية يرأسها سليمان مع رموز المعارضة لإصلاح الدستور وبدء التغييرات الديمقراطية ولكن هذا الامر لم يفلح مما ادى الى عودة الغموض مرة اخرى الى الموقف الأمريكي.^{٣٣٥}

يلاحظ مما سبق ذكره ان الإدارة الأمريكية لم تمارس الضغط الكافي لتنحية مبارك، وإنما سعت لحث النخبة المصرية لفرض العزلة التي تجعله يقف موقف المتفرج حتى نهاية حكمه. فهي تريد أن يرحل مبارك بشرف. كما يلاحظ تأرجح الموقف الأمريكي بين الداعم لخطوات الإصلاح وتنحية الرئيس المصري دون زعزعة الاستقرار في المنطقة، وبين تأييد الثورة الشعبية ، تظهر أن الولايات المتحدة لم تتخذ بعد قرارها بشأن الأوضاع في مصر فهي تراقب وتتابع وتحاول أن ترسم معالم المرحلة القادمة، ومع كل هذا الحذر من جانب دول المنطقة والجوار

^{٣٣٥}- د. محمود محارب ، اسراييل والثورة المصرية ، مركز زيتونة للدراسات والاستشارات ، بيروت ، ٢٠١١.

ومن ثم الإدارة الأمريكية هدفها الاول والاساسي ان تسعى لفرض أجندتها غير المعلنة في المنطقة مما يثير حالة من الرعب .^{٣٣٦}

المرحلة الثانية : تولي المجلس العسكري حتى انتهاء المرحلة الانتقالية رأت الإدارة الأمريكية أن المؤسسة العسكرية هي أنسب المؤسسات المصرية التي من خلالها يمكن التنسيق لإدارة مرحلة انتقالية تعيد الأمور إلى نصابها وتعيد الشارع المصري إلى هدونه وتحقق ما لا يتعارض من مطالب الثورة مع سياسة مصر السابقة -الخارجية كلياً والداخلية جزئياً- ووضع مصر القائم قبل سقوط نظام مبارك .

لقد نشأت علاقات ومصالح مستقرة بين الإدارة الأمريكية والمجلس العسكري ، ودعمته في ادارته للمرحلة الانتقالية من خلال زيارة قامت بها وزيرة الخارجية هيلاري كلنتون لمصر أثناء المرحلة الانتقالية وأكدت على ان الادارة الامريكية تدعم الجيش المصري وترغب في التأكيد على التحول الديمقراطي في مصر . استمر الوضع على ذلك الى ١٩ تشرين ثاني ٢٠١١ حيث إنتهت التظاهرات المليونية التي دعت إليها جماعة الإخوان المسلمين وبعض القوى السياسية الأخرى في مواجهة وثيقة السلم للمبادئ الدستورية ، في ظل هذه المليونية تعرض المتظاهرين للعنف من قوات الشرطة، مما أدى لعودة كل القوى الثورية لميدان التحرير وزادت المواجهات مرة أخرى وعلى مدار خمسة أيام طالب فيها المتظاهرين بسرعة تسليم السلطة للمدنيين من خلال مجلس رئاسي مدني أو حكومة إنقاذ وطني لها كامل الصلاحيات .

^{٣٣٦} -كاري روزفسكي ويكهام ، الإخوان المسلمون بعد مبارك ، مقال منشور في مجلة foreign affairs على موقع المجلة الالكتروني <http://www.foreignaffairs.com> ، ترجمة سميرة ابراهيم ، مجلة المعهد الدولي ، مركز الدراسات الدولية ، جامعة بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٨٧

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

شعر المسؤولون الأمريكيون بالقلق بسبب الاضطرابات المستمرة تحت الحكم العسكري، وتباينت مواقفهم فالبعض فضل الاستبداد الصريح، والبعض الآخر أيد إجراء إصلاحات محدودة تساعد المجلس الأعلى للقوات المسلحة على الاحتفاظ بالسيطرة. بهدف إعادة الحياة العامة في مصر إلى طبيعتها ورفع حالة الطوارئ . ومن ثم حدث تحول مرة أخرى في سياسة الإدارة الأمريكية إزاء ما حدث في مليونية ١٩ نوفمبر ٢٠١١ وإزاء أزمة التمويل الاجنبي للمنظمات المجتمع المدني المصري ومداومة السلطات الأمنية المصرية لمنظمات المجتمع المدني، وإحالة السلطات القضائية المصرية ٤٣ من العاملين بتلك المنظمات، بينهم ١٩ أمريكياً، إضافة إلى أجانب من جنسيات أخرى ومصريين، إلى محاكمة جنائية طالبت المجلس العسكري بسرعة تسليم السلطة للمدنيين ولم تضغط الإدارة الأمريكية بقوة مثلما من أجل سرعة تسليم السلطة حيث أنهم لم يغامروا بعلاقتهم مع السلطة من أجل الديمقراطية.^{٣٣٧}

وبالفعل تعهد المجلس في بيانه الثاني الصادر يوم ١٠ فبراير برعاية مطالب الشعب المشروعة والسعي لتحقيقها من خلال متابعة تنفيذ هذه الإجراءات في التوقيعات المحددة بكل دقة وحزم وأكد المجلس أن التوقيت المحدد كان ٦ أشهر، إلا إن العام ونصف العام السابقة شهدت تأجيلات عديدة ومتكررة حادت عما وصفه المجلس بـ(خارطة الطريق) كما أكد المجلس ان فتح باب الترشح لانتخابات الرئاسة يوم ١٠ مارس، موضحاً أنه سوف يسلم سلطة الرئاسة إلى رئيس الجمهورية بعد إجراء الانتخابات لتنتهي المرحلة الانتقالية.

ثم شهدت البلاد إنتهاء المرحلة الأولى من الإنتخابات البرلمانية وظهور المؤشرات بحصول التيار الديني ممثلاً في فوز حزب الحرية والعدالة بنسبة

^{٣٣٧} - مي حسين ، مصدر سبق ذكره .

٤٧,٢ % ، ومن ثم أصبحت الادارة الامريكية مستعدة لقبول خيار وصول التيارات الدينية للسلطة في مصر كخيار أفضل لها وخاصة أن هذه القوى أبدت الإستعداد للتداول معهم .

لقد أصبح البرلمان الجديد منبراً مهماً لجماعة الإخوان المسلمين لطرح رؤيتها وأعلن حزب "الحرية والعدالة" التابع لجماعة الإخوان المسلمين خوض الانتخابات الرئاسية المقبلة، معتبرا ذلك المنافسة على السلطة حق سياسي أصيل يكفله القانون والدستور .ومن ثم أصبح هناك قبولا " متناميا" للادارة الامريكية بشأن الجماعة التي أكدت ان مشرعها يريدون بناء ديموقراطية حديثة تحترم الحريات الشخصية وكذلك الأسواق الحرة والالتزامات الدولية بما في ذلك معاهدة السلام مع إسرائيل، وضمان استمرار الدور المصري في عملية التسوية الفلسطينية - الاسرائيلية ومن ناحية أخرى سيكون غير عملي تماما عدم الانخراط مع الجماعة وذلك من أجل أمن الولايات المتحدة ومصالحها الاقليمية في مصر، حيث انه لا يوجد طريق آخر أفضل من الانخراط مع الحزب الذي فاز في الانتخابات ، ولاسيما بعد أن نقلوا رسالة وسطية حول الأمن الاقليمي وكذلك القضايا المحلية والاقتصادية.^{٣٣٨}

المرحلة الثالثة:- موقف الولايات المتحدة من الانتخابات الرئاسية المصرية
لقد ادى نجاح ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ في الإطاحة بنظام "حسني مبارك الحليف الاستراتيجي للولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وإجراء الانتخابات الرئاسية المصرية ، الى بروز مجموعة من المتغيرات والمحددات شكلت الموقف الأمريكي من الانتخابات المصرية، والتي يمكن طرحها في الآتي :-

^{٣٣٨} ثورة ٢٥ يناير المصرية في قراءة اسرائيل (تقرير) ، مركز زيتونة للدراسات والاستشارات ، بيروت ، ٢٦ / ٣ / ٢٠١٣ ، ص ٣٤

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

١. تزايد موجة الغضب الشعبي المصري من الولايات المتحدة الأمريكية، بداية من دعمها لنظام مبارك في بداية الثورة المصرية، وتردد الموقف الأمريكي بين مطالبة النظام المصري السابق بتبني خطوات إصلاحية تارة، ومطالبته بالتناحي. لقد ظهرت صور تلك الموجة العدائية في التأييد الشعبي لتقديم مسؤولي المنظمات الأمريكية العاملة في مصر إلى القضاء المصري بدون تراخيص رسمية، وتمويل منظمات المجتمع المدني المصري من دون موافقة الحكومة المصرية، والعمل على تهديد أمن ومصالح مصر، وكذلك رفض الأوساط الشعبية المصرية للمعونة الأمريكية لمصر.
٢. إعلان مرشحي الرئاسة المصرية عن رغبتهم في إعادة النظر في العلاقات المصرية - الأمريكية، انطلاقاً من الحفاظ على وتحقيق المصلحة المصرية.
- ٣- تصاعد قوة التيار الإسلامي بشقيه الإخوان المسلمين (حزب الحرية والعدالة) والسلفيين (حزب النور) في العملية السياسية.
٣. توتر العلاقات المصرية - الإسرائيلية، بعد فترة من استقرارها خلال فترة حكم مبارك.
٤. الانفتاح المصري على قوى إقليمية تراها واشنطن مناوئة لها ولمصالحها في المنطقة، و يأتي في مقدمتها إيران.
٥. قرب موعد الانتخابات الرئاسية الأمريكية و احتدام المنافسة بين الرئيس الأمريكي الساعي إلى فترة رئاسية ثانية، وحصول حزبه على الأغلبية في مجلسي الكونجرس الأمريكي وتزايد انتقادات منافسيه من الحزب الجمهوري ومنتقدي سياساته في منطقة الشرق الأوسط.^{٣٣٩}

٣٣٩ - د. احمد مصطفى، مصدر سبق ذكره.

في اطار تلك المحددات ظهر تياران رئيسيان داخل الولايات المتحدة يوضحا كل منهما الموقف الامريكي من أول انتخابات رئاسية في مصر بعد الثورة :-
التيار الاول: يرى أنصار هذا التيار أن الديمقراطية المصرية وفوز الرئيس المصري في انتخابات حرة ونزيهة يعد عاملا مضيفا إلى قوة مصر الناعمة في منطقة الشرق الأوسط هو الأمر الذي يدفع الرئيس المصري الجديد لتبني سياسات معارضة للولايات المتحدة وإسرائيل.

التيار الثاني :- تيار أكثر واقعية، وينتشر في مؤسسات الفكر والرأي الأمريكية المستقلة ، ويرى أنصار هذا التيار أهمية تأكيد الإدارة الأمريكية إجراء الانتخابات الرئاسية المصرية بحرية وشفافية ونزاهة، وتقديم كافة الدعم إلى السلطات المصرية لإجراء تلك الانتخابات على أكمل وجه، وعدم تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في اختيارات الناخب المصري ، وأهمية بحث الإدارة الأمريكية مع نظيرتها المصرية، المنتخبة ديمقراطيا، علاقات جديدة، قوامها الاحترام والمصالح المشتركة، مع التواصل مع كافة التيارات السياسية في مصر.^{٣٤٠}
بصفة عامة يمكن القول أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تهتم بمن سيكون الرئيس المصري القادم، ما دام لا يحدث تهديدا للمصالح الأمريكية، والتي تتمثل بصورة رئيسية في الحفاظ على معاهدة السلام المصرية – الإسرائيلية، واستمرار التعاون الأمني والعسكري بين البلدين، ومنع الانتشار النووي في المنطقة. وهي مصالح لا يعارضها أي من مرشحي الرئاسة المصرية، ولذا لن يضحى أي منهم بعلاقات استراتيجية مع الآخر .

^{٣٤٠} - حسام إبراهيم ، خفايا الموقف الامريكي من الاخوان المسلمين ، ندوة العلاقات المصرية -

الامريكية بيت التغيير ولاستمرارية ، المركز العربي للدراسات والبحوث على الرابط :-

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

بالفعل انعقدت الانتخابات الرئاسية المصرية لعام ٢٠١٢ وهي الانتخابات الاولى بعد الثورة ووفقا للجنة العليا للانتخابات الرئاسية ، وانتهت الجولة الاولى بفوز كل من الفريق احمد شفيق و المرشح الاخواني محمد مرسي.^{٣٤١}

يمكن القول ان السلوك الامريكي تجاه الانتخابات المصرية كان يقتصر في مقولة " الفائز الشرعي " هي الفصيل داخل الإدارة الأمريكية أثناء تعاملها مع معضلة نتائج الانتخابات المصرية الرئاسية قبل إعلانها رسميا من ناحية ، ومن ناحية أخرى في الوقت الذي رغبت فيه وزارة الخارجية والبيت الأبيض أن يكون الرئيس المصري الجديد معبرا عن نتائج صناديق الاقتراع فقط، لم تتمسك في البداية وزارة الدفاع الأمريكية بحتمية هذا الموقف وكان المرشح محمد مرسي بالنسبة للإدارة الأمريكية يمثل الامر الأكثر تعقيدا وإثارة للاهتمام ، كما انه قد لا يتبنى ثوابت العلاقات الاستراتيجية بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية . حيث ظل الإخوان المسلمون يتخذون مواقف معارضة العلاقات بين واشنطن والقاهرة منذ تنامي العلاقات الثنائية بين البلدين في منتصف السبعينيات في معارضتهم للرئيس الأسبق أنور السادات ثم خلفه الرئيس حسني مبارك حتى سقوطه يوم ١١ فبراير ٢٠١٢ و يستندون إلى هذه المسألة من أجل ضرب شرعية النظام التي تتوقف في جانب كبير منها على الفكر القومي. وبالمقابل كانت الولايات المتحدة تضع هذه الجماعة ضمن قائمة الاعداء ولا ترضى بخطابها المتشدد وسلوكها المتطرف بل كانت تحاربها وتساند الانظمة العربية لتصفية رموزها وتراها خطرا على مصالحها وعلى امن اسرائيل . وفي لحظة غير عادية تلاقت الرغبات

^{٣٤١} محمد المنشاوي ، واشنطن والثورة المصرية من ٢٥ يناير إلى ما بعد ٣ يوليو، المركز

الاقليمي على الرابط :-

<http://www.rcssmideast.org/Article/2481/%25D9%2588%25D8%25A7%25D8%25B4>

بين الطرفين وحدثت هدنة سياسية واعتراف وتفاهم على المبادئ العامة للعلاقات التي تحكم مرحلة الربيع العربي وقبلت الولايات المتحدة بصعود الاخوان الى الحكم في مصر مقابل تفهم الاخوان بنهج اسرائيل وعدم المساس بمصالح الولايات المتحدة الحيوية في المنطقة.^{٣٤٢}

أعلنت لجنة الانتخابات الرئاسية الأحد ٢٤ / ٦ / ٢٠١٢ نتيجة جولة الإعادة لانتخابات رئاسة جمهورية مصر العربية بفوز الدكتور محمد مرسي بنسبة ٥١,٧٣ % .و رأت الادارة الامريكية أن فوز الرئيس محمد مرسي يرجع للأسباب الآتية :-
أولاً: مشروع القرار الذي قدمه النائب حاتم عزام في مجلس الشعب وتمت الموافقة عليه والخاص بتعديل انتخابات رئاسة الجمهورية ليتم الفرز في اللجان الفرعية تحت إشراف قضائي، وتسليم نتيجة الفرز لمندوبي المرشحين.

ثانياً: ما أقدم عليه حزب الحرية والعدالة من إعلان النتائج بعد ساعات قليلة من إغلاق لجان التصويت، وأقدامه على نشر تفاصيل نتائج فرز اللجان الفرعية والعامة، وعرضها أمام الرأي العام المصري والعالمي.

ثالثاً: إبلاغ سفارات الدول الكبرى بمصر لحكوماتهم، ومن ضمنها السفارة الأمريكية، ترجيحهم صحة الأرقام التي نشرها حزب الحرية والعدالة.^{٣٤٣}

وبقى على الولايات المتحدة الأمريكية أن تتكيف مع الواقع السياسي المصري الجديد وأن تكون هناك خطة أمريكية للاعتماد على جماعة الإخوان المسلمين في العالم العربي لإعادة ترتيب الشرق الأوسط لكون مصر مركز ثقل الشرق الأوسط . ومع انتخاب رئيس جديد ينتمي إلى التيار الإسلامي، والإخوان المسلمين تحديداً، تؤكد

^{٣٤٢} - عبد الخالق عبد الله، تغيرات استراتيجية: السياسة الأمريكية في العالم العربي بعد الثورات ،

السياسة الدولية ، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، القاهرة ، العدد ١٩٣ ،

٢٠١٣ ، ص ١٤ ص ١٥ .

^{٣٤٣} - مي حسين ، مصدر سبق ذكره.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

دخول العلاقات المصرية الأمريكية مرحلتها الرابعة، وفي متابعة الانتخابات الرئاسية المصرية، كانت الإدارة الأمريكية تعرب عن إنها لا تؤيد مرشح على الآخر، ولكنها كانت تجري تقييمًا لما سوف تفعله في حالة فوز المرشح الإسلامي ويبدو أن التقييم الذي ساد كان أن الإخوان المسلمين هي القوة المنظمة الوحيدة التي تسود الشارع المصري ولذلك فإن المصالح الأمريكية تتطلب التعاون معها والتأثير في توجهاتها الخارجية. في هذا السياق، ظهر في السياسة الأمريكية تيارين :

التيار الأول: يرى أنصار هذا التيار أن الديمقراطية المصرية وفوز الرئيس المصري في الانتخابات سيُعد عاملاً مضيفاً إلى قوة مصر الناعمة في منطقة الشرق الأوسط، وهو ما يجعل قوة مصر الديمقراطية أقوى بكثير من قوة مصر غير الديمقراطية، وهو الأمر الذي يدفع الرئيس المصري الجديد في دولة استراتيجية بالنسبة للولايات المتحدة ورمانة الميزان في منطقة الشرق الأوسط، لتبني سياسات معارضة للولايات المتحدة وإسرائيل. وتساعد نفوذ هذا التيار مع توتر العلاقات المصرية - الأمريكية، والمصرية - الإسرائيلية خلال الأشهر الماضية.

التيار الثاني - وهو تيار أكثر واقعية، وينتشر في مؤسسات الفكر والرأي الأمريكية المستقلة كمؤسسة بروكينجز، ومؤسسة كارنيجي للسلام الدولي، ومجلس العلاقات الخارجية، ومعهد السلام الأمريكي الدولي. يرى أنصار هذا التيار أهمية تأكيد الإدارة الأمريكية إجراء الانتخابات الرئاسية المصرية بحرية وشفافية ونزاهة، وتقدير كافة الدعم إلى السلطات المصرية لإجراء تلك الانتخابات على أكمل وجه، وعدم تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في اختيارات الناخب المصري .

ويدعو أنصار هذا التيار، أنه مع سقوط نظام "مبارك" حدث تحول في العلاقات المصرية - الأمريكية، أهمية بحث الإدارة الأمريكية مع نظيرتها المصرية، المنتخبة ديمقراطياً، علاقات جديدة، قوامها الاحترام والمصالح المشتركة، مع

التواصل مع كافة التيارات السياسية في مصر، في ظل حالة السيولة السياسية والتنازع والتفرق بين القوى السياسية، وعدم تأييد فصيل على حساب الآخر. أن جماعة الإخوان أدركت مدى أهمية العلاقات مع الولايات المتحدة، وهو ما دفعها كثيرًا إلى تقديم نفسها على أنها البديل الإسلامي المعتدل. وحاولت الجماعة أن تروج لنفسها داخل العاصمة الأمريكية، بزيارات بدأت بزيارة وفد حزب الحرية والعدالة في إبريل ٢٠١٢. وبين هذا الارتباك الأمريكي ورغبة جماعة الإخوان، انطوت العلاقة بين الطرفين على دلالات هامة:

١- سعى الإخوان المسلمون إلى تطوير خطاب أكثر برجماتية؛ يستجيب لما تريده الولايات المتحدة من الإسلاميين. وفي هذا الإطار تغير خطاب الجماعة تجاه إسرائيل ومعاهدة السلام كثيرًا من موقف رفض مطلق للمعاهدة أو إقامة علاقات مع تل أبيب، إلى إعلان الجماعة - بعد ثورة يناير - أنها ملتزمة بالمعاهدة، كما أكدت الجماعة تبنيها معايير الديمقراطية، وهو ما اعتُبر حينها محاولة للتقارب مع واشنطن وتجنب عدائها.

٢- تخللت العلاقة بين الإدارة الأمريكية والنظام الحاكم في مصر، مؤشرات توتر بدأت بصورة رئيسية مع أحداث اقتحام السفارة الأمريكية بالقاهرة في سبتمبر ٢٠١٢، على خلفية عرض فيلم مسيء للرسول -صلى الله عليه وسلم- وعدم قدرة إدارة محمد مرسي على التعامل مع الأزمة بالقدر المناسب، من وجهة النظر الأمريكية، وهو ما دفع الرئيس الأمريكي إلى القول بأن "النظام المصري الجديد ليس حليفًا للولايات المتحدة وليس عدوًا لها في الوقت نفسه"، وأضاف أن بعض مواقف النظام الجديد كانت جيدة، وبعضها لم يكن بالضرورة يتوافق مع مصالح الولايات المتحدة. وتكرر هذا النمط من العلاقة مع أزمة الإعلان الدستوري الذي أصدره الرئيس محمد مرسي في نوفمبر ٢٠١٢، وما تبعه من أحداث عنف داخلية.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٣- على الرغم من مؤشرات التوتر، فقد تعاطت إدارة أوباما مع جماعة الإخوان بدرجة كبيرة من الواقعية ومحاولة توظيف الجماعة وعلاقاتها لخدمة المصالح الأمريكية في بعض الملفات. وكانت أزمة غزة في نوفمبر ٢٠١٢ (والتوصل إلى اتفاق تهدئة بين إسرائيل وفصائل المقاومة الفلسطينية بواسطة الرئيس المصري آنذاك محمد مرسي) نموذجاً لإمكانية التأسيس على علاقة واقعية بين الإخوان والإدارة الأمريكية تتجاوز الخلافات الأيديولوجية ما دامت تحقق مصالح الطرفين.

٤- ظلت إسرائيل رقماً مهماً في معادلة العلاقة الأمريكية - المصرية؛ فلم تكن تل أبيب تبدي ارتياحها لوصول رئيس محسوب على جماعة الإخوان المسلمين إلى سدة الحكم في مصر، ومن ثم كانت تضغط على واشنطن لتأطير العلاقة مع النظام الحاكم الجديد في القاهرة، وتأكيد التزام جماعة الإخوان بمعاهدة السلام مع إسرائيل. وقد لعب اللوبي الإسرائيلي في الولايات المتحدة دوراً رئيسياً في هذا الصدد.^{٣٤٤}

وقد تداخل مع التطورات الداخلية المصرية، التي إتسمت بالعنف والإنقسام، غض أمريكا الطرف عن ممارسات الجماعة من اقضاء وتهميش ضد خصومها السياسيين، ولم تمنح فرصة انتقاد انتهاك القانون والدستور وضرب مؤسسات الدولة وعلى رأسها مؤسسة القضاء.^{٣٤٥}

قبل عزله بيومين، اتّصل الرئيس أوباما بالرئيس محمد مرسي، ومعرباً له إن الولايات المتحدة ملتزمة بالعملية الديمقراطية في مصر وأنها لا تدعم أي حزب

^{٣٤٤} محمد المنشاوي ، مصدر سبق ذكره.

^{٣٤٥} - عوني فرسخ ، مصر بين ثورتين ، المستقبل العربي، العدد ٣٩٥، كانون الثاني ، ٢٠١٢ ،

ص ٢١٠.

بعينه أو مجموعة. وأن الديمقراطية، هي أكثر من مجرد انتخابات، بل هي أيضاً ضمان أن تكون أصوات جميع المصريين مسموعة وممثلة من قبل حكومتهم. وشجّع الرئيس أوباما الرئيس مرسي على اتّخاذ خطوات، لإظهار استجابته لمخاوفهم وأكد أن الأزمة الحالية لا يُمكن حلّها، إلا من خلال العملية السياسية. كما أكّد الرئيس أوباما ما قاله منذ قيام الثورة، وهو أن المصريين وحدهم هم الذين يستطيعون أن يُقرّروا ما الذي يحدد مستقبلهم.

واعتبر الرئيس مرسي أن مضمون الموقف الأمريكي، هو أن مساندة واشنطن للعملية الديمقراطية، ولم يفعل شيئاً لمعالجة الاستقطاب السياسي الذي أوجده بإعلانه عن كتابة دستور جديد للبلاد وتركيزه على ما أصبح يُعرف بأخونة الدولة، بدلا من سماع مطالب الملايين الغاضبة من طريقة حكمه وتردّي الأوضاع المعيشية. وكانت الاتصالات الأمريكية الموازية بين تشاك هيغل، وزير الدفاع الأمريكي ونظيره المصري الفريق أول عبد الفتاح السيسي، الذي أمهل الرئيس وفرّقه السياسيين أسبوعاً للخروج من الأزمة والاستجابة لمطالب الشعب، وإلا تدخلت القوات المسلحة لإنقاذ البلاد من صدام أصبح وشيكاً.

وحذر هيغل الفريق السّيسي من أن تدخل الجيش، سيُعتبر انقلاباً عسكرياً وأن القانون الأمريكي يُحتمّ قطع المساعدات الأمريكية، في حالة حدوث انقلاب، ولكن طبقاً لمسؤول في وزارة الدفاع الأمريكية، لم يتعهد الفريق السّيسي بأي شيء لهيغل وأبلغه بأن الجيش لا يرغب في التدخل، ولكن واجبه الوطني يُحتمّ عليه الحفاظ على أمن الوطن والمواطنين.

وإزاء تطور الأحداث ارتبكت إدارة الرئيس أوباما مجدداً مع استجابة الجيش المصري للإرادة الشعبية وعزل الرئيس المنتخب، فإن هي أبدأت تأييداً لما حدث، تكون قد شكّلت سابقة خطيرة في العلاقات الدولية وانتهكت قانون المساعدات الخارجية الأمريكي، الذي يلزم الحكومة بقطع المساعدات عن أي دولة تشهد انقلاباً

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

عسكريا ضد حكومة منتخبة بطريقة ديمقراطية، وإن هي ساندت مطالبة أنصار مرسى من الإخوان المسلمين بضرورة إعادته إلى منصبه، تكون قد خسرت ملايين الشعب المصري وضحت بعلاقاتها الاستراتيجية مع القوات المسلحة المصرية.^{٣٤٦} وبعد أيام من التردد الذي فسر في مصر على أنه مساندة أمريكية للطرف الآخر، خرج المتحدث باسم البيت الأبيض غي كارني ليعبر عن رفض الولايات المتحدة توصيف ما حدث في مصر بأنه انقلاب عسكري وبرر ذلك بقوله: "إن الرئيس مرسى لم يكن يحكم بطريقة ديمقراطية وأن ملايين المصريين خرجوا للشوارع والميادين مطالبين بعزله وهم يرون أن مساندة الجيش لهم، لا تشكّل انقلاباً".^{٣٤٧} وقررت الإدارة الأمريكية إرجاء اتخاذ قرار بشأن توصيف ما حدث في مصر إلى الوقت المناسب بطريقة تتسم بالمسؤولية وتخدم الأهداف البعيدة المدى للولايات المتحدة، وبخاصة بشأن تعليق المساعدات الأمريكية لمصر في الوقت الراهن. ثم جاء التعبير الأوضح عن التحول في موقف الإدارة الأمريكية مما حدث في مصر، على لسان المتحدث باسم الخارجية الأمريكية جين بساكي: "لم تكن حكومة مرسى تشكل حكما ديمقراطيا، وخرج حوالي ٢٢ مليون مصري للتعبير عن آرائهم"^{٣٤٨}. غير أنها أعربت عن القلق من استمرار عمليات الاعتقال والاحتجاز السياسي، التي تستهدف جماعات معينة، منبهة إلى أنها تجعل من الصعب تجاوز الأزمة السياسية في مصر.

ولذلك، يرى هؤلاء الخبراء أن إدارة أوباما توصلت إلى قناعة بأن الحل الأفضل، هو التريث وإعطاء المؤسسة العسكرية المصرية الفرصة، لإثبات أنها

^{٣٤٦} - محمد ماضي - امريكا ورياح التغيير في مصر، البوابة نيوز، ٢٠١٣/٧/١٥، على الرابط:-

<http://www.albawabhnews.com>

^{٣٤٧} - نفس المصدر .

^{٣٤٨} - محمد المنشاوي ، مصدر سبق ذكره .

استجابت لطموحات الشعب في تحول حقيقي نحو الديمقراطية. ومما أسهم في تغيير الموقف الأمريكي ، مسارعة ثلاث من دول الخليج العربية، الحليفة للولايات المتحدة، للترحيب بما حدث في مصر وتقديم ما يصل إلى ١٢ مليار دولار كمساعدات عاجلة لمصر، من السعودية والإمارات والكويت. وسرعان ما اتخذت إدارة أوباما قرارا يجسد عمليا تغيير موقفها المتردد حول مستقبل المساعدات العسكرية الأمريكية لمصر اذ رأت إدارة الرئيس أوباما أنه لن يكون من مصلحة الولايات المتحدة إدخال أي تغيير فوري على برنامج المساعدات الأمريكية لمصر، ويمكنها التركيز على ما يلي:

١ - استخدام ما تبقى لها من نفوذ لضمان عدم تكرار الأخطاء السياسية الفادحة، التي وقعت خلال العامين والنصف الماضية، بعداتضاح ملامح الفترة الانتقالية الأولى التي أدارها المجلس، ومحاولة الاستفادة من تلك الأخطاء بالتركيز على بناء توافق حقيقي، من خلال مؤسسات ديمقراطية والتوصل لقواعد اللعبة السياسية.

٢ - أن الولايات المتحدة أصبحت في موقف بالغ الحرج ولم تتوصل بعد إلى إيجاد توازن حقيقي بين الحفاظ على مصالحها في المنطقة وبين القيم والمبادئ التي تدعو إليها وكان بإمكان إدارة أوباما التعبير بوضوح قبل عامين، عن ضرورة قيام المجلس العسكري بإدارة أفضل بكثير للمرحلة الانتقالية الأولى، وأن يكون موقف واشنطن أكثر حسما الآن، لضمان نجاح التحول نحو الديمقراطية في مصر.^{٣٤٩}

وترى الإدارة الامريكية ضرورة استغلال العلاقة الأمريكية الخاصة مع قادة القوات المسلحة المصرية، لحثهم على العودة في لحكم ديمقراطي، لا يستبعد أي فصيل

^{٣٤٩} - مي حسين ، مصدر سبق ذكره.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

سياسي، وإطلاق سراح زعماء الإخوان المسلمين متى تعهدوا بتهدئة أنصارهم وتجنب اللجوء إلى العنف، والعمل بدلا من ذلك على استخدام قواعدهم الأكثر تنظيما في خوض الانتخابات والتنافس مع معارضيهم من العلمانيين والليبراليين.

المبحث الثاني

الرؤية الأمريكية لمستقبل مصر بعد التغيير

في ضوء فهم الأهداف والمصالح الأمريكية في مصر، فإن الإدارة الأمريكية عكفت على بحث الوضع المستقبلي في البلاد بعد الثورة، ويلاحظ أن واشنطن رغبت في إطالة أمد المرحلة الانتقالية، بما يتيح لها المزيد من الوقت لدراسة الأوضاع ، ومحاولة استقطاب الأطراف الجديدة التي أفرزتها الثورة، أو حتى توطيد العلاقات مع الأطراف القديمة الموالية لها " الليبراليين العلمانيين " من أجل احتواء الثورة، وبالتالي ضمان تحقيق مصالحها.

المطلب الاول

السياسة الأمريكية تجاه مصر بعد سقوط الإخوان

ثار جدل داخل الأوساط الأمريكية حول الموقف الأمريكي من انحياز الجيش المصري لمطالب الشارع المصري، وعزل الرئيس محمد مرسي من السلطة، مما دفع الكونجرس الأمريكي إلى طلب قطع المساعدات عن مصر، ووجه الاتهام إلى إدارة باراك أوباما الذي كان إما متساهلاً مع الإخوان المسلمين، أو ليس قوياً بما يكفي مع الجيش المصري. وكذلك الحال مع تصريحات السفارة الأمريكية في مصر

حول قيمة الانتخابات إبان المظاهرات الحاشدة التي بدأت من ٣٠ يونيو وحتى الرابع من يوليو ٢٠١٣، وعدم الانتباه إلى أن الاضطرابات السياسية الحادثة في دول الربيع العربي أصبحت قاسماً مشتركاً فيما بينها في الآونة الأخيرة، نتيجة فشل الحكومات في إرضاء طموحات شعوبها.

وفي ظل اعتقاد القيادة الأمريكية بقدرتها على التأثير في الأحداث، وفشلها في إيجاد حلول واضحة لبعض المشكلات ومن ثم فالولايات المتحدة لم تحتاج إلى إعادة تقييم أو تغيير في سياساتها إبان الأوضاع الحالية في مصر.^{٣٥٠}

يُشير ذلك العديد من علامات الاستفهام حول موقف الولايات المتحدة، وكذلك حول نواياها الحقيقية في دعم التحول الديمقراطي، ومناصرة الجيش، خاصة أن الولايات المتحدة تهدف دائماً إلى توطيد العلاقات مع الجيش المصري، ولا تريد فقدان نفوذها معه لعدد من الحسابات، يأتي على رأسها أنه الممثل الوحيد الموثوق به نسبياً على الساحة المصرية، والذي ينبع من العلاقات العسكرية الأمريكية مع القوات المسلحة المصرية. ثانيها: الحفاظ على صفقات السلاح الموجهة للجيش المصري، في إطار حفاظه على معاهدة السلام مع إسرائيل. ثالثها: احتياج الولايات المتحدة إلى التعاون مع أجهزة الاستخبارات العسكرية المصرية لمكافحة الإرهاب، والحفاظ على استقرار العلاقات بين مصر وإسرائيل. وأخيراً: احتواء إيران. ومن ثم، فإنه في حالة معاداة الجيش المصري، فإن الولايات المتحدة تقع بذلك في فخ العداء مع هذه القوة الضامنة لمعاهدة السلام مع إسرائيل، وكذا علاقاتها مع

^{٣٥٠} ارون ديفيد ميلر ، مأزق السياسة الأمريكية بعد سقوط الاخوان ، عرض نسرين جاويش ،

الاهرام الرقمي على الرابط :- <http://digital.ahram.org.eg/>

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الولايات المتحدة.^{٣٥١} فإدارة أوباما لم تكن من السذاجة بمكان كي تعتقد بأن وصول الإخوان المسلمين إلى الحكم يعني التحول الديمقراطي الحقيقي، خاصة أنها عبر تاريخها جماعة وحركة مناهضة للديمقراطية بطبيعتها، وقد أدى تدهور الأوضاع السريع في مصر إلى وضع إدارة أوباما في موقف لا تحسد عليه ممن يدافعون عن الديمقراطية، ومن ثم كان من الصعب على واشنطن تغيير نهج مرسى عقب توليه منصبه، واتباع خطوات دقيقة وحثيثة نحو الانتقال الديمقراطي الحقيقي. وإذا كانت الولايات المتحدة تعتقد بأنها أكثر سيطرة على مجريات الأمور في مصر، فإنه بالتحليل الدقيق يكون من المستحيل التأثير في أرض الواقع حالياً، في ظل عدم القدرة على التوفيق بين الأيديولوجيات المختلفة والمتصارعة، في ظل عدم القدرة على توفير مفردات الإدارة الفعالة للأزمة التي تواجه البلاد، والاختلاف بين النخبة والجمهور، حيث تفتقر مصر إلى العناصر الثلاثة الأساسية للسياسات الديمقراطية، أولها: القادة الذين يعلنون المصالح الوطنية فوق المصالح الطائفية، والمؤسسات الشرعية والمساءلة القانونية، وأخيراً آلية لتسوية النزاعات بدون عنف.

فمصالح الولايات المتحدة تتطلب توثيق العلاقات مع الجيش، وكذلك الحفاظ على أمن إسرائيل. وبالتالي، فإن آخر ما تحتاج إليه الولايات المتحدة هو محاولة فرض الانتقال إلى الحكم المدني مرة أخرى، خاصة مع التساؤلات المثارة على الساحة الأمريكية في مدى جدية الديمقراطية الأمريكية الحقيقية على أرضها؟

فلما تفجرت ثورة ٣٠ يونيو ٢٠١٣ في مصر كانت المفاجأة الصدمة للإخوان والأمريكان والغرب جميعاً. لأن الدوائر السياسية ومراكز اتخاذ القرار

^{٣٥١} ديفيد شينكر ، نظرة ثاقبة في غياهب المساعدات الأمريكية المقدمة لمصر ، معهد واشنطن

لسياسة الشرق الأدنى ، ٢٠١٣/٩/٤ على الرابط www.washingtoninstitute.org/

policy-analysis/pdf/inside-the-complex.

ومراكز الأبحاث عجزت عن قراءة المشهد الحاصل في مصر وفقدان القدرة على استيعاب الموقف صنفوا ما حدث بأنه انقلاب عسكري، ومن هذا المنطلق ذهبت أمريكا والاتحاد الأوروبي إلى اتخاذ موقف تصورت أنه ضد الانقلاب، في حين أنه كان ضد إرادة الشعب ورغبته، فأعلنت وقف المعونة العسكرية لمصر، وإلغاء مناورات النجم الساطع، وممارسة الضغوط الدولية على مصر حتى يرجع الإخوان. وقد جاء وقف المعونة في وقت عصيب للغاية على مصر، فقد كان جيشها يجابه الإرهاب الإخواني في سيناء وربوع مصر ولا زال، في نفس الوقت الذي تتدفق فيه الأسلحة كما وكيفا، من إخوان ليبيا، وإخوان السودان، وإخوان حماس، وإخوان تركيا عبر البحر. وهنا استغل الرئيس الروسي فلاديمير بوتين فرصة الأخطاء الاستراتيجية للإدارة الأمريكية، وأرسل رئيس المخابرات العسكرية الروسية إلى مصر. وقد تبع ذلك زيارة وزيري الخارجية والدفاع الروسيين، مع إرسال إشارات موحية من الجانب المصري حيال عدم الاكتراث للمعونة وقرض صندوق النقد الدولي، ولم تقدم القاهرة طلباً للعفو والسماح كما كان مخططاً له.^{٣٥٢} بل بادرت إلى رد الزيارة إلى موسكو على نفس مستوى التمثيل، وكانت مراسم الاستقبال ذات دلالات لا تخفى على صانع السياسة الأمريكية. فقد أدركت الإدارة الأمريكية أن روسيا تبحث عن موطئ قدم لها في مصر كي تعيد العلاقة بها مجدداً مستغلة في ذلك التناقض الحاصل في السياسة الأمريكية تجاه مصر والمنطقة. خاصة وأن مصر أصبح لديها العديد من الخيارات المفتوحة وأطر الحركة الواسعة على الساحة الدولية.

^{٣٥٢} - وحيد عبد المجيد، مصر... إلى أين؟ في مفترق ثلاثة طرق، المستقبل العربي، العدد

٣٦٥، ٢٠١٣، ص ٤٥

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

ومن هنا جاء التحرك الأمريكي السريع عبر إرسال وفد من الكونجرس لزيارة مصر، ومقابلة المشير السيسي. وكذلك تصريح وزير الخارجية جون كيري ، أثناء زيارته لتونس عن رغبته في زيارة مصر. ومن المفارقات أن تتواكب زيارة وفد الكونجرس مع زيارة وفد عسكري - روسي للقاهرة. ومن هنا يأتي الموقف الأمريكي الجديد ليس تراجعاً عن الاستراتيجية الجديدة، وإنما هو موقف تكتيكي لا يخرج عن نطاق المناورة. إذ أن أمريكا لا تملك التراجع عن دعم هذه الجماعة لسببين هما:

الأول : وجود الإخوان في معظم الولايات الأمريكية وسيطرتها على الجاليات الإسلامية بها من خلال منظمات المجتمع المدني والمساجد والمراكز الإسلامية، والامتناع عن دعمها واعتبارها جماعة إرهابية سيخلق مواجهة محتملة بين الإدارة الأمريكية والداخل الأمريكي بما لا تحتمله أى إدارة.

الثاني: تورط الإدارة الحالية في أنشطة مشبوهة مع الإخوان كدعم الإخوان لها في انتخابات الرئاسة، ودعم الإدارة لأنشطة الجماعة بأموال دافعي الضرائب الأمريكيين، فلو تم الاعتراف بإرهابية الجماعة، وفضحت الجماعة الدعم المتبادل بينها وبين الإدارة الأمريكية، لأصبحت الإدارة الأمريكية إدارة داعمة للإرهاب، ويصعب عليها التعايش مع الناخب الأمريكي بهذه الصفة. وبالتبعية ستصبح أمريكا دولة راعية للإرهاب على الساحة الدولية، ويسقط البعد الأخلاقي للقيم الأمريكية والغربية.

الثالث : سقوط المشروع الأمريكي المتعلق بالشرق الأوسط الكبير والذي أنفقت عليه المليارات من جيب دافع الضرائب الأمريكي، الذي سيتساعل بالضرورة عن جدوى ما حدث وأهميته. ومن هنا يمكن القول بارتياح شديد أن الولايات المتحدة ماضية في دعم الجماعة الإرهابية، وأن ما تقوم به مجرد مناورة للحيلولة دون تمدد الدب الروسي في المنطقة من ناحية، وتخدير النظام المصري من ناحية

أخرى حتى يتسنى لها إفشال هذا التقارب المفاجئ. أما الإدارة المصرية فليس أمامها سوى استغلال الفرصة لتحرير إرادتها، وتوسيع رقعة علاقاتها بما لا يسمح باحتوائها من جانب طرف واحد يملك أدوات خنقها من جديد.^{٣٥٣} وفي هذا الإطار، واجهت الولايات المتحدة بعد ٣ يوليو ٢٠١٣ إشكاليتين جوهريتين، أولاها أن النظام الحاكم الجديد في مصر لديه اعتقاد بأن واشنطن أكثر انحيازاً لجماعة الإخوان المسلمين، وبالتالي فإن دوائر صنع القرار الأمريكية رأت فيما حدث - عزل الرئيس المحسوب على جماعة الإخوان - نهاية لشبكة من التحالفات الجديدة، كانت تسعى واشنطن لترسيخ وجودها. أما الإشكالية الأخرى، فتتمثل في الموقف الأمريكي الملتبس مما جرى في ٣٠ يونيو و٣ يوليو ٢٠١٣ ، وعدم الاستقرار على إعطاء توصيف محدد للمشهد يمكن أن يرضي النظام الحاكم في مصر، والذي يرى أن إسقاط جماعة الإخوان المسلمين تم عبر ثورة شعبية لا تختلف عن ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، واتضح أن الموقف الأمريكي الرسمي يراوغ في توصيف الأوضاع، لاسيما أن استعمال مصطلح "انقلاب" يعني إيقاف كافة المساعدات الأمريكية الموجهة لمصر، وذلك فيما كانت أصوات داخل الكونجرس تطالب بتعليق المساعدات الأمريكية، لأن ما حدث كان "انقلابا" من وجهة نظرها.

وكانت هذه المعطيات تنذر بأن العلاقة بين النظام المصري والإدارة الأمريكية مقبلة على أزمات تجلت ملامحها في انتقاد الإدارة الأمريكية لطريقة تعامل الحكومة المصرية، مع تظاهرات مؤيدي جماعة الإخوان المسلمين، كما اتخذ الرئيس الأمريكي قرارا بإيقاف المناورات العسكرية المشتركة "النجم الساطع" مع مصر، عقب فض اعتصامي رابعة العدوية والنهضة. ورغم ملامح التآزم في العلاقة

^{٣٥٣} -منار الشوربجي ، هل تدعم امريكا التغيير في مصر؟ ٢٠١٠/١٠/٦

بين الدولتين، لم تصل تلك العلاقة إلى مرحلة القطيعة، وهو ما يرجع إلى عوامل من الجائز اختزالها فيما يلي:

أولاً- الأطر الفكرية الحاكمة لصانع القرار الأمريكي، التي ترجح المقاربة الواقعية في التعاطي مع العلاقات الخارجية، ومن ثم فإن واشنطن على استعداد لإقامة علاقات مع أي نظام حكم في مصر ما دامت هناك مصالح مشتركة يتم صيانتها. وهذا المدخل يصلح لتفسير تصريحات وزير الخارجية جون كيري في القاهرة خلال شهر نوفمبر ٢٠١٣ بأن "واشنطن ملتزمة بدعم خارطة الطريق التي وضعتها الحكومة الانتقالية".

ثانياً- استدعاء موقف المملكة السعودية وإسرائيل يضيفي تعقيدات على الموقف الأمريكي؛ فكلتا الدولتين تدعم الخطوات التي تتبناها السلطة الحاكمة في مصر بعد الثالث من يوليو ٢٠١٣، كما أن تل أبيب طالبت -سواء بشكل مباشر أو حتى عبر اللوبي الإسرائيلي في الولايات المتحدة- الإدارة الأمريكية "بعدم تقليص المساعدات للجيش المصري، تحسباً من تأثير ذلك في أمن إسرائيل، وتدهور الوضع الأمني في سيناء"، وهكذا فإن هذه المعطيات تحول دون تدهور العلاقات المصرية الأمريكية تدهوراً كبيراً.

ثالثاً- العلاقات المتميزة التي تجمع بين البنتاجون وقيادات المؤسسة العسكرية في القاهرة، لا سيما أن بعض هذه القيادات تلقت تعليمها في الولايات المتحدة، وفي مقدمتها وزير الدفاع السابق ورئيس الجمهورية الحالي عبد الفتاح السيسي، ووزير الدفاع الحالي الفريق أول صدقي صبحي، ناهيك عن أن فريقاً كبيراً داخل واشنطن يدرك جيداً أن استمرار العلاقات مع القاهرة وديمومة المساعدات الأمريكية؛ يحفظان للولايات المتحدة نفوذها في مصر ويصونان مصالحها.^{٣٥٤}

^{٣٥٤} - محمد المنشاوي ، مصدر سبق ذكره .

إذا كانت الثورة المصرية ركزت على القضايا الداخلية فإنها وجهت رسالة مفادها ان السياسة الخارجية لمصر واتفاقياتها سوف لن يجري عليها اي تغيير على المدى القريب . وبسبب التوازنات السائدة في النظام الدولي وطبيعة هذا النظام ، فان النظام الجديد في مصر لا تتوافر له بدائل حقيقية في السياسة الخارجية وهذا يعني عدم قدرتها على احداث انقلابا في علاقاتها او تحالفاتها الاقليمية او الدولية في منطقة الشرق الاوسط. وتعزيز النفوذ الذاتي الداخلي في قبالة انحسار النفوذ الخارجي . ٣٥٥

المطلب الثاني

مستقبل السياسة الامريكية تجاه مصر

ان استشراف مستقبل العلاقات بين البلدين اللذين يتمتعان بعلاقات متنوعة تسمياتها ما بين علاقات شراكة وتحالف استراتيجي بين حليفين مؤثرين في أمن ومصالح المنطقة؛ سيتطلب التطرق للرؤية الامريكية للتطورات المصرية بعد الثلاثين من يونيو ٢٠١٣ ، والتي اثرت على مستقبل العلاقات بين البلدين في ضوء الاستحقاقات الانتخابية المصرية.

أن الأحداث المتتالية في مصر على امتداد ثلاثة سنوات دفعت إدارة أوباما على تغيير موقفها عبر دعم عملية ثورية بدلا من المساعدة في تنظيم التغيير الذي يطور البلاد، وان الفشل الواضح للثورة المصرية أحدث سلسلة من انتكاسات "الموجة الديمقراطية الرابعة" المفترضة في بلاد حدثت فيها ثورات مماثلة ولكنها

٣٥٥ - مارك لنج ، السياسة الامريكية تجاه ايران ومتغيرات الشرق الاوسط ، ترجمة حسين شلوشي - ايات شحرور ، مجلة حمورابي للدراسات ، بغداد ، العدد ١١ ، ٢٠١١ ، ص ١٥٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

فشلت أيضا، في تأسيس "نظام ديمقراطي موالي للغرب" مثل أوكرانيا والصرب والعراق وأفغانستان، والثورة الوردية في جورجيا.

خلطت الادارة الأمريكية بين استراتيجيتين مختلفتين، الأولى إزالة الطغاة من السلطة وخلق أنظمة مستقرة يمكن أن تتطور لمزيد من الانفتاح والديمقراطية في نهاية المطاف، والاستراتيجية الثانية ديمقراطية مطلقة مع الضغط من أجل ديمقراطية سريعة، حتى في غياب الظروف الملائمة لتعزيز أنظمة ديمقراطية قابلة للحياة.

أن أفضل مسار أتبعته مصر هو ترشيح المشير السيسي لولاية واحدة فقط ثم يترك السلطة، ويبدأ الجيش في تخفيف قبضته على البلاد، ويسمح بتحريك سياسي وشعبي أكبر، ويمكن للإخوان حينها أن يحتدوا بالنموذج التركي لأردوغان، في التقيد بالقوانين الجديدة التي ترفض تأسيس الأحزاب على أسس دينية، و أن التغيير الديمقراطي الدستوري ممكن، طالما تم الحفاظ على المصالح المرتبطة بالنظام القديم.

إن الحديث عن وقف المعونات الأمريكية الاقتصادية أو العسكرية، وربطها بجملة من الشروط الواجب على النظام المصري اتخاذها، ما هي إلا خطوة هدفها تحقيق أكبر قدر من التنازلات المصرية لخدمة المصالح الأمريكية. وأن أي إدارة أمريكية لن تقدم على خطوة تعليق أو وقف المعونات الأمريكية لمصر بصورة جازمة، وإن كان من حين لآخر يتم وقفها، لتيقن صانع القرار الأمريكي من مركزية مصر، وأهميتها في منطقة الشرق الأوسط، ودورها في خدمة المصالح الأمريكية في المنطقة وعلى المسرح الدولي. ولذا فهناك اهتمام أمريكي للمحافظة على الاستقرار المصري الداخلي، لكي تواصل دورها الإيجابي في الحفاظ على استقرار المنطقة، ومواصلة احترامها لمعاهدة السلام مع إسرائيل، والعمل من أجل مكافحة

الإرهاب والانتشار النووي، فضلاً عن إلى أهمية قناة السويس، وحقوق المرور الأمريكي البحري والجوي.^{٣٥٦}

شكلت المساعدات الأمريكية قضية إشكالية في العلاقة بين الطرفين، فقد لعبت الإدارة الأمريكية بورقة المساعدات للضغط على النظام المصري، والتلويح المستمر بإيقاف تلك المساعدات، اعتراضاً على سياسات يتبناها النظام المصري، وهذا الأمر عبر عنه قرار الإدارة الأمريكية خلال شهر أكتوبر/ ٢٠١٣ بإيقاف تسليم مصر دبابات وطائرات مقاتلة، وطائرات هليكوبتر وصواريخ، زيادة على مساعدات نقدية تُقدر بـ ٢٦٠ مليون دولار. ، قائلاً إن "تعاوننا التقليدي مع مصر لا يمكن أن يستمر كما هو"^{٣٥٧} فيما تناقش إدارة أوباما ما إذا كانت ستوقف تزويد الجيش المصري بطائرات "أباتشي" جديدة من طراز "آي إتش ٦٤" دي، والذي كان مقررًا أيضاً أن يتم في سبتمبر/ ٢٠١٤.

وعلى الجانب المقابل، تزايدت نبرة الاعتراض من جانب النظام المصري على التوجهات الأمريكية. ففي مقابلة للمشير عبد الفتاح السيسي مع صحيفة واشنطن بوست الأمريكية في شهر أغسطس/ ٢٠١٣، أشار إلى أن إدارة الرئيس أوباما تتجاهل إرادة الشعب المصري، وتساعل ما هو دور الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي وجميع القوى الدولية الأخرى التي تؤيد أمن مصر واستقرارها؟ هل قيم الحرية والديمقراطية صالحة فقط في بلادكم؟ لقد تخلّيت عن المصريين . أدّرت لهم ظهركم وهم لن ينسوا ذلك."^{٣٥٨} وعقب قرار الإدارة الأمريكية تجميد المساعدات العسكرية السنوية لمصر التي تبلغ قيمتها ١,٥ مليار دولار وكذلك قرر وزراء

^{٣٥٦} - عبد العاطي ، مستقبل العلاقات المصرية - الامريكية عام ٢٠١٤ ، المركز الاقليمي للدراسات الاستراتيجية ، القاهرة ، في ١/٦/٢٠١٤ .

^{٣٥٧} - نفس المصدر .

^{٣٥٨} - نفس المصدر .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

خارجية الاتحاد الأوروبي في ٢١ / اب / ٢٠١٣ "تعليق تراخيص المعدات التي يمكن أن تساعد في عمليات القمع في مصر". هذا، وقررت بعض الدول، ومنها ألمانيا، تجميد صادراتها من الأسلحة إلى مصر، حيث تدرس دول الاتحاد الأوروبي إعادة النظر في المساعدة الأمنية المقدمة إليها. كما أوقفت ثلاث دول أوروبية مساعدات مالية مخصصة لمشروعات تنمية في مصر، حيث جمدت الحكومة الألمانية أموال مساعدات لمصر بقيمة ٢٥ مليون يورو. وكذلك، فإن الدنمارك وهولندا أوقفتا المساعدات الاقتصادية التي تقدر بـ ٤ ملايين يورو للدنمارك، كانت مخصصة لدعم الشركات الصغيرة، وتوفير فرص عمل للشباب في مصر، و ٨ ملايين يورو لهولندا مخصصة لدعم مشروعات تنمية في مجالات حقوق الإنسان، والإدارة، وإمدادات المياه. في هذا التوقيت الحيوي الذي تخوض فيه مصر حرباً ضد الإرهاب". وتداخل مع هذا المشهد تصاعد حدة العداء للولايات المتحدة داخل الشارع المصري، وانكشف أن هناك ثمة تياراً يرى أن واشنطن تؤيد جماعة الإخوان المعارضة للسلطة الحاكمة، وأن هذا التأييد يدفع الأوضاع نحو المزيد من التعقيد والعنف، ناهيك عن ردود أفعال تراوحت بين المطالبة بالتخلي عن المساعدات الأمريكية، وصولاً للمطالبة بمراجعة معاهدة السلام مع إسرائيل.^{٣٥٩}

وهنا كثيراً ما تصلح مقارنة التحدي والاستجابة لتفسير العلاقات بين الدول، إذ إن الدول تواجه عدداً من التحديات تستلزم الاستجابة بدرجة تحافظ لها على مصالحها. وعطفاً على هذا، يمكن القول إن النظام المصري الحالي يمتلك في علاقته بالولايات المتحدة خيارات استجابة، من الجائز اختزالها في ثلاثة خيارات:

١- خيار الاستمرار، ويفترض هذا الخيار استمرار التبعية التي ظلت لسنوات السمة الغالبة للعلاقة بين القاهرة وواشنطن، وبالتالي التماهي بين توجهات السياسة

^{٣٥٩} - نفس المصدر

المصرية والسياسة الأمريكية، وهو ما يعني أن النظام المصري عليه الاستجابة لكافة المطالب الأمريكية، خاصة تلك المتعلقة بالأزمة الداخلية الراهنة، والتعاطي مع جماعة الإخوان المسلمين.. ويعترض هذا الخيار مأزق المعادلة الداخلية المصرية، إذ إن طرفي الأزمة، سواء السلطة الحاكمة أو جماعة الإخوان المسلمين، يخوضان حالة أشبه ما تكون بصراع وجود في خضم مباراة صفرية يأبى فيها أي طرف تقديم أي تنازلات. ومن ثم، فإن المطالب الأمريكية بإيجاد تسوية سياسية للصراع، والضغط على الحكومة المصرية للتفاوض لن تجد بيئة مواتية في الوقت الحاضر. ويعد الرأي العام أحد القيود المفروضة على هذا الخيار. ففي الفترة اللاحقة على ٣٠ يونيو ٢٠١٣، تشكل تيار واسع داخل الشارع المصري يطالب النظام المصري بإنهاء حالة التبعية لواشنطن، وبات لدى هذا التيار اعتقاد راسخ بأن توجهات الإدارة الأمريكية مناوئة للمصالح المصرية. ومن هذا المنطلق، سيصبح على النظام المصري البحث عن مسار يراعي مصالح الدولة في المقام الأول بعيداً عن رغبات واشنطن، أو على أقل تقدير سيكون النظام حريصاً على تبني مواقف مغايرة لمواقف واشنطن، ولو بقدر ضئيل يرضي من خلالها الرأي العام.

٢- خيار القطيعة، ويفترض هذا الخيار أن يلجأ النظام المصري إلى القطيعة مع واشنطن والتصعيد بوتيرة متسارعة لا تتيح مساحة للالتقاء، بحيث يتجه النظام الحاكم بصورة رسمية (بمنأى عن الصيغة غير رسمية، كما هو معتاد في الوقت الراهن) إلى التخلي عن المساعدات الأمريكية، والشروع في مراجعة معاهدة السلام مع إسرائيل، والانفتاح بصورة غير مسبقة على قوى دولية أخرى منافسة للولايات المتحدة، مثل روسيا والصين، لتكون بمثابة مصدر بديل للتسليح والدعم الاقتصادي، وينطوي هذا المسار على التعقيدات التالية، والتي تجعل من الصعب تحقيقه في المدى القريب. حيث يعتمد تسليح الجيش المصري بصورة أساسية على الولايات المتحدة، وهذا الأمر يحتاج إلى فترة زمنية ممتدة لتغييره، والاستعاضة عن التسليح

الأمريكي بآخر ينهي علاقة الارتباط العسكري بين الدولتين. كما أنه من غير المنطقي في الوقت الراهن استحضار أفكار الحرب الباردة والثنائية القطبية، حينما كانت مصر تعتمد في تسليحها على أوروبا الشرقية. على الرغم من يقال عن تراجع التأثير الأمريكي، وأن عهد القطبية الأحادية أوشك على الأفول، فلا تزال الولايات المتحدة هي الدولة الأهم في النظام العالمي، وتشكل محورا رئيسا في منطقة الشرق الأوسط بكافة قضاياها، فهي أكثر انخراطاً من غيرها في شؤون المنطقة، وهو ما يحتم على النظام المصري التعامل معها برشادة. يضاف إلى ما سبق أن النفوذ الدولي الذي تحظى به واشنطن يمكن أن يحقق للنظام المصري مصالح عدة، أهمها تيسير التواصل بالمنظمات الاقتصادية الدولية (على وجه التحديد صندوق النقد الدولي والبنك الدولي)، والحصول على مساعدات اقتصادية منها. كما أن اعتراف واشنطن بالنظام الحاكم الجديد، وتوطيد العلاقات الثنائية معه سيعطي للنظام المصري حيزا أكبر للتحرك على الصعيد الدولي. إلى جانب إن الاقتصاد المصري أكثر ارتباطاً بالغرب (أوروبا والولايات المتحدة) مقارنة بروسيا والصين.

٣- خيار التصعيد المحكوم، وينصرف هذا الخيار إلى إرساء نهج جديد للعلاقات مع الولايات المتحدة، قائم بالأساس على فكرة تبادل المصالح، وليس مجرد صيغة تبعية، وبالتالي يمكن للنظام الحاكم أن يعترض على مواقف واشنطن، ويرفض الانصياع لمطالبها، ولكن دون أن تصل إلى مرحلة القطيعة مع واشنطن، فهو بدرجة أو بأخرى تصعيد ضد توجهات الإدارة الأمريكية، ولكنه أيضاً تصعيد محكوم بإطار معين (يقع في منطقة وسط بين التماهي والقطيعة). وبوجه عام، يستدعي هذا الخيار الملاحظات الآتية: حيث يفترض مسار التصعيد المحكوم أن يتعاطي النظام المصري مع قضية المساعدات الأمريكية من منظور براجماتي بحت، إذ إن واشنطن تحقق من وراء علاقاتها مع مصر مصالح فعلية تتضمن مزايا عسكرية ولوجيستية مثل: استخدام الأجواء المصرية، وتسهيلات فيما يتعلق بعبور قناة السويس للسفن

والبورج الأمريكية، علاوة على ضمان استمرار العلاقات السلمية بين إسرائيل والقاهرة. ويعضد هذه الفكرة آراء أمريكية صدرت أخيراً بعد قرار الإدارة الأمريكية تعليق بعض المساعدات لمصر.. "تعليق أوباما المساعدات المقدمة لمصر سيكلف واشنطن نفوذاً كبيراً داخل مصر، دون تحقيق أي مكاسب، سواء للجيوستراتيجية الأمريكية، أو لآفاق الديمقراطية في مصر.^{٣٦٠}

مما لاشك فيه أن استمرار النظام المصري في محاربة الإرهاب بعد ٣٠ يونيو من المحتمل أن يكون عنصراً ضاغطاً على الإدارة الأمريكية يدفعها للتراجع عن مواقفها تجاه الحكومة المصرية. ففي المقام الأول والأخير، الولايات المتحدة دولة تحركها مصالحها ومصالح حليفاتها بالمنطقة، إسرائيل. وفي هذا السياق، إذا تمكن النظام الحاكم من تحقيق الاستقرار للدولة، فلن يكون أمام واشنطن سوى التعامل مع هذا النظام، والبحث عن مصالحها معه. على صعيد آخر قد يوظف النظام المصري شبكة تحالفاته الإقليمية والدولية في ملف العلاقات الأمريكية. فمن ناحية، توفر شبكة التحالفات الإقليمية مع دول خليجية (وفي مقدمتها السعودية والإمارات) للقاهرة غطاء إقليمياً يمنحها زخماً أكبر في التفاعل مع المواقف الأمريكية، لاسيما مع المصالح المتشابهة والمعقدة التي تجمع الولايات المتحدة بالدول الخليجية. ومن ناحية أخرى، فإن العلاقات مع دول، مثل روسيا والصين، تسمح للنظام المصري بمساحة مناورة قد لا تكون كبيرة بالقدر الكافي، ولكنها على أقل تقدير ستنبه واشنطن لعواقب سياساتها تجاه مصر.^{٣٦١}

^{٣٦١} - ديفيد شينكر ، نظرة ثاقبة في غياب المساعدات الأمريكية المقدمة لمصر ، معهد واشنطن لسياسة الشرق الأدنى ، ٤ / ٩ / ٢٠١٣ على الرابط www.washhngtognstitute.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

ان المساعدات الأمريكية البالغة نحو ١,٥٥ مليار دولار سنوياً، منها نحو ١,٣ مليار دولار مساعدات عسكرية. تعد مدخلا رئيسا لحصول القاهرة على الأسلحة المتطورة. مما أثار البعض مخاوف من مدى قدرة الحكومة المصرية على الاستغناء عن المساعدات الغربية، لاسيما الأمريكية، في حال أتخذت الإدارة الامريكية قرار بإيقاف تلك المساعدات، على الرغم من إلغاء تدريبات عسكرية مشتركة بين واشنطن والقاهرة، فقد صرح وزير الدفاع الأمريكي تشاك هيجل، بأنه أبلغ نظيره المصري، المشير عبد الفتاح السيسي، بأن البنتاجون سيواصل علاقاته العسكرية مع مصر. فمن المهم للجيش الأمريكي الحفاظ على مصالحه الاستراتيجية مع القاهرة، وبالنظر إلى أن هناك سفن حربية أمريكية تمر من قناة السويس. وإذا تم منع ذلك، فسوف تتكبد الولايات المتحدة خسائر مالية تتعدى أضعاف دعمها لمصر، حيث تتحكم القناة فيما لا يقل عن ٤% من حركة النفط العالمية، و ٨% من حركة التجارة البحرية.^{٣٦٢}

لذلك يستبعد المحللون أن تقطع الإدارة الأمريكية مساعداتها للجيش المصري، لأنها توليه الآن أهمية أكبر من أي وقت مضى بسبب الأوضاع التي يمر بها الشرق الأوسط. فالولايات المتحدة تقدم الدعم إلى مصر، لأنها واحدة من دولتين عربيتين فقط وقعتا اتفاق سلام مع إسرائيل، والولايات المتحدة لا ترغب في المساس بهذا التوازن، في ظل الظروف الراهنة التي تشهدها المنطقة، وفي ظل تطورات الوضع على الساحة السورية، حيث لم يعد مستبعداً خيار التدخل العسكري لإنهاء الأزمة الإنسانية التي تشهدها البلاد.

في واقع الأمر، فإن معظم المساعدات العسكرية المقدمة إلى مصر تستحوذ عليها صناعة الدفاع الأمريكية التي توفر العتاد والصيانة وقطع الغيار. ومن ثم فمن

^{٣٦٢} نفس المصدر .

الناحية الاقتصادية البحتة، فإن تراجع الأموال المخصصة للمشتريات الأمريكية الاستراتيجية، وإن كان سيؤثر في الجيش المصري، فإن شركات المقاولات الدفاعية الأمريكية ستفقد أيضاً مزايا كبيرة تتمتع بها. وقد أكد متخصصو المشتريات العسكرية في الكونجرس أن قطع المساعدات عن مصر سيورط الإدارة الأمريكية في معركة تعاقدية مع شركات الأسلحة الأمريكية. فبينما ترتبط مصر بعقود مع هذه الشركات حتى عام ٢٠١٨، بموجب انتمان نقدي تعهدت به واشنطن، فإن إلغاء الصفقة سيجبر الحكومة الأمريكية على تحمل عقوبات تبلغ ملياري دولار.^{٣٦٣}

الخاتمة

يكشف الموقف الأمريكي من تطورات الأوضاع بعد ثورة ٢٥ يناير عن مبدأ حاكم للسياسة الخارجية الأمريكية، ألا وهو البراجماتية، بمعنى أنها تتعامل مع الواقع، وليس السعي إلى خلق واقع جديد، ساعية إلى الاستفادة من المعطيات الحادثة على أرض الواقع التي تحقق لها مصالحها، بغض النظر عن البعد المتعلق بحقوق الإنسان والديمقراطية.

واقعية الولايات المتحدة الأمريكية ومسايعها لتحقيق مصالحها يجعلها تعلي من المصلحة الأمريكية عند تعارضها مع القيم والمبادئ التي تؤمن بها، وهو ما دفعها إلى الاحتفاظ بعلاقات قوية مع من يحكم مصر، بصرف النظر عن انتمائه الأيديولوجي، وطبيعة حكمه، فهي تعاملت مع مبارك الديكتاتور، ومع المجلس العسكري، ثم مع الرئيس الإسلامي "محمد مرسي" بطرق لم تتغير في جوهرها. بعبارة أخرى ستتعامل الولايات المتحدة مع من ينول له الحكم، سواء أكان عسكرياً

^{٣٦٣} - محمد شومان ، صعود وانهيار حكم الإخوان المسلمين في مصر ، مجلة الدراسات

الفلسطينية ، مؤسسة الدراسات الفلسطينية ، العدد ٢٠١٣، ٩٦، ص ١٧

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

أم يساريًا أم ليبراليًا أم إخوانيًا أم سلفيًا، ما دامت تتم خدمة مصالحها الاستراتيجية في مصر والمنطقة.

وعلى الرغم من تعرض العلاقات المصرية-الأمريكية لهزات شديدة خلال الأربعين عامًا الماضية، فإن الإدارات الأمريكية المتعاقبة -جمهورية كانت أم ديمقراطية- لم تقطع المساعدات العسكرية الأمريكية لمصر رغم تشدد الكونجرس الأمريكي وتهديداته المتكررة بقطع المساعدات إذا لم يغير حكام مصر من بعض سياساتهم؛ لتيقن الطرفين (المصري والأمريكي) من أهمية المساعدات العسكرية الأمريكية لمصر، خاصة للأمن والمصلحة الأمريكية بمنطقة الشرق الأوسط، وهي أهمية دفعت مسؤولين عسكريين إلى تحذير الكونجرس الأمريكي في جلسات استماع عدة من خطأ تخفيض المساعدات العسكرية لمصر، مؤكدين أنها ذات قيمة عالية جدًا للولايات المتحدة، ولا تستطيع دولة أخرى أن تقوم بما تقوم به مصر من خدمة للمصالح الأمريكية في الشرق الأوسط.

المراجع

- ١- ابو الفضل الاسناوي ،العلاقات المصرية الامريكية ..الواقع والافاق ، المائدة المستديرة ،السياسة الدولية ، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، العدد ١٩٢ ، ٢٠١٣ .
- ٢- احمد الانباري ،السياسة الخارجية للولايات المتحدة الامريكية والتحولات العربية وانعكاساتها على القضية الفلسطينية منذ ٢٠١٠ ، اطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية العلوم السياسية ، جامعة النهدين ، ٢٠١٤ .
- ٣- د. احمد مصطفى ، التغيير العربي ،مركز المحروسة للنشر والخدمات الصحفية والمعلومات ،مصر ، ٢٠١٢ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المَجْلَدُ (١٢) العددُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة - ٢٠١٦

٤- ارون ديفيد ميلر ، مأزق السياسة الامريكية بعد سقوط الاخوان ، عرض
نسرين جاويش ، الاهرام الرقمي .على الرابط :-

<http://digital.ahram.org.eg/>

٥- ثورة ٢٥ يناير المصرية في قراءة اسرائيل (تقرير) ، مركز زيتونة للدراسات
والاستشارات ، بيروت ، ٢٦ / ٣ / ٢٠١٣ .

٦- حسام ابراهيم ، خفايا الموقف الامريكي من الاخوان المسلمين ، ندوة
العلاقات المصرية - الامريكية بيت التغيير والاستمرارية ، المركز العربي

للدراسات والبحوث على الرابط :- www.acrseg.org/2438

٧- حسنين توفيق ابراهيم ، الانتخابات التشريعية ومستقبل التطور السياسي
والديمقراطي في مصر ، مجلة المستقبل العربي ، العدد ٣٢٦ ، ٢٠٠٦ .

٨- جون ار برادلي ، ما بعد الربيع العربي ، ترجمة شيماء عبد الحكيم ، كلمات
عربية للترجمة والنشر ، ٢٠١٢ .

٩- جيسون برونلي ، منح الديمقراطية : سياسة التحالف بين الولايات المتحدة
ومصر ، عرض كتاب نسرين جاويش ، السياسة الدولية ، العدد ١٩١ ،
٢٠١٣ .

١٠- ديفيد شينكر ، نظرة ثاقبة في غياهب المساعدات الامريكية المقدمة لمصر
، معهد واشنطن لسياسة الشرق الادنى ، ٤ / ٩ / ٢٠١٣ على الرابط

www.washhngtognsittute

١١- ظفر عبد مطر ، دور مصر الاقليمي ما بعد الثورة ٢٥ / يناير / ٢٠١١ ، في
مجموعة باحثين ، التغيير في المنطقة العربية .. الدوافع والاسباب ، مواقف
الدول منها ، مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، ٢٠١٢ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

١٢- عبد الخالق عبد الله، تغيرات استراتيجية: السياسة الامريكية في العالم العربي بعد الثورات ، السياسة الدولية ، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، القاهرة ، العدد ١٩٣ ، ٢٠١٣.

١٣- عمرو عبد العاطي ، مستقبل العلاقات المصرية - الامريكية عام ٢٠١٤ ، المركز الاقليمي للدراسات الاستراتيجية ، القاهرة ، في ٢٠١٤/١/٦ ،
١٤- عوني فرسخ ، مصر بين ثورتين ، المستقبل العربي، العدد ٣٩٥ ، ك ٢ ، ٢٠١٢ ،

١٥- كاري روزفسكي ويكهام ، الاخوان المسلمون بعد مبارك ، مقال منشور في مجلة foreign affairs على موقع المجلة الالكتروني <http://www.foreignaffairs.com> ، ترجمة سميرة ابراهيم ، مجلة المعهد الدولي ، مركز الدراسات الدولية ، جامعة بغداد ، ٢٠١١

١٦- مارك لنج ، السياسة الامريكية تجاه ايران ومتغيرات الشرق الاوسط ، ترجمة حسين شلوشي - ايات شحرور ، مجلة حمورابي للدراسات ، بغداد ، العدد ١ ، ٢٠١١

١٧- محمد شومان ، صعود وانهيار حكم الاخوان المسلمين في مصر ، مجلة الدراسات الفلسطينية ، مؤسسة الدراسات الفلسطينية ، العدد ٩٦ ، ٢٠١٢ .

١٨- محمد ماضي ، امريكا ورياح التغيير في مصر، البوابة نيوز ، ٢٠١٣/٧/١٥ على الرابط :- <http://www.albawabhnews.com>

١٩- د. محمود محارب ، اسرائيل والثورة المصرية ، مقالات وتحليلات سياسية ، مركز زيتونة للدراسات والاستشارات ، بيروت ، ٢٠١١. على الرابط :-

<http://www.alzaytouna.net/>

٢٠- وحيد عبد المجيد ، مصر ... الى اين؟ في مفترق ثلاثة طرق ، المستقبل العربي ، العدد ٣٦٥ ، ٢٠١٣ .

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنَّة السادسة - ٢٠١٦

٢١- د. وائل محمد اسماعيل ، رقعة الشطرنج الشرق اوسطية ،دار المورد
للطباعة ،بغداد ، ٢٠١١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

البحث رقم (٨)

الْإثْبَاتُ الْجَزَائِيُّ الْإِلِكْتَرُونِيُّ فِي الْجَرَائِمِ الْمَعْلُومَانِيَّةِ

(دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ)

العقيد الدكتور محمد محمود عمري

ملخص

الإثبات الجزائي الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)

العقيد الدكتور محمد محمود عمري

تعد الجرائم الإلكترونية من أبرز معالم العصر الحديث حيث أن مسألة الإثبات الجنائي في هذا النوع من الجرائم تثير صعوبة بالغة أمام جهات التحقيق وأجهزة العدالة الجنائية بسبب الطبيعة المعنوية لمحل الجريمة كونها غير مادية وتتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات. وتتناول هذه الدراسة عملية الإثبات الجنائي الإلكتروني ومدى صلاحيته في الكشف عن الجرائم الإلكترونية وذلك من خلال التعرف على ماهية الدليل الرقمي وتفتيش مكونات الحاسوب المادية والمعنوية والشبكات التي تنتهي بطرفيات الحاسوب والخوادم المزودة للانترنت وشبكات الاتصال الخلوية. كما تتطرق الدراسة إلى منهجية التحقيق في الجرائم الإلكترونية من حيث معاينة مسرح الجريمة. ويختم البحث بأهم النتائج والتوصيات التي تخدم موضوع الدراسة.

ABSTRACT

Criminal Electron Evidence in Crimes information

(Comparative Study)

Colonel Dr. Mohammed Mahmoud Omri

The Electron crimes are considered one of the major problems facing the modern world due to challenges that face investigators and criminal justice in finding proof since the sitting of the crimes is not tangible . The paper examines the process of Cyber Crimes proofing and its validity in discovering CYBER Crimes through identifying the essence of the digital proof investigating both, hardware and software components of the computer networks, servers, and cellular networks. The study also looks at the method of investigating Cyber Crimes with respect to assessing the crime scene. The paper concludes with the main results and recommendations.

Keyword: Electron Crimes, Crimes, Evidence, networks.

المُقَدِّمَةُ

الإثبات الجنائي نشاط إجرائي موجه مباشرة للوصول إلى اليقين القضائي طبقاً لمعيار الحقيقة الواقعية، وذلك بشأن الاتهام أو أي تأكيد أو نفي آخر يتوقف عليه إجراء قضائي، وبمعنى آخر هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعل معين.

والهدف من الإثبات هو بيان مدى التطابق بين النموذج القانوني للجريمة وبين الواقعة المعروضة ، فإنه في سبيل ذلك يستخدم وسائل معينة هي وسائل الإثبات ، ووسيلة الإثبات هي كل ما يستخدم في إثبات الحقيقة - فهي نشاط يبذل في سبيل اكتشاف حالة أو مسألة أو شخص أو شيء ما أو ما يفيد في إظهار عناصر الإثبات المختلفة - أي الأدلة - ونقلها إلى المجال الواقعي الملموس.

- مشكلة الدراسة :

تثير مسألة الإثبات في نظم الحاسوب والإنترنت صعوبات كبيرة أمام القائمين على التحقيق، وذلك لجملة أمور، نذكر أمثلة منها: التخزين الإلكتروني للمعطيات الذي يجعلها غير مرئية وغير مفهومة بالعين المجردة ، ويشكل انعدام الدليل المرني (المفهوم) عقبة كبيرة أمام كشف الجرائم ، وقد يشكل تشفير البيانات المخزنة إلكترونياً أو المنقولة عبر شبكات الاتصال عن بُعد عقبة كبيرة أمام إثبات الجريمة المعلوماتية والبحث عن الأدلة ، كما أن سهولة محو الدليل في زمن قصير تُعد من أهم الصعوبات التي تعترض العملية الإثباتية في مجال جرائم الحاسوب والإنترنت.

وتتعد المشكلة عندما يتعلق الأمر بمعلومات أو بيانات تم تخزينها في الخارج بواسطة شبكة الاتصال عن بُعد ، والقواعد التقليدية في الإثبات لا تكفي لضبط مثل هذه المعلومات بحثاً عن الأدلة وتحقيقها ، فمن الصعب إجراء التفتيش للحصول

على الأدلة في هذه الحالة في داخل دولة أجنبية ، حيث أن هذا الإجراء يتعارض مع سيادة هذه الدولة الأخيرة ، ولما كانت أدلة الإثبات المتحصلة من التفتيش على نظم الحاسوب والإنترنت تحتاج إلى خبرة فنية ودراية فائقة في هذا المجال، فإن نقص خبرة سلطات جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة قد يؤدي إلى ضياع الدليل بل تدميره أحياناً، ويضاف إلى ذلك أن كل المعطيات ليس لها تجسيد دائم على أي دعامة ، بمعنى أنها لا توجد مسجلة على أسطوانة صلبة أو مرنة ولا على أي دعامة مادية منقولة أيًا كانت فقد توجد هذه المعطيات في الذاكرة الحية للحاسوب ، ويتم محوها في حالة عدم حفظها أو تسجيلها على أي أسطوانة ، حتى لو كانت المعطيات قد تم تخزينها على دعامة مادية إلا أنه قد يكون من الصعب الدخول إليها بسبب وجود نظام معلوماتي للحماية ، وعلاوة على ذلك قد يتقاعس المجني عليه عن التبليغ عن الجرائم المعلوماتية إلى السلطات المختصة، بالإضافة لما

تقدم من صعوبات ومشكلات، يثور التساؤل عما إذا كان الدليل المستمد من التفتيش يحتاج إلى شروط وللإجابة عن هذا التساؤل سوف يستعرض الباحث في هذه الدراسة التفتيش الرقمي، ووسائل إثبات جرم التلاعب عبر مختلف الوسائط ومن ثم نتناول التحقيق الجزائي في الجرائم الإلكترونية. وصولاً لأهم النتائج والتوصيات.

-أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تقدم دراسة نظرية وعلمية عن الإثبات الجزائي الإلكتروني من الجانب القانوني والجانب العلمي الفني الشرعي.

-أهداف البحث :

تهدف الدراسة إلى تحقيق الآتي :

١ - إلقاء الضوء على عملية الإثبات الجزائي الإلكتروني ومدى صلاحيته في

الكشف عن الجرائم المعلوماتية.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٢ - توضيح الدور الذي تقوم به الخبرة القضائية في عملية الإثبات الجزائي الإلكتروني للجرائم المعلوماتية.

مخطط الدراسة :

تتكون الدراسة من المحاور الآتية :

- التفتيش الرقمي.

- وسائل إثبات جرم التلاعب عبر مختلف الوسائط .

المبحث الأول التفتيش الرقمي

إن إثبات الجرائم المادية التي تترك آثاراً ملحوظة أمر سهل ميسور، بعكس إثبات الجرائم المعنوية، بالنظر إلى أنها قد لا تترك وراءها آثاراً تدل عليها، على أساس أن أغلب المعلومات والبيانات التي تتداول عبر الحاسبات الآلية، والتي من خلالها تتم العمليات الإلكترونية، تكون في هيئة رموز ونبضات مخزنة على وسائط تخزين ممغنطة، لا يمكن للإنسان قراءتها أو إدراكها إلا من خلال هذه الحواسيب التي تحفظها^(٣٦٤).

ويتميز الجناة الذين يستخدمون الوسائل الإلكترونية في ارتكاب جرائمهم بالذكاء والإتقان الفني للعمل الذي يقومون به، والذي يتميز بطبيعة تقنية متطورة، تمكن الجناة من إخفاء الأفعال غير المشروعة التي يقترفونها أثناء تشغيلهم لهذه الوسائل الإلكترونية، ويستخدمون في سبيل ذلك التلاعب غير المرئي في النبضات أو الذبذبات الإلكترونية، التي يتم تسجيل البيانات عن طريقها^(٣٦٥).
ويصعب إقامة الدليل على الجرائم التي تقع على العمليات الإلكترونية المختلفة، بسبب الطبيعة المعنوية لمحل الجريمة، وبخاصة لأن محل تلك الجرائم هو جوانب غير مادية، تتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات.

(٣٦٤) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) جرائم الذم والقذح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية: شبكة الإنترنت وشبكة الهواتف النقالة - دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، ص ٢٢٤.
(٣٦٥) سلطان العلماء، محمد عبد الرحيم (٢٠٠٠) جرائم الإنترنت والاحتساب عليها، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات: الإمارات العربية المتحدة.

في هذا الجانب سوف نستعرض ماهية الدليل الرقمي و تفتيش الكائنات الإلكترونية

المطلب الأول

ماهية الدليل الرقمي

يعرّف الدليل الرقمي بأنه الدليل المعلوماتي المخزن على شكل أرقام اثني عشرية، وفق نظام الشيفرة الثنائية، التي تعرف (بالديجيتال) (Binary Code) وهو أحد الأدلة المعتمد بها في التقاضي^(٣٦٦). ويقسم الدليل الرقمي إلى دليلين، هما: الدليل الرقمي الأصلي: وهو البنود العينية أو الحسية، والمستمسكات البيانية التي تتعلق بهذه البنود عند الإمساك بها وحجزها؛ والدليل الرقمي المكرر: وهو استنساخ رقمي دقيق لجميع المستمسكات البيانية التي يحتويها البند العيني الأصلي. أما المحرر الرقمي (الإلكتروني): فهو بيانات يُدخلها المزود، ويرسلها عن طريق وسيط إلكتروني، فيترجمها الوسيط وفق نظام (الديجيتال) (Binary Code)، ويمررها إلى المتلقي الذي يمكنه استخراجها بالاستعانة بوسيط إلكتروني آخر، ويمكنه أيضاً قراءتها بذات النظام (ديجيتال)، وإظهارها على صورة الإدخال. وأما النسخة المأخوذة عن الدليل الرقمي فهي صورة دقيقة، وطبق الأصل، للمعلومات الواردة في الوثائق البيانية، والمستقلة عن البنود العينية الأصلية^(٣٦٧).

كما أن الطبيعة العلمية المعقدة للدليل الرقمي توجب أن يُفتش عنه ويحرّزه تقنيون مختصون في الكشف الجنائي الرقمي حفاظاً عليه من الضياع^(٣٦٨). وقد

(٣٦٦) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) جرائم الذم والقذح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية: شبكة الإنترنت وشبكة الهواتف النقالة - دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، ص ٢٢٣.

(٣٦٧) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٣٦٨) عمر محمد أبو بكر بن يونس (٢٠٠٤) الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٩٧٨.

يقصد المحققون تحريز الدليل الرقمي المتمثل في إحدى صورته الثلاث: المعطيات أو المعلومات أو البيانات؛ فالمعطيات مصطلح رقمي شامل، يجمع في معناه البيانات والمعلومات الحاسوبية^(٣٦٩). والبيانات هي مجموعة المشاهدات على صورتها الخام التي يقرأها النظام، كأرقام النظام الثنائي، وهي حروف أو أشكال خاصة لا يفهمها مستخدم الحاسوب بذاتها وإنما بعد ترجمتها إلى معلومات^(٣٧٠). أما المعلومات فهي شكل من أشكال التعبير عن الأفكار، مكتوب أو مسموع أو مرئي أو خليط بين تلك الصور^(٣٧١).

يتمتع الدليل الرقمي بعدد من الخصائص تميزه عن الأدلة الأخرى؛ أهمها أنه دليل يشي بواقعة علمية ترتبط ببيئة العالم الافتراضي، وهي بيئة علمية شديدة التعقيد، وبالتالي يلزم لكشفه استخدام الأساليب العلمية الحديثة، كما أن الطبيعة العلمية المعقدة لهذا الدليل توجب أن يُفْتَش عنه ويحرّزه وينسخه تقنيون مختصون في الكشف الجنائي الرقمي. يضاف إلى ذلك أن الدليل الرقمي دليل متنوع؛ فعلى الرغم من أن أساسه لغة الحوسبة الرقمية (٠، ١) غير أن الدليل الرقمي يشمل كافة أشكال المعطيات التي يمكن تداولها رقمياً وكافة أنواعها، وهو يتخذ أشكالاً وهيئات عديدة، كأن يكون بيانات غير مقروءة، كما هو الحال في بيانات الخوادم المحوسبة، أو يكون على شكل مستند معد بمعالج النصوص، أو بمعلومات أو برامج أو سواها. ويتميز الدليل الرقمي بأنه يترك آثاراً قد يصعب التخلص منها، وبشكل خاص لغير الخبراء، فاستخدام خصائص التخلص من ملفات الحاسوب، لا تحول دون استرجاع

(٣٦٩) يونس عرب، مقابلة شخصية: ٢٠٠٩/١١/٥، عمان، الأردن؛ عن: عادل عزام سقف الحيط

(٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٣٧٠) محمد سعيد، خشبة (١٩٨٤) مقدمة في التجهيز الإلكتروني للبيانات، مكتبة جامعة الأزهر: القاهرة، مصر، ص ٤.

(٣٧١) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٢٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

الملفات المحذوفة؛ حيث توجد برمجيات رقمية يمكن بواسطتها استرجاع كافة الملفات التي تم حذفها من الحاسوب (Recovering Programs)^(٣٧٢).

ويستنتج مما سبق أن فهم الأدلة الفنية التي تتحصل من الوسائل الإلكترونية يتطلب أيضاً تدريب جهات الضبط القضائي والتحقيق والقضاء على فهم طبيعة المعطيات التي تقع عليها الجرائم الإلكترونية، ويتطلب كذلك العمل على جعلهم يلمون بمكونات الحاسب الآلية وبكيفية عملها، خاصة وأن الجرائم التي تقع باستخدام الوسائل الإلكترونية تعتمد في الغالب على رموز تكون معروفة عند أهل العلم والخبرة^(٣٧٣).

ويهتم رجال الضبط العدلي بالقواعد الأساسية للتفتيش والضبط في ميدان جرائم الحاسوب، ولعل أهمها عدم تغير الدليل الأصلي، والأمر هين عندما لا تكون الأجهزة قيد الاستخدام - أي مطفأة - إذ أن تفاعلاً بين المستخدم والحاسوب قد يسبب تغييراً في حالة الحاسوب. كذلك يتعين على المحقق العدلي أن لا ينفذ برامج على حاسوب مسرح الجريمة، حتى لا يضر بالأدلة الموجودة عليه أو يغير حالة الذاكرة أو الملفات. ومن باب أولى أن لا يسمح للمشتبه به بالتعامل مع حاسوب مسرح الجريمة إذ أنه يسهل شطب أو إتلاف الأدلة الإلكترونية لدى العمل على جهاز الحاسوب^(٣٧٤).

ويجب على المحقق إعداد نسخة احتياطية عن وسائط تخزين المعلومات الموجودة في مسرح الجريمة، وتوثيق جميع نشاطات التحقيق، وهذا أمر هام للعمل الجنائي، فمنذ لحظة فتح القضية إلى لحظة إغلاقها يجب توثيق كل ما يفعله المحقق

(٣٧٢) عمر محمد أبو بكر بن يونس (٢٠٠٤) مرجع سابق، ص ٩٧٩ - ٩٨٣.
(٣٧٣) أسامة أحمد المناعسة؛ وجمال محمد الزعبي، وصايل فاضل (٢٠٠١) جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار وائل للنشر: عمان، الأردن، ص ٢٩٥.
(٣٧٤) كمال، أحمد الكركي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية: أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات، تاريخ الإنعقاد: ٢٦ من نيسان ٢٠٠٣ حتى ٢٨ من نيسان ٢٠٠٣، دبي، الإمارات العربية المتحدة.

بالوقت والتاريخ، ويمكن استخدام جهاز حاسوب محمول (note book) ويجب الاحتفاظ بملفات منفصلة لكل عمل. وعند الضرورة يمكن تصوير الوسائط مثل الديسكات والأقراص والأشرطة المغناطيسية وتسجيل سعة تخزينها ومكان وجودها في الموقع. كما يتعين تخزين أدلة الأجهزة والبرامج في بيئة مناسبة، ويجب الحذر من المجالات الكهرومغناطيسية والكهرباء الساكنة والغبار. ويجب استخدام ملصقات أو أوراق طرفية (tags) لتمييز أجهزة الحاسوب والوسائط والكوابل والأدوات، وإذا كان هناك أكثر من حاسوب في مسرح الجريمة يمكن استخدام نظام ترميز لتمييز الطرفيات (peripherals) والكوابل لتمييز مكونات كل جهاز على حدة. وبعد إرسال الدليل إلى المختبر يتم فتح سجل جديد هو سجل أدلة المختبر، وهو يتتبع أدلة الحاسوب أثناء فحصها^(٣٧٥).

ويدخل في الدليل الرقمي فحص "بروتوكول الإنترنت" (Internet Protocol) وهذا البروتوكول هو طريقة يتم من خلالها نقل البيانات من جهاز حاسوب إلى جهاز آخر، من خلال شبكة الإنترنت المتصل بها الجهازان، ويسجل هذا البروتوكول الوقت من بين مجموعة كبيرة من عناوين الإنترنت المتاحة، بواسطة موثر خدمة الإنترنت، وذلك عندما يسجل المشترك الدخول لبدء جلسة على الإنترنت مباشرة، ويتغير وفق وحدة الزمن. ومن خلال استخدام الخبير لنظام الفحص الإلكتروني في تتبع حركة مسار الإنترنت، يصل إلى البروتوكول الذي اتصل بالبيانات موضوع القضية، فهو بذلك بمثابة بصمه الجهاز وقت التصفح. ويحاول بعض الجناة التملص من تتبع مسار البروتوكول باستخدام برمجيات تتيح خلق بروتوكولات وهمية (Proxy Server)^(٣٧٦).

^(٣٧٥) كمال، أحمد الكركي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المرجع السابق.

^(٣٧٦) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص (٤١٥، ٤١٩، ٤٢٠).

المطلب الثاني

تفتيش الكائنات الإلكترونية

يقصد بها تفتيش مكونات الحاسوب المادية، ومكوناته المعنوية، ثم الشبكات التي تنتهي بطرفيات حاسوب وخوادم كبيرة تعتمد على شركات مزود خدمة الإنترنت والاتصالات الخلوية في مختلف الدول.

فمحل التفتيش هنا هو كل ما يتصل بالحاسوب من مكونات مادية (Hard Ware) ومعنوية (Soft ware) ويمكن أن يشمل التفتيش أيضاً شبكات الاتصال (Networks) والأشخاص الذين يستخدمون هذه الوسائل.

وتتكون المكونات المادية لهذه الوسائل من وحدة المدخلات ووحدة الذاكرة الرئيسية، ووحدة الحساب والمنطق، ووحدة التحكم، ووحدة المخرجات، ووحدات التخزين الثانوية، وأما المكونات المعنوية فهي عبارة عن برامج النظام، وبرامج التطبيقات^(٣٧٧).

ويعرّف التفتيش الإلكتروني بأنه: "التنقيب في وعاء السر بقصد ضبط ما يفيد من الأسرار في كشف الحقيقة. فجوهر التفتيش هو كشف نقاب السرية عما تحويه نظم الحاسوب في خفايا وأسرار ونوايا إجرامية، وبالتالي إزاحة ستار الكتمان عنها للاستفادة منها في معرفة الحقيقة"^(٣٧٨). ويعرّف كذلك بأنه: "الإطلاع

^(٣٧٧) هشام محمد فريد رستم (١٩٩٤) الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة الآلات الحديثة: أسبوط، مصر، ص ٨٩.

^(٣٧٨) علي حسن الطوالة (٢٠٠٤) التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والإنترنت، عالم الكتب الحديثة: إربد، الأردن، ص ٢٨.

على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه، لضبط ما قد يوجد به مما يفيد في كشف الحقيقة عن جريمة معينة^(٣٧٩).

ولا ينصب التفتيش الإلكتروني على الكيان المادي لوعاء السر سواء كان مسكناً أو أشخاص أو جهاز حاسوب فحسب، وإنما يمتد ليشمل أي نظام أو برامج أو شبكات. وفي الفروع الثلاثة الآتية تتناول الدراسة بيان تفتيش كيانات الحواسيب والشبكات، وتعرض لآراء فقهاء القانون والمشرعين في شرعية وحجية هذا التفتيش حسب الأصول العلمية والقانونية المتبعة.

الفرع الأول

تفتيش مكونات الحاسوب المادية

يخضع تفتيش المكونات المادية للحاسوب إلى أحكام تفتيش المكان القائمة فيه تلك الأجهزة؛ فإذا كانت الأجهزة مودعة في مكان خاص، كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته، فلها حكم المسكن، وتبعاً لذلك لا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش مسكن المتهم، وبنفس الضمانات المقررة قانونياً.

وإذا كانت مكونات الحاسوب المراد تفتيشه في المسكن غير متصلة بنهايات طرفية في مكان آخر، فلا يثور خلاف بشأن تفتيشها؛ أما إذا كانت تلك النهايات مرتبطة في مكان آخر، وتطلبت دواعي التفتيش الوصول إليها، فيتعين مراعاة القيود والضمانات التي يستلزمها المشرع لتفتيش تلك الأماكن^(٣٨٠).

^(٣٧٩) حسن، صادق المرصفاوي (١٩٩٦) أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف: الإسكندرية، مصر، ص ٣٩٦.

^(٣٨٠) محمد فهمي طلبية (١٩٩٢) الحاسبات الإلكترونية حاضرها ومستقبلها، موسوعة دلتا للكمبيوتر، مطابع الكتاب المصري: القاهرة، مصر، ١٢١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

وقد اشترطت المادة ٩٤ من قانون أصول المحاكمات الأردني عند إجراء التفتيش التقليدي حضور أشخاص محددين بالقانون مثل المتهم والقائم بالتفتيش وشاهدين من أهل المتهم أو مختار محلته أو شاهدين تنييبهم النيابة العامة^(٣٨١)، وعلة هذا التحديد هو أن التفتيش فيه إطلاع على أسرار الغير التي لا يجوز الإطلاع عليها الا وفق أحكام القانون. وإذا كانت الضرورة تقتضي أن يطلع المحقق على هذا الأسرار، فهذا لا يعني إعطاء الخصوم الحق في الإطلاع عليها، إلا من كانت له مصلحة جوهريّة في ذلك، كالمتهم أو من ينوب عنه والنيابة العامة.

وقد نصت المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه: "(١). يجري التفتيش بحضور المشتكى عليه إذا كان موقوفاً. (٢). فإن لم يكن موقوفاً وأبى الحضور أو تعذر عليه ذلك أو كان غائبا يجري التفتيش بحضور مختار محلته أو من يقوم مقامه أو بحضور اثنين من أقاربه أو شاهدين يستدعيهما المدعي العام". ويجب أن يوقع الضبط من أفراد الضابطة العدلية المكلفين باستقصاء الجرائم وجميع أدلتها والقبض على فاعليها، الوارد ذكرهم في المادتين (٨ و ٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني .

ويشار إلى أن الأحكام المتعلقة بإجراءات تفتيش المساكن والأماكن المنصوص عليها في المواد (٩٣ إلى ٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لا تنسحب على تفتيش السيارات في مراكز الحدود للبحث عن مواد ممنوعة، وعليه فإن اعتماد محكمة الموضوع للضبط الذي شهد حوله أحد منظميه، والذي لا يتقيد بتلك المواد لا يخالف القانون، وبالتالي فضبط جهاز حاسوب محمول (لابتوب) في سيارة، معزول أو موصول بطرفيات أو شبكة الإنترنت، لا يطبق عليه الشروط الواردة في المواد (٩٣ إلى ٩٩) ويكفي فيه تنظيم الضبط وفق الأحكام

^(٣٨١) قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "إذا كان التفتيش الذي أجراه ضابط التحقيق قد تم بتفويض خطي من المدعي العام بحضور نائب المختار، فإنه يعتبر تفتيشاً قانونياً". - انظر قرار محكمة تمييز الجراء رقم ٥٦/٣٣ بتاريخ ١٩٥٦/١/١.

العامة للقانون، وهو قصور تشريعي حبذا لو عالجه المشرع بإفراد أحكام خاصة لتفتيش المركبات، أو إلحقها بأحكام تفتيش الأماكن.

الفرع الثاني

تفتيش مكونات الحاسوب المعنوية

ينصرف أغلب التفتيش الإلكتروني إلى الوصول إلى البيانات، ويعتمد المفتش الخبير على مهارته في الوصول إلى المكان المحفوظة فيه تلك البيانات، دون التسبب بتلفها، ثم قيام المفتش باستنساخ رقمي دقيق لتلك المستمسكات البيانية، لتكون حجة على المتهم في مرحلة المحاكمة. وعادة يرد في أمر التفتيش وصف شامل يغطي ما يعرفه المفتش سلفاً أو يتوقعه عن المكان وعن طبيعة الأجهزة والمعطيات المخزنة بها^(٣٨٢). ويهدف المحقق من الكشف على أجهزة الحاسوب في مسرح الجريمة إلى تأكيد أو نفي أن مستخدم نظام الحاسوب قد تجاوز أو أساء استخدام صلاحيات الوصول، وكذلك تحديد ما إذا كانت حركة معينة قد سجلت في النظام خلال فترة معينة، ومن الذي أجراها، إلى جانب توثيق نشاطات مستخدم أو مجموعة مستخدمين على نظام الحاسوب ضمن فترة معينة، وتتبع الرسائل الإلكترونية إلى مصدرها^(٣٨٣).

وقد أقرت تشريعات الجرائم الرقمية الخاصة ببعض الدول نصوصاً تعالج تفتيش الكيانات المعنوية والتعامل مع الدليل الرقمي؛ ونجد هذا في المادة (١٤) من قانون إساءة استخدام الحاسوب والجرائم الرقمية لجمهورية موريشيوس إذ نصت

^(٣٨٢) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٤١.

^(٣٨٣) كمال، أحمد الكرعي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية: أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات، تاريخ الإنعقاد: ٢٦ من نيسان ٢٠٠٣ حتى ٢٨ من نيسان ٢٠٠٣، دبي، الإمارات العربية المتحدة.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

على أنه: "إذا كانت سلطة التحقيق تملك أسباباً معقولة للاعتقاد بوجود بيانات مخزنة يمكن أن تكون ذات صلة بأغراض التحقيق، فإنه يحق لها أن تطلب من القاضي إصدار مذكرة لدخول أي موقع، والوصول والتفتيش وضبط هذه البيانات. وتتضمن صلاحيات سلطة التحقيق كلاً من: ضبط نظام الحاسوب، أو أي معلومات، أو وسيط تقنيات اتصالية؛ وإنشاء نسخة عن تلك البيانات أو المعلومات والاحتفاظ بها؛ والمحافظة على مصداقية تلك البيانات أو المعلومات المخزنة؛ وحجب البيانات والمعلومات أو إزالتها من نظام الحاسوب، أو أي معلومات أو أي وسيط لتكنولوجيا الاتصالات^(٣٨٤).

وفي التفتيش في الكيان المعنوي للحاسوب في جرائم التلاعب بالبورصة عبر الوسائط الإلكترونية، يمكن تصور العثور على برمجيات رقمية وملفات تؤرخ لوقت تصفح المواقع الإلكترونية، والرسائل المرسلة عبر طرفية الإنترنت (جهاز المرسل) إلى طرفيات أخرى (المشتريين المحتملين في السوق المالي) والتي قد تتضمن معلومات كاذبة عن أسعار الأوراق المالية لإحدى الشركات، ويكون الجاني (مستخدم الطرفية) قد أرسلها إلى المضاربين في السوق بغرض التلاعب بآلية العرض والطلب، فيتم ضبطها، وتحرير محضر بها، إلى جانب المستندات الورقية لها، واستخدامها جميعاً كدليل رقمي في المحاكمة.

^(٣٨٤) قانون إساءة استخدام الحاسوب والجرائم الرقمية لسنة ٢٠٠٣، جمهورية موريشيوس - ترجمة عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٤٨٩.

الفرع الثالث

مدى خضوع شبكات الحاسوب للتفتيش

هناك ثلاثة احتمالات يتصل كل منها بربط شبكات الحاسوب :

الاحتمال الأول: أن تكون الشبكة داخلية في نفس المكتب أو المسكن.

الاحتمال الثاني: اتصال حاسوب المتهم بحاسوب، أو بنهاية طرفية قائمة في مكان آخر داخل نفس الدولة.

الاحتمال الثالث: اتصال حاسوب المتهم بحاسوب، أو بنهاية طرفية قائمة في مكان آخر خارج الدولة. فيما يتعلق بالاحتمال الأول، فتفتيش الشبكة الداخلية لا يثير أي خلاف فقهي، فالشبكة الداخلية تخضع إلى أحكام تفتيش المكان المودعة فيه^(٣٨٥)، ويطبق بشأنها ما ورد في تفتيش الكيانات المادية في الفرع الأول من هذا المطلب. وفي الاحتمال الثاني، يرى الفقه الألماني أنه إذا تبين أن الحاسوب، أو النهاية الطرفية، في منزل المتهم، متصلة بجهاز أو بطرفية في مكان آخر مملوك لشخص غير المتهم فيمكن أن يمتد التفتيش في هذه الحالة إلى سجلات البيانات التي تكون في موقع آخر، استناداً إلى مقتضيات المادة (١٠٣) من قانون الإجراءات الجزائية الألماني. كما نص مشروع قانون جرائم الحاسب الآلي في هولندا على جواز أن يمتد التفتيش إلى نظم المعلومات الكائنة في موقع آخر، شريطة أن تكون البيانات الخاصة به ضرورية لإظهار الحقيقة، وذلك بمراعاة بعض القيود^(٣٨٦).

^(٣٨٥) علي حسن الطوالة (٢٠٠٤) التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والإنترنت، عالم الكتب الحديثة: إربد، الأردن، ص ٨٢.

^(٣٨٦) أحمد، هلالى عبد اللاه (١٩٩٧) تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٤٦. من: عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٤١.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

وفي الاحتمال الثالث يقوم مرتكب الجريمة المعلوماتية بتخزين بياناته في أنظمة تقنية المعلومات خارج الدولة، عن طريق شبكات الاتصال البعيدة، لهدف عرقلة جمع الأدلة على سلطات الادعاء. ولمواجهة هذا الاحتمال أجازت بعض التشريعات للدولة أن تفتش الشبكة لضبط جريمة ما، وتنفذ اختراق مؤقت للوصول إلى الشبكات الأجنبية، ومن أمثلة هذه التشريعات "اتفاقية بودابست لعام ٢٠٠١ الموقعة بين الدول الأوروبية والتي تناولت في المادة (٣١) مبدأ تفتيش الشبكات عن بعد.

وقد منحت المادة (٨٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، المدعي العام سلطة ضبط الرسائل والتصنت على الهواتف، إذا اقتضت الضرورة. ونص المادة هو: "للمدعي العام أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود؛ ولدى مكاتب البرق كافة الرسائل البرقية، كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة.

المطلب الثالث

وسائل إثبات جرم التلاعب عبر مختلف الوسائط

تقسّم الأدلة إلى: أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة. والأدلة المباشرة تنصب على الواقعة مباشرة، وتقسم من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أقسام: مادية وقولية وفنية؛ ويتم الحصول على الأدلة المادية بالمعاينة والتفتيش وضبط الأشياء، وهي تنبعث من عناصر مادية ناطقة بنفسها. أما الأدلة القولية، فهي الاعتراف والاستجواب والشهادة، وتنبعث من عناصر شخصية تتمثل فيما يصدر عن الغير من

أقوال^(٣٨٧). وبالنسبة للأدلة الفنية، فمصدرها رأى الخبراء المختصين فنياً، بناءً على معايير علمية، حول تقدير مادي أو قولي قائم في الدعوى. والخبرة هي تمييز ماهية الجرم وأحواله وفق معرفة بعض الفنون والصنائع^(٣٨٨).

أما الأدلة غير المباشرة فلا تدل بذاتها على الواقعة الجرمية، وإنما تحتاج إلى أعمال الاستدلال العقلي والفحص العميق. وتقسم الأدلة غير المباشرة إلى نوعين هما: القرائن، والدلائل. والقرينة تتحقق باستنتاج مجهول من معلوم، وذلك باستنباط الواقعة المجهولة المراد إثباتها من واقعة أخرى معلومة وثابتة. وهذا الاستنباط يقوم إما على افتراض قانوني، أو على صلة منطقية بين الواقعتين^(٣٨٩).

أما الدلائل، فهي وإن اتفقت مع القرائن القضائية في أنها استنتاج للواقعة المجهولة المراد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة، إلا أنها تختلف عنها في قوة الصلة بين الواقعتين؛ ففي القرائن القضائية يجب أن تكون الصلة متينة لازمة في حكم العقل والمنطق، ولا تحتمل تأويلاً مقبولاً غيره. أما في الدلائل، فإن الصلة بين الواقعتين ليست قوية ولا حتمية؛ ولهذا، فإنها وإن كانت تصلح أساساً للاتهام، إلا أنها لا يمكن أن تكون وحدها أساساً للحكم بالإدانة، لأنها لا يمكن أن تؤدي إلى اليقين القضائي، بل يجب أن تتأكد بأدلة أخرى مباشرة أو غير مباشرة^(٣٩٠). وفيما يلي شيء من الشرح للأدلة المباشرة وغير المباشرة فيما يأتي من فروع.

^(٣٨٧) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^(٣٨٨) انظر المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١.

^(٣٨٩) جميل عبد الباقي، الصغير (٢٠٠١) أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - حاسبات الآلية - بصمة الوراثية) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٢٠ - ٢١.

^(٣٩٠) جميل عبد الباقي، الصغير (٢٠٠١) مرجع سابق، ص ٢١.

الفرع الأول الأدلة المباشرة

١- الاعتراف

الاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه صراحة، بإرادة حرة - في مجلس القضاء - بارتكاب الواقعة الإجرامية المنسوبة إليه. والاعتراف هو أحد عناصر أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية، واعتراف المتهم أمام الادعاء العام - وإن كان صالحاً للإثبات - إلا أن اعتماده يستلزم الحذر، للتأكد من أنه وقع بإرادة حرة دون إكراه أو تهريب. وللإقرار ثلاثة أركان هي: صدوره عن المتهم نفسه، وأن تكون الواقعة موضوع الاعتراف ذات أهمية قانونية، وأن يكون من شأن الاعتراف تقرير مسؤولية المتهم أو تشديدها^(٣٩١).

وقد أورد قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني في الفقرة الثانية من المادة (١٧٢) حكم الاعتراف الجزائي، بقوله: "إذا اعترف الظنين بالتهمة يأمر الرئيس بتسجيل اعترافه بكلمات أقرب ما تكون إلى الألفاظ التي استعملها في اعترافه، ومن ثم تدينه المحكمة وتحكم عليه بالعقوبة التي تستلزمها جريمته، إلا إذا بدت لها أسباب كافية تقضي بعكس ذلك".

ومن المقرر في قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية أن الاعتراف يخضع لتقدير الدائرة باعتباره دليلاً يمكن الاستناد إليه، فيكون من سلطتها أن تطرحه كلية أو أن تأخذ بجزء منه وتطرح الباقي طالما لم تطمئن إليه، استناداً إلى حرية القاضي في تكوين اقتناعه^(٣٩٢)، ولكن يجب على المحكمة أن تبين علة

(٣٩١) السعيد، كامل (٢٠١١) شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، ص (٧٥٩ - ٧٦٠).

(٣٩٢) راجع حكم هيئة التدقيق رق ٢٤/ت/٢/لام ١٤١٣ هـ.

أخذها بجزء من الاعتراف وطرحها الجزء الآخر. وتجزئة الاعتراف لا تصح قانوناً إلا إذا كان الاعتراف قد انصب على ارتكاب الواقعة الإجرامية وانحصر إنكار المتهم على الوقائع التي تتعلق بظروف الجريمة أو بتقدير العقاب، كما إذا اعترف المتهم بارتكابه جريمة القتل العمد ولكن بدون سبق إصرار^(٣٩٣).

ويرى الباحث أن الواقعة موضوع الاعتراف في الجرائم الإلكترونية تحتاج إلى أدلة أو قرائن أو استدلالات تضيف عليها القيمة القانونية، حيث يتصور أن الاعتراف بارتكاب جريمة عبر الوسائط الإلكترونية يتطلب الحصول على دليل رقمي من طرفية الجهاز التي ارتكبت منها الجريمة، ومن ملقمات أجهزة الحاسوب الكبيرة لدى مزود خدمة الإنترنت، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت عبر شبكة الإنترنت.

وينظر لحجية حالات التلبس بارتكاب الجرم على أنها دليل مادي مباشر وقوي، لا تقل قوته في الإثبات عن الاعتراف، كونه ضبط يشير إلى واقع الحال. وقد نصت المادة (١/٢٨ و ٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على حكم ضبط الجناة بالجرم المشهود فأوردت: "الجرم الذي يشاهد حال ارتكابه أو عند الانتهاء من ارتكابه، وتلحق به الجرائم التي يُقبض على مرتكبها بناء على صراخ الناس إثر وقوعها، أو يُضبط معهم أشياء أو أسلحة أو أوراق يُستدل منها أنهم فاعلو الجرم، وذلك في الأربع والعشرين ساعة من وقوع الجرم، أو إذا وجدت بهم في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك".

٢ - الشهادة :

(٣٩٣) أحمد، فتحي سرور (١٩٩٦) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٥٣٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

الشهادة في المسائل الجزائية هي إحدى الوسائل التي يعول عليها عادة في معرفة الفاعل وإثبات التهمة قبْلَه. والشهادة لا يصح أن يكون موضوعها إلا واقعة ذات قيمة قانونية، فلا تكون رأياً أو تقييماً يبديه الشاهد^(٣٩٤).

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية أنه: "ليس كل اختلاف يعترى أقوال الشاهد في بعض مراحل التحقيق أو المحاكمة يشكل تناقضاً يستدعي طرح شهادته وعدم الأخذ بها، وذلك لأن الاختلاف في سرد الوقائع وترتيبها أو التكرار في سردها ناشئ عن اختلاف المحققين وأسلوب كل منهم في التحقيق وفي توجيه الأسئلة والاستيضاحات للشاهد، كما أن المعول في اعتبار الشاهد صادقاً أو كاذباً يكون على المضمون الكلي الجوهرى لأقواله ومدلولاتها"^(٣٩٥).

ويجب عند تقييم الشهادة التزام الحذر، وخاصة إذا قامت على شاهد واحد، أو كانت هناك رابطة أو درجة قرابة بين الشاهد وأحد الخصوم، الأمر الذي يلقي بظلال من الشك على شهادة الشاهد ومصلحته فيما قال، ويعود تقدير ذلك إلى القاضي، وكذلك على المحقق الجنائي قبل إحالة قرار الاتهام أو الظن إلى المحكمة^(٣٩٦).

ولقاضي الموضوع كذلك حرية في تقدير الشهادة وفق قناعته، لكن حريته مقيدة ببناء حكمه على الجزم واليقين، وعلى طرح الشهادات المتناقضة، لأن الأصل في الإنسان البراءة: "إن القاضي الجزائي وإن كان حراً في تقدير الدليل وتكوين قناعته الوجدانية إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما مقيدة بضوابط يجب مراعاتها والعمل ضمنها وبناء الحكم على الجزم واليقين، وإن المعول عليه في اعتبار الشاهد صادقاً أو كاذباً يكون على المضمون الكلي لأقوال الشاهد ومدلولاتها

^(٣٩٤) السعيد، كامل (٢٠١١) مرجع سابق، ص ٧٤٤.

^(٣٩٥) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية رقم ١٩٩٨/٨٣٨ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٣.

^(٣٩٦) عبد الفتاح مراد (٢٠٠٨) التحقيق الجنائي التطبيقي، الكاتب هو الناشر: الإسكندرية، مصر، ص ٣٣.

.... وإن عدم مناقشة المحكمة لهذه التناقضات في ضوء وجود خلافات ومشاكل بين العائلتين يجعل قرار المحكمة بإدانة المتهم مشوباً بالقصور في التسبيب والتعليل^(٣٩٧).

٣ - الخبرة:

لتقرير الخبرة، في مرحلة المعاينة وجمع الاستدلالات، قيمة الأدلة الأخرى التي تحصل عليها رجال الضابطة العدلية في هذه المرحلة؛ أما في مرحلة المحاكمة، فتقرير الخبير، بعد حلفه اليمين، يرقى إلى مرتبة الأدلة القانونية التي يجوز الاستناد إليها وحدها في تقرير الإدانة^(٣٩٨).

وقد نصت المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على دور الخبير في مرحلة التحقيق حين أوردت: "إذا توقف تمييز ماهية الجرم وأحواله على معرفة بعض الفنون والصنائع، فعلى المدعي العام أن يستصحب واحداً أو أكثر من أرباب الفن والصناعة".

والخبير الذي ينتدبه المحقق يسمى الخبير المنتدب، ويحلف اليمين أمام قاضي التحقيق (النيابة العامة) ويقدم رأيه كتابة^(٣٩٩). وعليه رفع تقريره إلى المحقق وفقاً للمدة المتفق عليها، ويؤشر عليه المحقق ويرفقه بملف الشكوى الجزائية، ويقوم بمراجعته، فإن رأى أن النتيجة التي خلص إليها الخبير تتفق ووقائع الشكوى فإنه يتصرف على هداه، وقد يواجه به المتهم لحمله على الاعتراف، أما إن رأى أن

^(٣٩٧) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية رقم ١٩٩٩/٩٧٦ بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٨.

^(٣٩٨) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٢٧٣.

^(٤١) انظر المادة (٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

^(٣٩٩) انظر المادة (٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

نتيجة التقرير غير حاسمة في الشكوى، فله أن يستوفي هذا النقص من بيانات أخرى^(٤٠٠).

كما نصت المادة (٤١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، رقم ٩ لسنة ١٩٦١ على إجراء الخبرة القضائية فجاء فيها:

أ. على الأطباء والخبراء المشار إليهم في المادتين (٣٩ و ٤٠) أن يقسموا ميمناً، قبل مباشرتهم العمل، بأن يقوموا بالمهمة الموكولة عليهم بصدق وأمانة.

ب. يحدد المدعي العام للخبير موعداً لتقديم تقريره كتابة، وإذا تخلف عن تقديمه في الموعد المحدد، يجوز للمدعي العام أن يقرر استرداد الأجر التي قبضها الخبير، كلها أو بعضها، وأن يستبدل بهذا الخبير خبيراً آخر.

والقاعدة العامة أن الدليل العلمي والمستفاد من الخبرة الفنية لا بد وأن يكون مشروعاً. ومع ذلك ورغم مشروعية الدليل العلمي والحاجة إليه، فإن ذلك لا يعني سلب المحكمة حقها في أن تأخذ أو لا تأخذ بتقرير الخبير الذي ندبته، إن هي رأت لأي سبب من الأسباب ألا تأخذ بتقرير الخبير فلا يصح رميها بالتناقض، وتفسير ذلك أن الدليل العلمي يخضع لوزن وتقدير القاضي في ضوء الأدلة التي قدمت في الدعوى من خلال بحث مشروعية الأساليب التي يمكن من خلالها الحصول على هذا الدليل وإن كان هذا الدليل هو الوحيد في الدعوى فلا يمكن عده قاطعاً في الإثبات أو النفي، ومن ثم يفسر الشك لمصلحة المتهم.

وأزاء عدم وجود كوادرات فنية مدربة من رجال الأجهزة الأمنية في شأن ضبط هذه الجرائم، تقوم هذه الأجهزة بنذب الفنيين والخبراء بالمعاينة، والمشاركة في الضبط وفحص الأدوات وتحليل الأجهزة والتوصل للمعلومات ووضعها تحت يد المحاكم وتحت إشرافهم.

(٤٠٠) حسن، المرصفاوي (١٩٩٨) المحقق الجنائي، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب: القاهرة، مصر، ص ١١٢.

وتتميز الخبرة في مجال تكنولوجيا المعلومات عن الخبرة في العلوم الأخرى، بأن تقرير خبير تكنولوجيا المعلومات يظل دائماً محل شك في منهجه، لا سيما إذا اعتمد الدفاع، في تشكيك المحكمة في رأي الخبير، بأن أثار حقائق علمية جديدة، تجعل رأي الخبير عرضة للتداعي أو الهدم^(٤٠١)، وللمحكمة أن تعين أكثر من خبير في ذات الواقعة المتعلقة بالدعوى، وفق المادة (٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، نظراً لأهمية ودور الخبير في الإثبات، ولعلمه ببعض الفنون والصنائع التي يحتاج قاضي الموضوع إلى استجلائها.

الفرع الثاني

الأدلة غير المباشرة

١ - القرائن والاستدلالات :

القرائن القانونية هي وسيلة يلجأ إليها المشرع في حالات يصعب فيها على المشتكي إقامة الدليل على ما يدعيه، فيفترض ثبوت واقعة معينة بمجرد ثبوت واقعة أخرى، ويعفى المشتكي من إقامة الدليل على الواقعة التي يدعيها، ويكفي منه إثبات الظروف اللازمة لقيام القرينة القانونية.

والقرائن نوعان: قرائن قانونية مستمدة من نص القانون، وهي واردة على سبيل الحصر ولا يقاس عليها، ولا حاجة لإثباتها، والنوع الآخر هو القرائن القضائية، وهذه يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، كما جاء في المادة (٤٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(٤٠١) عمر محمد أبو بكر، بن يونس (٢٠٠٥) الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي - المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولاً إلى الدليل الإلكتروني في التحقيقات الجنائية، ترجمة وتحقيق، المؤلف هو الناشر: القاهرة، مصر، ص ١٢٥.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

وقد استقر القضاء في الأردن على إعطاء القرائن حجية في الإثبات، وأجاز الاستناد إليها وحدها، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "تعدّ القرينة طريقاً من طرق الإثبات، حسب نص المادة (١٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، فقد نصت على أن البيئة في الجنايات والجنح تقام بطرق الإثبات جميعها، ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية". وقضت محكمة التمييز الأردنية: "إن القرائن القضائية هي من عداد طرق الإثبات، فإنها تصلح سنداً للأحكام الجزائية أيضاً" (٤٠٢).

أما الدلائل، فهي وإن اتفقت مع القرائن القضائية في أنها استنتاج للواقعة المجهولة المراد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة، إلا أنها تختلف عنها في قوة الصلة بين الواقعتين؛ ففي القرائن القضائية يجب أن تكون الصلة متينة لازمة في حكم العقل والمنطق، ولا تحتمل تأويلاً مقبولاً غيره؛ أما في الدلائل، فإن الصلة بين الواقعتين ليست قوية ولا حتمية؛ ولهذا، فإنها وإن كانت تصلح أساساً للاتهام، إلا أنها لا يمكن أن تكون وحدها أساساً للحكم بالإدانة، لأنها لا يمكن أن تؤدي إلى اليقين القضائي، بل يجب أن تتأكد بأدلة أخرى مباشرة أو غير مباشرة (٤٠٣).

وقد استحدث الأردن قسماً خاصاً بالجرائم المعلوماتية في إدارة البحث الجنائي أطلق عليه: "قسم جرائم تكنولوجيا المعلومات والإسناد الفني"، وهو قسم متخصص بالتحقيق في جرائم تكنولوجيا المعلومات وجرائم الاتصالات وجرائم الملكية الفكرية، ويقدم الخبرة الميدانية والدعم الفني في مسرح الجريمة في مجال تكنولوجيا المعلومات وجرائم الاحتيال المالي الإلكتروني (٤٠٤).

(٤٠٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية رقم ١٩٨١/١٢٤ بتاريخ ١٩٨٢/١/١.

(٤٠٣) الصغير، جميل عبد الباقي (٢٠٠١) أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - حاسبات الآلية - بصمة الوراثية) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٢١.

(٤٠٤) عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) مرجع سابق، ص (٢٨٠ - ٢٨١).

المبحث الثاني

التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية

بعد أن أصبح المجتمع المعلوماتي حقيقة واقعة، وازداد اعتماد المجتمعات المعاصرة على تقنيات الحاسبات والمعلومات، صار يتعين على أجهزة العدالة الجنائية، أن تقلص الدور التقليدي للوثائق في الإثبات، وأن تسعى دوماً لتطوير أساليب كشف الجريمة المعلوماتية، والوسائل المستخدمة في عمليات البحث الجنائي والتحقيق وهو ما يتطلب برامج تخصصية في التدريب لاكتساب هذه المهارات في أعمال الاستدلال والتحقيق المعلوماتي، ومن ناحية أخرى يجب تحديث الأساليب الإجرائية المتبعة لجمع الأدلة في الجرائم المعلوماتية - وتحديثها على نحو يكفل استجابتها بشكل كاف، وبغير أن تتعرض حقوق الأفراد وحياتهم للخطر عند الإثبات في مجال الجريمة المعلوماتية التي لا تعترف بالمكان من حيث آثارها، وتستعصى على القواعد التقليدية في قانون الإجراءات الجنائية^(٤٠).

إن التحقيق في البيئة الرقمية محكوم باحتياجات وقواعد وإجراءات تختلف عن التحقيق في بيئة الجرائم المادية التقليدية، سواء من حيث طبيعة السلوك الإجرامي أو من حيث طبيعة الدليل أو وسائل وآليات كشف الجريمة والوصول إلى الدليل الملائم لإثباتها. ويتعين على الجهة المباشرة للتحقيق التمكن من سلامة إجراءات التحقيق، وكذلك المعرفة الواسعة بالجرائم الإلكترونية وأساليب ارتكابها وكشفها.

وتثير جرائم الحاسوب والإنترنت تحديات بشأن الإطار القانوني الملائم لإجراءات التفتيش والضبط التي تباشرها سلطات التحقيق المكلفة بتقصي الجرائم

(٤٠) عبد الله، هلاي (٢٠٠٠) تفتيش الجهاز الآلي، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر ٢٠٠٠، ص ٣.

وإحالة الجناة للقضاء، ويبدو أن هذا الإطار يغيّر أطر التفتيش والضبط المتصلة بالجرائم التقليدية، ويرجع ذلك إلى أن تقنية الحاسوب تنطوي على حالات مختلفة من حيث ظروفها وأحوالها وتتطلب لإجراء التفتيش تقنيات لتفتيش نظم المعلومات، فقد لا يكون النظام محل التفتيش مملوكاً للمشتبه به وليس ثمة وسيلة ميسرة لمعرفة ذلك، كما أن ملفات الحاسوب قد تكون مخبأة أو محمية داخل نظام الشخص، وقد تنقل حول العالم من نظام لآخر في وقت لحظي، كما يسهل إتلافها بمجرد استخدام لوحة المفاتيح، كل هذه الحقائق وغيرها الكثير يجعل من تحديد السبب الموجب للتفتيش أمراً صعباً ويجعل من تقديم وصف محدد لمحل التفتيش أمراً أكثر صعوبة.

ومن الأمور المهمة في التحقيق سلسلة الوصاية (Chain of Custody) وهي وسيلة لمعرفة كل شخص لمس الدليل، والإجراء الذي اتخذه بخصوصه، وهي طريقة لإثبات أن الدليل لم يتلف أو يعبث به أثناء وجوده في وصاية المحقق، وبغير ذلك قد يتلف الدليل ويصبح غير صالح للاحتجاج به لدى القضاء.

وتوجد ثلاثة وسائل يتم إتباعها في التحقيق الجزائي في الجرائم الإلكترونية يمكن استعراضها فيما يلي من مطالب.

المطلب الأول

منهج المعاينة في الجرائم المعلوماتية

يقصد بالمعاينة إثبات حالة الأماكن والأشياء والأشخاص، وكل ما يعتبر في كشف الحقيقة، والمعاينة بهذا المعنى تستلزم الانتقال إلى محل الواقعة أو إلى أي محل آخر توجد به أشياء أو آثار يرى المحقق أن لها صلة بالجريمة، غير أن انتقال المحقق قد يكون لغرض آخر غير المعاينة، كما في انتقال المحقق إلى مسكن المتهم أو غيره للتفتيش أو لسماع الشهود^(٤٠٦).

ينتقل المحقق إلى مسرح الجريمة الإلكترونية ويقوم بمهمة استرجاع ومعالجة الدليل المادي، أما اكتشاف المعلومات فيشمل وصول المحقق إلى مصادر المعلومات من غير المواد المضبوطة مثل: سجلات الملفات وقواعد البيانات بهدف تحديد ومعالجة المعلومات التي قد تثبت أو تنفي شيئاً ما، وأحياناً قد تتطلب القضية تفتيشاً وضبطاً بالإضافة إلى اكتشاف المعلومات.

والجريمة المعلوماتية يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات التي نص عليها المشرع في التشريعات الإجرائية الجزائية، وإلى جانب تتبع حركة المسار الإلكتروني في الشبكة العنكبوتية، فهناك بعض الأدلة المادية التي لها قيمتها الخاصة في إثبات الجريمة المعلوماتية ونسبتها إلى متهم معين.

ومن هذه الأدلة: المستندات الورقية؛ فالجريمة الإلكترونية قد لا تخلو من أدلة ورقية ذات صلة بموضوع الجريمة المرتكبة عبر وسائط إلكترونية، أو قد تنتج عن كم هائل من البيانات والملفات الإلكترونية المخزنة في الحاسوب أو على شبكة الإنترنت، قد يقوم الجاني بطباعتها (Print out)، وذلك لأغراض المراجعة أو

(٤٠٦) عمر، السعيد رمضان (١٩٨٨) مرجع سابق، ص ٣٧١.

لأجل التأكد من تنسيق المستند أو شكله العام، عندما يكون المستند موضوعاً للجريمة، وهذه المستندات هي أدلة يجب حفظها والاعتناء بها عند عمل معاينة لمسرح الجريمة والتفتيش فيه عن أدلة متعلقة بالجريمة، ومن هذه الأوراق: أ. أوراق تحضيرية يتم إعدادها بخط اليد كمسودة تصوير العملية التي يتم برمجتها.

ب. أوراق تالفة تم طباعتها وإلقاءها في سلة المهملات.

ج. أوراق أصلية تطبع ويتم الاحتفاظ بها، كمرجع أو لأغراض الجريمة.

د. أوراق أساسية وقانونية محفوظة في الملفات العادية أو دفتر الحسابات، ولها علاقة بالجريمة المعلوماتية، خاصة عند تقليد وتزوير هذه الأوراق بواسطة الحاسوب^(٤٠٧).

و. بيانات وملفات إلكترونية يقوم المحقق بعرضها وطباعتها وتنظيم محضر بمكوناتها حسب الأصول.

ومن هذه الأدلة كذلك جهاز الحاسب الآلي وملحقاته فللقول بأن الجريمة معلوماتية، يتعين وجود جهاز حاسوب له علاقة بمكان وقوع الجريمة أو الشخص الحائز للجهاز، ويمكن لخبراء الحاسوب تمييز نوعه وسرعته وأسلوب التعامل معه في حالة الضبط والتحريز، ذلك أن أجهزة الحاسوب تختلف من حيث السرعة في معالجة البيانات، وكذلك الدقة العالية في الحصول على النتائج، والقدرة على تخزين البيانات واسترجاعها وقت الطلب، وكذلك القدرة على حل المسائل والعمليات المعقدة، وأنه كلما كانت هذه الأجهزة أكثر قدرة ودقة من حيث التقنية، فإن دورها في مساعدة المجرم المعلوماتي يتعاظم في شأن إعانتة على تنفيذ مشروعه

(٤٠٧) محمد، الأمين البشرى، بحث بعنوان "التحقيق في جرائم الحاسب الآلي" مقدم إلى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والإنترنت" المنعقد الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ بكلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات، ص ٣٣

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

الإجرامي المعلوماتي^(٤٠٨). وقد تعرضنا سابقاً لأحكام تفتيش كيانات الحاسوب الثلاثة (المادية والمعنوية وشبكاته)، ويجدر الإشارة إلى أن الدليل الذي يخلفه المجرم المعلوماتي خلفه يكون خفياً غير مرئي في الجريمة، ففي جريمة سرقة حسابات البطاقات الائتمانية مثلاً يحاول الجناة استغلال المال بالاستعانة بنبضات إلكترونية عبر ألياف بصرية، تنقل الأوامر المشفرة ما بين البنك وأجهزة السحب الآلي للنقود. ولذلك يتعين عند البحث عن آثار الجريمة المعلوماتية وأدلتها بمعرفة سلطة الاستدلال والتحقيق أن يوجه المحقق اهتمامه إلى دائرة المتعاملين في نطاق المؤسسة أو الجهة التي وقعت بها الجريمة سواء كانوا موظفين بتلك الجهة أو من المتعاملين معها، وذلك برصد حركة المعاملات التجارية ومراقبة المشبوهين داخل المؤسسات المالية وحولها، ويتعين على رجال الأمن جمع المعلومات السرية عن حركة السوق وتداول الأموال والممتلكات والتغيرات الاجتماعية والسلوكية للموظفين وصغار رجال الأعمال الذين قد يرتبطون بمؤسسات الجريمة المنظمة، ويجب الانتباه بشكل خاص إلى ذوي القدرات الفنية، والذين هم على مقربة من أسرار برامج الحاسوب في المؤسسات المالية والشركات التجارية^(٤٠٩).

وفي كل الأحوال، فإنه عند حال تلقي بلاغ بإحدى الجرائم المعلوماتية، وبعد التأكد من البيانات الضرورية في البلاغ، يتم الانتقال لمسرح الجريمة لمعاينته، ومسرح الجريمة المعلوماتية يختلف عن مسرح الجريمة التقليدية كالقتل والسرقة، والجريمة المعلوماتية قد تكون جريمة مستمرة كما في جريمة التلاعب بالبورصة عبر الإنترنت، إذ يعد الجاني مثلاً قائمة بالعملاء المحتملين، ومادة تتعلق بمعلومات

^(٤٠٨) عبد الفتاح، بيومي حجازي (٢٠٠٢) الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية: المحلة الكبرى، القاهرة، مصر، ص ١٨.

^(٤٠٩) عبد الفتاح، بيومي حجازي (٢٠٠٢) الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية: المحلة الكبرى، القاهرة، مصر، ص (٤٢ - ٤٣).

مغلوبة عن السهم في شركة ما ويرسلها إلى مجموعة العناوين المقترحة، فتكون المعاينة هدفها المداهمة وضبط الأدلة على الطبيعة.

وبصورة عامة يتعين مراعاة الآتي قبل التحرك إلى مسرح الجريمة^(١٠):

١. وجود معلومات مسبقة عن مكان الجريمة من حيث عدد الأجهزة المطلوب معاينتها وشبكاتها.
٢. إعداد خطة المعاينة موضحة بالرسومات مع تمام المراجعة التي تكفل تنفيذها على الوجه الأكمل.
٣. وجود خريطة توضح الموقع الذي ستم معاينته، وتفاصيل المبنى أو الطابق موضوع البلاغ، وعدد الأجهزة والخزائن والملفات، ويحدد ذلك من خلال مصادر سرية لجهات الأمن.
٤. إعداد الفريق المتخصص الذي يتولى المعاينة من الخبراء ورجال الضبط والأمن.
٥. تحديد البيانات والمهام والاختصاصات المطلوبة من كل عضو في فريق المعاينة على حده، وذلك حتى لا تتداخل الاختصاصات.
٦. تأمين الأجهزة والمعدات التي سيتم الاستعانة بها في عملية المعاينة سواء كانت أجهزة أو برامج صعبة أو لينة.
٧. إخطار الفريق الذي سيتولى المعاينة، قبل تمامها بوقت كاف حتى يستعد من الناحية الفنية والعملية، وذلك لكي يضع الخطة المناسبة لضبط أدلة الجريمة حال معاينتها.

(١٠) محمد، الأمين البشرى، بحث بعنوان "التحقيق في جرائم الحاسب الآلي" مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد في الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ بكلية الشريعة والقانون في الإمارات، ص ١٠٢. و هشام، محمد فريد رسم، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، ص ٢١ وما بعدها. وعبد الله، هلاي (٢٠٠٠) تفتيش الجهاز الآلي، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر ٢٠٠٠، ص ١٠٣.

٨. تحديد الأجهزة المحتمل تورطها في الجريمة المعلوماتية حتى يتم تحديد كيفية التعامل معها فنياً قبل المعاينة، سواء من حيث الضبط أو التأمين أو حفظ الأوراق والمستندات المتداولة. وفي حالة وجود شبكة اتصالات يجب البحث عن خادم الملف (File Server)، وذلك لتعطيل الاتصالات لمنع تخريب الأدلة الموجودة أو محوها، ويراعى تصوير الأجهزة الموجودة، خاصة الأجزاء الخلفية منها.

٩. ملاحظة الطريقة المعد بها النظام المعلوماتي والآثار التي يخلفها، ومعرفة السجلات الإلكترونية التي تزود بها شبكات المعلومات لمعرفة موقع الاتصال ونوع الجهاز المتصل عن طريق الدخول إلى النظام أو الموقع أو الدخول معه في حوار، وبروتوكولات الاتصال عبر الإنترنت وإن تعلقت الجريمة بهذه الشبكة والتي تعرف اختصاراً بـ (IP). ويتعين كذلك ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام حتى يمكن تحليل البيانات ومقارنتها والوصول منها إلى دليل عند عرض الأمر على القضاء.

١٠. التحفظ على محتويات سلة المهملات وما فيها من أوراق ممزقة وشرائط وأقراص ممغنطة وغير سليمة أو محطمة ورفع البصمات التي قد تكون عليها، وكذلك التحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية لجهاز الحاسب الآلي، والتي قد تكون ذات صلة بالجريمة^(١١).

١١. تأمين عدم انقطاع التيار الكهربائي لأن معاينة الأجهزة وما بها من برامج وشبكات وأنظمة تشغيل لا جدوى منها في ظل عدم وجود التيار الكهربائي.

١٢. أن تتم كل هذه الإجراءات وفق مبدأ المشروعية وفي إطار ما تنص عليه القوانين الجنائية.

(١١) هشام، محمد فريد رسم، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، ص ١٠٤.

ومن الأفضل أن يضم فريق المعاينة أشخاصاً من مأموري الضبط القضائي والمحققين للحصول على الاستدلالات أو تحليل الأدلة القائمة وسؤال الشهود، ويضم كذلك آخرين للرسم والتصوير، وذلك لرسم كروكي لمسرح الجريمة وتحديد مواقع الأجهزة والملفات والأشخاص وأيضاً أشخاصاً للتفتيش العملي - في مسرح الجريمة - شرط أن يتم ذلك وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية ما لم يوجد قانون خاص يحكم التفتيش في الجريمة المعلوماتية، ثم أفراداً هدفهم تأمين مسرح الجريمة وضبط مخارجها ومنا.

المطلب الثاني

منهج التحقيق في الجرائم المعلوماتية

التحقيق بالمعنى الضيق أو الخاص يقصد به تلك الإجراءات التي تختص بها سلطة التحقيق وحدها والتي تتميز عن أعمال جمع الاستدلالات. أما إجراءات الاستدلال التي تباشرها سلطة الضبط القضائي فلا يشملها مفهوم التحقيق بمعناه الضيق باعتبارها إجراءات تسبق التحقيق عادة وتمهد له ولا تعد بحسب طبيعتها ماسة بحقوق الأفراد وحياتهم. والتحقيق الجنائي بمعناه الضيق يمثل المرحلة الوسطى في مسيرة الدعوى الجنائية التي تمر بمرحلة أولية هي مرحلة الاستدلال وتعقبها حلقة وسط هي مرحلة جمع الأدلة ويطلق عليها التحقيق الابتدائي تمييزاً لها عن التحقيق النهائي في الدعوى الجنائية الذي تجريه المحكمة^(١٢).

ليس بالضرورة أن يكون المحقق خبيراً في الحاسب الآلي، ولكن لا بد له من الإلمام ببعض المسائل الأولية التي تمكنه من التفاهم مع خبراء الحاسب الآلي

(١٢) راجع جلال، ثروت (١٩٩٧) نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، مصر، ص ٤١٢.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وحسن استغلالهم في كشف الجرائم وجمع الأدلة، كما أنه من الضروري أن يكون المحقق ملماً بالإجراءات الاحتياطية التي ينبغي اتخاذها نحو مسرح الجريمة في الجريمة المعلوماتية، والتدابير اللازمة لتأمين الأدلة^(١٣).

وإجراءات التحقيق التي تهدف إلى جمع الأدلة كثيرة، ومن هذه الأدلة الانتقال والمعاينة وسماع الشهود، وندب الخبراء، والتفتيش والاستجواب والمواجهة، مع ملاحظة أن إجراءات جمع الأدلة لم ترد في القانون على سبيل الحصر، ولذا يجوز للمحقق أن يباشر أي إجراء آخر يرى فيه فائدة للإثبات طالما أنه لا يترتب على اتخاذه تقييد لحريات الأفراد أو مساس بحرمة مساكنهم^(١٤).

ويصل علم الجريمة إلى مأموري الضبط القضائي (المدعي العام)، متى تم ضبط الجريمة متلبساً بوقوعها، إذ أن هناك إجراءات وجوبية على مأموري الضبط وسلطات التحقيق اتخاذها في حالات التلبس، وهذه الحالات حصراً هي:

١. مشاهدة الجريمة حال ارتكابها.
 ٢. مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها ببرهة يسيرة.
 ٣. تتبع الجاني إثر وقوع الجريمة.
 ٤. مشاهدة الجاني بعد وقوع الجريمة بوقت قريب حاملاً أشياء أو به آثار يستدل منها على أنه فاعل الجريمة أو شريك فيها^(١٥).
- بينما الجريمة المعلوماتية، تصل أخبارها إلى سلطات الضبط بإحدى الطرق مما يلي^(١٦):

^(١٣) محمد، الأمين البشرى، بحث بعنوان "التحقيق في جرائم الحاسب الآلي" مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت المنعقد في الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ بكلية الشريعة والقانون في الإمارات، ص ١٩.

^(١٤) عمر، السعيد رمضان (١٩٨٨) مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٣٦٩.

^(١٥) عمر، السعيد رمضان (١٩٨٨) مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر، ص ٢٩٣ وما بعدها.

^(١٦) عبد الفتاح، بيومي حجازي (٢٠٠٢) الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية: المحلة الكبرى، القاهرة، مصر، ص (٧٠، ٧١).

١. تلقي سلطات الضبط أو أجهزة التحقيق معلومات تفيد بأن أن أشخاصاً معروفين أو غير معروفين يمارسون أنشطة تدرج تحت تعريف الجريمة المعلوماتية، وذلك في مكان معروف وعلى أجهزة محددة، ووفق لغات برمجية معلومة أو غير معلومة.

٢. ضبط شخص معين وبحوزته أموال مشبوهة أو بطاقات مزورة أو بطاقات تعريف مشبوهة (حالة تلبس).

٣. بلاغ إلى سلطات الضبط أو التحقيق من أحد المجني عليهم يفيد بوجود تلاعب أو ممارسات خاطئة في حقه أو حقوق الآخرين سواء تمثل ذلك في صورة عجز مالي في حسابات مؤسسة مالية أو ضياع حقوق أو تغييرات في الودائع، ولا يشترط بيان ما إن كانت هذه جريمة معلوماتية من عدمه، لأن عملية تكييف السلوك الجرمي لا دخل للمبلغ بها وإنما تقع ضمن اختصاص النيابة العامة والقضاء.

٤. توافر معلومات عن نشر فيروسات تخريبية عبر شبكة الإنترنت، سيما وأن تطبيق القانون في مجال مكافحة الفيروسات المعلوماتية، تواجهه عدة صعوبات وموانع كثيرة منها، عدم معرفة المجني عليه بالمخرب الذي صمم الفيروس الذي هاجمه، وعدم رغبة المجني عليه بالإبلاغ معتمداً على الثقة بينه وبين الذين يستخدمون نظامه، وعدم دراية المجني عليه بإصابة نظامه بفيروس معلوماتي لفترة غير محدودة من الزمن، وعدم قدرته على قياس الخسائر التي يحدثها هذا الفيروس.

٥. توافر معلومات عن وقوع عمليات اعتراض أو قرصنة للمعلومات، علماً أن هذه الظاهرة الاختراقية للمعلومات تتجاوز حدود الجغرافيا.

والغالب أن طرق وصول خبر الجريمة المعلوماتية إلى سلطات الضبط والتحقيق، سألقة الذكر يمكن ترجمتها في مجموعة تدابير يتعين اتخاذها، وترتبط كذلك بقدرة الرصد الأمني وكفاءة أجهزة الرقابة المالية في الدولة، ومدى الوعي

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

العام لدى المواطنين. وبتطبيق ما سبق على قواعد الاستجواب في نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة ٢٠٠٤، فعلى المحقق عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع البيانات الشخصية الخاصة به، ويسأل المحقق المتهم عن اسمه الثلاثي وعنوانه مسكنه ورقم هويته وتاريخ وجهته إصدارها، وإن كان المتهم غير سعودي يسأل المحقق عن هويته وجواز سفره أو الوثائق المثبتة لهويته وشرعية إقامته بالمملكة واسم كفيله^(٤١٧).

وعلى المحقق أن يحيط المتهم علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت في المحضر ما يبديه في شأنها من أقوال. ثم يشرع المحقق في سؤال المتهم عن عموم التهمة، فإن اعترف بارتكابها استجوبه بمناقشة تفصيلاً عن وقائعها؛ أما إذا أنكرها واجهه بالأدلة القائمة ضده في الدعوى وناقشه فيها. وللمحقق أن يواجه المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود فيما تختلف فيه أقواله عن أقوالهم. ويوقع المتهم على أقواله بعد تلاوتها عليه، فإن امتنع أثبت المحقق امتناعه عن التوقيع في المحضر^(٤١٨). وعلى المحقق عزل المتهمين بعضهم عن بعض وعن الشهود فور مباشرة الاستجواب. كما لا يجوز استجواب أي متهم وهو مكبل، ويتعين على المحقق أن يأمر الحارس بفك القيود الحديدية من المتهم فترة استجوابه واتخاذ الإجراءات الأمنية اللازمة لحراسته^(٤١٩).

وإذا كان التحقيق مع امرأة، فلا يجوز للمحقق استجوابها أو مواجهتها بغيرها من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة المحرم معها، وأن يوجد معها طوال التحقيق، وإذا تعذر وجوده فيجري التحقيق معها بحضور لجنة مكونة من المحقق وعضوين

^(٤١٧) مرشد الإجراءات الجنائية، من إصدار الإدارة العامة للحقوق، وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية، مطابع الأمن العام، ص ٦٣

^(٤١٨) انظر، المادة (١٠١) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

^(٤١٩) مرشد الإجراءات الجنائية، من إصدار الإدارة العامة للحقوق، وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية، مطابع الأمن العام، طبعة ١٤٢٣هـ، ص ٣٥.

من المحكمة وهيئة الأمر بالمعروف، أو المسئول بالسجن أو دار الملاحظة والسجانة أو المشرفة إذا كانت المرأة المراد التحقيق معها مودعة بأحد السجون أو دور الملاحظة^(٢٠). ويجري التحقيق مع الأحداث واستجوابهم داخل دور الملاحظة بحضور الأخصائي الاجتماعي. وتحظر التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية أي إجراء من شأنه جرح شعور الحدث^(٢١).

كما يجب أن يتم استجواب المتهم في حال لا تأثير فيها على إرادته وحرية في إبداء أقواله ودفاعه. ولا يجوز تحليف المتهم اليمين، كما لا يجوز استعمال العنف أو وسائل الإكراه ضده^(٢٢). ويجب أن تتسم مناقشة المحقق للمتهم بالحكمة والمنطق السليم، والأصل أن المتهم لا يجبر على الكلام والإجابة عن أسئلة المحقق، ولكنه إذا أصر على الصمت وامتنع عن الإجابة فإنه بهذا المسلك يفوت على نفسه فرصة لإثبات براءته قبل إحالته إلى المحاكمة.

ويتعين على المحقق مراقبة المتهمين أثناء الاستجواب وملاحظة ما يبدو عليهم من انفعالات واضطراب، وإثبات ذلك في محضر التحقيق. ويجب أن يباشر الاستجواب بمقر جهة التحقيق، ولا يباشر خارجها إلا لضرورة يقدرها المحقق^(٢٣). وفي كل النظم الجزائية الإجرائية يراعى في التحقيق التنسيق ما بين المحقق الجنائي والخبير المعلوماتي، على أن يراعى المحقق اللقاء بكافة الخبراء الذين ساهموا مع سلطات الضبط أو التحقيق في تلقي البلاغ أو إجراءات الضبط والتفتيش أو فحص البرامج وجمع الأدلة الجنائية، وأن يتم في هذا اللقاء حصر الأدلة المتوفرة

^(٢٠) راجع تعميم وزارة الداخلية بالمملكة رقم (١٦ س / ٢٩٥٥) في ١٣٩٩/٨/١ هـ المشار إليه في مرشد الإجراءات الجنائية، من إصدار الإدارة العامة للحقوق، وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية، مطابع الأمن العام، ص ٢٩ - ٣١.

^(٢١) راجع المادة العاشرة من لائحة دور الملاحظة الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٦١١ في ١٣٩٥/٥/١٣ هـ. عن مرجع: مدني، عبد الرحمن تاج الدين (٢٠٠٤) أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية - دراسة مقارنة، مركز البحوث: الرياض، السعودية، ص ٢١٧.

^(٢٢) راجع المادة (١٠٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

^(٢٣) انظر المادة (١٠٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوزُ ٢٠١٦.

وترتيبها وفقاً لأهمية كل دليل أو بينة أو قرينة، كما يجب على المحقق الجنائي أن يشرح لهؤلاء الخبراء الجوانب القانونية لطبيعة عملهم مع التأكيد على ربط الأدلة والخبرة العلمية بعناصر وأركان الجريمة المقام عنها الدعوى الجنائية ضد المتهم^(٢٤). كما أن التواجد المنظم للأمن على منافذ المعلومات والحاسب الآلي سيكون له دوراً وقائياً في منع وقوع الجريمة المعلوماتية، ويوفر المعلومات الأولية عن جرائم الحاسب الآلي قبل وقوعها، ويوفر إمكانية الإبلاغ عنها قبل وقوعها، وبطريقة تجعل محقق الجريمة يمسك بخيوط استخلاص الدليل على نحو يؤدي لبيان وجوه الحقيقة في الدعوى الجنائية الناشئة عن هذه الجرائم^(٢٥).

ويعدُّ البحث والتحقيق في الجرائم الإلكترونية مسألة في غاية الأهمية والصعوبة، ولا سيما بالنظر لاعتبارات التكوين العلمي والتدريبي، والخبرات المكتسبة لرجال الضبط القضائي وسلطات التحقيق الجنائي والحكم، ذلك أن حداثة هذه الجرائم وتقنياتها العالية تتطلب من القائمين على البحث الجنائي والتحقيق إلمام كاف بها، فلا يكفي أن يكون لديهم الخلفية القانونية أو أركان العمل الشرطي فقط، ولكن لا بد من الإلمام بخبرة فنية في مجال الجريمة المعلوماتية^(٢٦).

وإن اكتشاف هذه الجرائم والتوصل إلى فاعليها وملاحقتهم قضائياً، لا يتطلب فقط الإلمام بأصول البحث الجنائي أو قواعد التحقيق القانونية، فذلك مفترض باعتبار أنه إعمالاً لقاعدة الشرعية التي تحكم الإجراءات الجنائية، لكن يجب الإلمام أيضاً بأصول التحقيق الجنائي الفني في الجرائم التقليدية، فضلاً عن مهارات خاصة تسمح باستيعاب تقنيات الحاسوب من حيث برامجه، أنظمتها، طبيعة الجريمة الواقعة عليه ومفرداتها وكيفية كسر جدار الحماية، وفيروسات الحاسوب وديدانه، ونظم

^(٢٤) محمد، الأمين البشري (٢٠٠٠) مرجع سابق، ص ٥٩.

^(٢٥) محمد، الأمين البشري، بحث (٢٠٠٠) مصدر سابق، ص ٢٥.

^(٢٦) ممدوح، عبد الحميد عبد المطلب (٢٠٠٠) جرائم استخدام شبكة المعلومات الدولية - الجريمة عبر الإنترنت، بحث مقدمة لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت - بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ص ٢٠.

الاستعمال الدولية وغيرها من مصطلحات تمكن المحقق من التعامل مع هذه الجريمة المتفردة في خصوصيتها، وكذلك التعامل مع المجرم المعلوماتي وهو مجرم ذو طبيعة خاصة يتعين تفهم كيفية التعامل معه^(٤٢٧).

ويرى الباحث أن صعوبات جمة تعترض تدريب المحققين على الخبرة المتقدمة في هذا المجال، وذلك لعدة أسباب، منها، ضعف الموارد المالية لدى أجهزة الأمن والقضاء، وعدم الاعتياد على ممارسة الضبط والتحقيق الجنائي في هذا النوع من الجرائم كونها جرائم حديثة نسبياً، كما أن انتشار الحواسيب وتعدد أنظمتها وأنواع الجرائم المرتكبة عبرها يزداد بشكل مضطرب ويتطلب التعامل معه مواكبة هذا التقدم وعقد الدورات المختصة لإكساب المحققين كل جديد. وكذلك تبرز الحاجة لتطوير التشريعات الجزائية الإجرائية لتواكب هذا النوع من الجرائم، ووجوب وجود قضاء متخصص، وعقد اتفاقيات إقليمية، والتعاون على الصعيد الدولي لمواجهة التحدي الجديد الذي تفرضه هذه الجرائم.

(٤٢٧) هشام، محمد فريد رسم، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، ص ٥٤.

يُعد التفتيش من أشد إجراءات التحقيق أثرًا على الحرية الشخصية، وجب علينا أن نذكر ما نراه ضروريًا لتعديل النصوص التشريعية القائمة، لإيجاد أحكام جديدة تحقق الغرض منه، وتوفق بين صالح الجماعة في ضرورة حمايتها، ومصلحة الفرد في حماية حريته.

وتوصل الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات أهمها حسب خطة البحث:

أولاً: يرى الباحث إمكانية تطبيق القواعد العامة في تفتيش نظم الحاسوب والإنترنت على المتهم بناءً على وجود قرائن قوية تنبئ بحيازته لأشياء أو أدلة تتعلق بجريمة، أو أنه يخفي بيانات أو برامج استخدمت في ارتكاب الجريمة.

ثانياً: تثير مسألة الإثبات في نظم الحاسوب والإنترنت صعوبات كبيرة أمام القائمين على التحقيق، كالتخزين الإلكتروني للمعطيات الذي يجعلها غير مرئية وغير مفهومة بالعين المجردة، ويشكل انعدام الدليل المرئي (المفهوم) عقبة كبيرة أمام كشف الجرائم، وقد يشكل تشفير البيانات المخزنة إلكترونياً أو المنقولة عبر شبكات الاتصال عن بُعد عقبة كبيرة أمام إثبات الجريمة المعلوماتية والبحث عن الأدلة، كما أن سهولة محو الدليل في زمن قصير تُعد من أهم الصعوبات التي تعترض العملية الإثباتية في مجال جرائم الحاسوب والإنترنت.

ثالثاً: وفي سبيل تحقيق العدالة وضمان حق المشتكى عليه عند إجراء التفتيش على نظم الحاسوب والإنترنت، يرى الباحث ضرورة حضور المشتكى عليه عند تفتيش حاسوبه أو نظمه وكذلك في حالة تفتيش حاسوب أو نظم غيره إذا كان الأمر متعلقاً بضبط الدليل ضده وذلك لإتاحة الفرصة أمام المشتكى عليه لمواجهةته بالدليل المترتب عن التفتيش، شريطة ألا يسبب حضوره إضراراً بسير التحقيق.

رابعاً: يقع عبء إثبات الجرائم المعلوماتية على عاتق النيابة العامة ، كما أن المدعي بالحق الشخصي يشارك النيابة العامة هذا العبء ، وفي أحيان أخرى ينقل القانون عبء الإثبات من النيابة العامة إلى عاتق المشتكى عليه. إن الاختصاص في إجراء التفتيش على نظم الحاسوب والإنترنت في التشريعات المقارنة، هي كاختصاص أصيل للنيابة العامة وبصورة استثنائية لأعضاء الضابطة العدلية، مع ضرورة تعديل بعض النصوص الإجرائية للإشارة إلى الجانب المعلوماتي، وضرورة إعداد وتهيئة هذه السلطة بشكل متميز لمواجهة الجرائم المعلوماتية.

التوصيات

أولاً: لكي يُعد الدليل المستخلص من تفتيش وضبط نظم الحاسوب والإنترنت مشروعاً يوصي الباحث بضرورة توافر ثلاثة شروط في الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش وهي:-

أ- يجب الحصول على الدليل المستمد من التفتيش بصورة مشروعة غير مخالفة لأحكام الدستور ولا لقانون العقوبات.

ب- يجب أن تكون الأدلة الإلكترونية غير قابلة للشك أي يقينية.

ج- إمكانية مناقشة الأدلة الإلكترونية المستخرجة من الحاسوب والإنترنت.

ثانياً: لقد أكدت التوصية التي أصدرها المجلس الأوروبي لعام ١٩٩٥م، والخاصة بمشاكل الإجراءات الجنائية الوطنية على ضرورة الأخذ بالتوصيات التالية لكي تلائم النصوص القانونية التطور الحاصل في هذا المجال، ويوصي الباحث المشرع الجزائري العربي أن يأخذ بها:-

١- أن توضح القوانين إجراءات تفتيش أجهزة الحاسوب وضبط المعلومات التي تحويها ومراقبة المعلومات أثناء انتقالها.

٢- أن تسمح الإجراءات الجنائية للجهات القائمة على التفتيش بضبط برامج الحاسوب والمعلومات الموجودة بالأجهزة وفقًا لذات الشروط الخاصة بإجراءات التفتيش العادية.

ثالثًا: ومن أجل ضمان حفظ أسرار المشتكى عليه غير المتعلقة بالجريمة من الاطلاع عليها يوصي الباحث باتباع القائم بالتفتيش التعليمات التالية:

١- على القائم بالتفتيش أن يلتزم واجب الحيطة والحذر أثناء التفتيش فلا يطلع إلا على الأشياء أو الأماكن التي يحتمل أن يجد فيها بيانات أو برامج أو أشياء أو أدلة أو براهين لها علاقة بالجريمة.

٢- على المحقق أن لا يسترسل في الاطلاع عما ظهر أمامه صدفة.

٣- أن يحاول المحقق -ما وسعه الجهد- عدم اطلاع غيره على محتويات

الحاسوب محل التفتيش.

رابعًا: ضرورة إصدار دليل إرشادي تقني وقانوني حول صور جرائم الحاسوب والأصول العلمية لكشفها والتحقيق فيها وأساليب التعامل مع الأدلة الرقمية ومواصلة تحديث هذا الدليل بشكل دوري وكلما دعت الحاجة لذلك وتعميمه على العاملين في مجال التحقيق في الميدان وعلى أجهزة القضاء، والاستفادة من الدليل الصادر عن المنظمة العالمية للشرطة الجنائية الإنتربول.

المصادر

أولاً: الكتب والمراجع العربية :

- ١ - أحمد، فتحي سرور (١٩٩٦) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ٢ - أحمد، هلالى عبد اللاه (١٩٩٧) تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم بالمعلوماتي، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ٣ - أسامة أحمد المناعسة؛ وجمال محمد الزعبي، وصايل فاضل (٢٠٠١) جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار وائل للنشر: عمان، الأردن.
- ٤ - تعميم وزارة الداخلية بالملكة رقم (١٦ س / ٢٩٥٥) في ١٣٩٩/٨/١ هـ المشار إليه في مرشد الإجراءات الجنائية، من إصدار الإدارة العامة للحقوق، وزارة الداخلية بالملكة العربية السعودية، مطابع الأمن العام.
- ٥ - جلال، ثروت (١٩٩٧) نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، مصر.
- ٦ - جميل عبد الباقي، الصغير (٢٠٠١) أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - حاسبات الآلية - بصمة الوراثية) : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ٧ - حسن، صادق المرصفاوي (١٩٩٦) أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف: الإسكندرية، مصر.
- ٨ - حسن، المرصفاوي (١٩٩٨) المحقق الجنائي، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب: القاهرة، مصر.
- ٩ - سلطان العلماء، محمد عبد الرحيم (٢٠٠٠) جرائم الإنترنت والاحتساب عليها، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات: الإمارات العربية المتحدة.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةُ السادسة تموز ٢٠١٦.

- ١٠ - السعيد، كامل (٢٠١١) شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية والسورية وغيرها، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، ص (٧٥٩ - ٧٦٠).
- ١١ - الصغير، جميل عبد الباقي (٢٠٠١) أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار - حاسبات الآلية - بصمة الوراثية) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ١٢ - عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) جرائم الذم والقذح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية: شبكة الإنترنت وشبكة الهواتف النقالة - دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن.
- ١٣ - عبد الفتاح، بيومي حجازي (٢٠٠٢) الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية: المحلة الكبرى، القاهرة، مصر.
- ١٤ - عبد الفتاح مراد (٢٠٠٨) التحقيق الجنائي التطبيقي، الكاتب هو الناشر: الإسكندرية، مصر.
- ١٥ - عبد الله، هلال (٢٠٠٠) تفتيش الجهاز الآلي، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ١٦ - عمر، السعيد رمضان (١٩٨٨) مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ١٧ - عمر محمد أبو بكر بن يونس (٢٠٠٤) الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، دار النهضة العربية: القاهرة، مصر.
- ١٨ - عمر محمد أبو بكر، بن يونس (٢٠٠٥) الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي - المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولاً إلى الدليل الإلكتروني في التحقيقات الجنائية، ترجمة وتحقيق، المؤلف هو الناشر: القاهرة، مصر.
- ١٩ - علي حسن الطوالة (٢٠٠٤) التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والإنترنت، عالم الكتب الحديثة: إربد، الأردن، ص.
- ٢٠ - قانون إساءة استخدام الحاسوب والجرائم الرقمية لسنة ٢٠٠٣، جمهورية موريشيوس - ترجمة عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠).

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السنة السادسة - ٢٠١٦

- ٢١ - كمال، أحمد الكركي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية: أكاديمية شرطة دبي - مركز البحوث والدراسات، تاريخ الإنعقاد: ٢٦ من نيسان ٢٠٠٣ حتى ٢٨ من نيسان ٢٠٠٣، دبي، الإمارات العربية المتحدة.
- ٢٢ - محمد، الأمين البشري، بحث بعنوان "التحقيق في جرائم الحاسب الآلي" مقدم إلى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والإنترنت" المنعقد الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ بكلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات.
- ٢٣ - محمد سعيد، خشبة (١٩٨٤) مقدمة في التجهيز الإلكتروني للبيانات، مكتبة جامعة الأزهر: القاهرة، مصر.
- ٢٤ - محمد فهمي طلبية (١٩٩٢) الحاسبات الإلكترونية حاضرها ومستقبلها، موسوعة دلتا للكمبيوتر، مطابع الكتاب المصري: القاهرة، مصر.
- ٢٥ - مرشد الإجراءات الجنائية، من إصدار الإدارة العامة للحقوق، وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية، مطابع الأمن العام.
- ٢٦ - ممدوح، عبد الحميد عبد المطلب (٢٠٠٠) جرائم استخدام شبكة المعلومات الدولية - الجريمة عبر الإنترنت، بحث مقدمة لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات.
- ٢٧ - منال، علي الدريهم (٢٠١٢) المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأسعار الأوراق المالية عبر شبكة الإنترنت - دراسة مقارنة، بإشراف الدكتور فهد كسابية، غير منشورة: قدمت هذه الرسالة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام من جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، ص ١٢٦.
- ٢٨ - هشام، محمد فريد رسم، أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح بإنشاء آلية عربية موحدة للتدريب التخصصي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت.
- ٢٩ - هشام محمد فريد رستم (١٩٩٤) الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية (دراسة مقارنة)، مكتبة الآلات الحديثة: أسبوط مصر.
- ٣٠ - يونس عرب، مقابلة شخصية: ٢٠٠٩/١١/٥، عمان، الأردن؛ عن: عادل عزام سقف الحيط (٢٠١٠) م.

وَأَقَمُ التَّعْرِيفَةُ الْكَمَرَكِيَّةُ فِي إِطَارِ مَنْظَمَةِ التَّجَارَةِ الْعَالَمِيَّةِ

مُحَمَّدٌ حَسَنٌ يُوسُفٌ حُسَيْنٌ

الملخص

في عام ١٩٤٧ عقد مؤتمر دولي في جنيف وتمخض عن عقد العديد من الاتفاقيات اطلق عليها بالجات عام ١٩٤٧ ، التي تعد الأساس في وضع تنظيم التجارة الدولية، وفي عام ١٩٩٤ عقد مؤتمر مراكش الذي تمخض عنه انشاء منظمة التجارة العالمية التي تهدف الى فتح الأسواق الدولية أمام البضائع الغربية والتدخل في الشؤون الداخلية للدول وفرض الحصار الاقتصادي عليها. وعقدت بعد ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيم حرية التجارة بين الدول الأعضاء. وعلمت منظمة التجارة العالمية على تحديد التعريف الكمركية لتسهيل التجارة وانتقال السلع والخدمات بين الدول في اطار ما اطلق عليه حرية التجارة العالمية.

Abstract

The reality of customs tariffs in the framework of the World Trade Organization

Mohammed Hassan Yousef Muheisen

In 1947 an international conference in Geneva and resulted in the holding of several agreements, dubbed Paljat in 1947, which is the basis for the development of the organization of international trade, and in 1994 held the Marrakech conference, which resulted in the creation of global trade, which aims to open international markets to goods Organization Western interference in the internal affairs of States and the imposition of the economic blockade. Then it held several international agreements to regulate the freedom of trade between Member States. WTO has learned to identify the customs tariff to facilitate trade and movement of goods and services between countries in the framework of the so-called freedom of world trade.

Keyword: custom, organization, international, economic.

المُقَدِّمَة

يعد الاردن اول دولة عربية انضمت الى اتفاقيات الجات عام ١٩٤٧، وتعد اتفاقيات الجات العمود الفقري لمنظمة التجارة العالمية. فبعد انهيار الاتحاد السوفيتي عام ١٩٩١ اصبح الطريق سالكا للإعلان عن مؤسسة دولية تتولى تطبيق اتفاقية الجات. فعقدت العديد من المؤتمرات الدولية لتطوير اتفاقيات الجات وجعلها تحت غطاء منظمة دولية. وفي عام ١٩٩٣ عقدت جولة أوروغواي التي تمخضت عن العديد من القرارات كان من بينها الدعوة لإنشاء منظمة التجارة العالمية. وفي عام ١٩٩٤ عقد في مراكش بالمغرب مؤتمر حضرته الدول الموقعة على اتفاقيات الجات تمخض عن إعلان إنشاء منظمة دولية تتولى مسؤولية تطبيق اتفاقيات الجات والقرارات التي تتخذ بهذا الصدد. وأطلق عليها منظمة التجارة العالمية. وفتح الانضمام إليها. وفي عام ١٩٩٥ دخلت اتفاقية منظمة التجارة العالمية حيز التنفيذ وبدأ نشاطها. وبذلك أصبحت حرية التجارة العالمية مؤسسة قانونية دولية تعمل على تطبيق الأهداف التي وضعتها اتفاقية الجات عام ١٩٤٧.

ومن أجل نجاح هذه التجربة استخدمت الولايات المتحدة الأمريكية وسائل الترغيب والترهيب جميعها من أجل دفع الدول إلى الانضمام للمنظمة الجديدة. ومنذ ذلك الحين برز مفهوم العولمة على الساحة الدولية وأصبحت منظمة التجارة العالمية الشكل القانوني الدولي لتطبيق العولمة بما تحمله من آثار سياسية واقتصادية واجتماعية.

اشكالية البحث، هي ان الدول الاعضاء في منظمة التجارة العالمية تختلف من حيث القدرات المالية، فبعضها من الدول المتقدمة اقتصاديا، وبعضها من الدول النامية كالاردن والعديد من الدول العربية، وهذا ما يؤثر بشكل كبير على تدفع السلع والخدمات الى هذه الدول مما يؤثر بشكل كبير على اقتصادها.

خطة البحث: يتطلب البحث في هذا الموضوع اعطاء فكرة مبسطة عن منظمة التجارة العالمية وكيفية انشائها، ومن ثم نتناول التعريفات الكمركية التي حددتها منظمة التجارة العالمية.

المبحث الاول

التعريف بمنظمة التجارة العالمية

عقدت منظمة التجارة العالمية على أساس أنها دائمة وليست منظمة مؤقتة. فلم يرد توقيتها بمدة معينة، بل أكدت ديباجة اتفاقية منظمة التجارة العالمية على دوامها فنصت على : " وإذ تعتزم لذلك إنشاء نظام تجاري متعدد الأطراف متكامل وأكثر قدرة على البقاء والدوام .."

ومن الواضح إن منظمة التجارة العالمية عقدت بعد عقد مؤتمرات عديدة بين الدول. ومن ابرز هذه المؤتمرات جولة أورغواي عام ١٩٩٣ وجولة مراكش عام ١٩٩٤. وأجريت مناقشات طويلة بين الدول ناقشت فيها نصوص الاتفاقية وشكلت لجنة لصياغتها من قبل خبراء وتمت الموافقة على عرض المشروع للتصويت عليه. وبعد مناقشة مستفيضة تمت الموافقة على المشروع المقترح الذي عرض على الدول للمصادقة عليه. بعد ان قامت الدولة باختيار ممثليها للتفاوض حول إنشاء المنظمة الدولية، وزودتهم بوثائق تفويض قدمت في أول لقاء لممثلي الدول بإيداع وثائق التفويض لدى الجهة راعية المؤتمر وهي وزارة خارجية الدولة المضيفة للمؤتمر.

وفي عام ١٩٤٧ عقد مؤتمر دولي في جنيف واقتبس المؤتمر الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة المؤرخة في ٣٠ تشرين الأول/اكتوبر ١٩٤٧ المرفقة بوثيقة اختتام الدورة الثانية للجنة التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والعمالة

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة المنعقد في هافانا عام ١٩٤٧. فأجرى عليها مؤتمر جنيف التعديلات وأطلق عليها اسم " اتفاقية الجات "٢٨" لتمييزها عن اتفاقية الأمم المتحدة. بحيث أصبحت الاتفاقية تنسجم والتوجهات الغربية الرأسمالية. وبذلك استطاعت الدول الغربية عزل الدول الاشتراكية عن النظام الاقتصادي الدولي. وتم عقد هذه الاتفاقية خارج حدود الأمم المتحدة، على الرغم إن أصول الاتفاقية مقتبسة من وثائق الأمم المتحدة.

وترتب على هذا العمل إن الوثيقة الختامية التي اعتمدتها الدورة الثانية للجنة التحضيرية لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والعمالة لم تطبق. فالدول الأعضاء في اتفاقية الجات اهتمت بهذه الاتفاقية بدلا من اهتمامها بالوثيقة الصادرة من الأمم المتحدة. فأصبحت الجات منافسة لوثيقة الأمم المتحدة.

والجات اختصار للعبارة الإنكليزية (GATT) وتعني " الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة". وانضمت للاتفاقية ٢٣ دولة عام ١٩٤٧ واصبح عددها ١١٨ دولة عام ١٩٩٤. وعلى الرغم من أن الجات ليست منظمة عالمية من الناحية القانونية وإن الدول المنضمة إليها لا يطلق عليها بالدول الأعضاء وإنما بالدول الأطراف بالاتفاقية، إلا أنها قد اكتسبت بالممارسة عبر ما يقرب من نصف قرن وضع المنظمة العالمية غير المعلنة التي تمارس مهامها من خلال سكرتارية دائمة في جنيف^{٢٩}. وكان السبب في عدم جعلها منظمة معلنة هو إلا تكون ندا معلنا ضد الأمم المتحدة، مما قد يدفع الدول الأخرى اتباع الأسلوب نفسه. وكان العمل يجري داخل الجات وهو متطابق مع أسلوب المنظمات الدولية وعملها بشكل لا يثير الدول الأخرى.

^{٢٨} الفقرة (٤) من المادة الثانية من اتفاقية منظمة إنشاء منظمة التجارة العالمية.
^{٢٩} الدكتور بشير العلاق، اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا ، مجلة شؤون سياسية العدد الأول ، السنة الأولى ١٩٩٤ مركز الجمهورية للدراسات الدولية ص ١٥١.

عقدت مؤتمر جنيف عام ١٩٤٧ من قبل (٢٣) دولة من الدول الصناعية والدول النامية بهدف التفاوض حول اتفاقية دولية لتحرير التجارة تكون بمثابة ترتيب مؤقت لحين اتضاح موقف الدول من التصديق على ميثاق هافانا الذي لم يكن قد اتضح في هذا الوقت. وبالفعل بدأت هذه المفاوضات على أساس ثنائي لتبادل التنازلات الكمركية على السلع المختلفة.

ومن أهم الأعمال التي قامت بها سكرتارية الجات الإشراف على جولات المفاوضات حول التعريفات الكمركية والقواعد والإجراءات المنظمة للتجارة الدولية بين الدول المنضمة للاتفاقية. وبعد انهيار الاتحاد السوفيتي عام ١٩٩١ لم يعد هناك مبررا ان تبقى اتفاقية الجات على شكلها السابق في زوايا معتمة فلا بد من ان تظهر للنور وإضفاء الشكل القانوني عليها لتكون منظمة عالمية تتولى تحرير التجارة العالمية^{٣٠}.

وبلغ عدد هذه الجولات ثمان جولات بما فيها الجولة الأخيرة التي اختتمت أعمالها في ١٥/١٢/١٩٩٣ والمعروفة بجولة أوروغواي. وبانتهاء هذه الجولة انتهى الوضع المؤسسي المؤقت للجات وتحولت إلى منظمة دائمة ذات كيان قانوني دولي يطلق عليها اسم منظمة التجارة العالمية.

والهدف الرئيس للجات هو تحرير التجارة الدولية بإزالة الحواجز التجارية الكمركية وغير الكمركية التي تضعها الدول في وجه تبادل السلع عبر الحدود الدولية وفتح الأسواق وإتاحة المجالات للمنافسة الدولية. ويقوم هذا الهدف على أساس من المبادئ الليبرالية الاقتصادية التي تذهب على ان حرية التجارة والحرية الاقتصادية عموما نفع لكل دولة على التخصيص في ما هي مؤهلة لإنتاجه بشكل افضل وارخص من غيرها من الدول بما تملكه من ميزة نسبية في إنتاجه. وإن الكفاءة في تخصيص

^{٣٠} للتفاصيل يراجع: صموئيل هنتنغتون ، الإسلام والغرب ، آفاق الصدام ، ط١ ، ترجمة مجدي شرشر ، مكتبة مدبولي القاهرة ١٩٩٥ ، ص. ١٩.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

الموارد داخل كل قطر وتقسيم العمل في ما بين دول العالم يصلان إلى المستوى الأمثل ويزداد الإنتاج وترتفع مستويات المعيشة في الدول جميعها. تعد جولتي أورغواي ومراكش من أهم الجولات التي مهدت لإنشاء منظمة التجارة العالمية:

أولا - جولة أورغواي

قبل ان تعقد جولة أورغواي عقدت العديد من الجولات منها جولة كندي في الأعوام ١٩٦٤-١٩٦٧ التي واكبت العديد من التطورات الاقتصادية العالمية المهمة تمثلت في إنشاء الجماعة الاقتصادية لأوروبا وانتهاجها لسياسة كمركية موحدة وقيام الولايات المتحدة بتعديل قانون التجارة القائم على مبدأ المعاملة بالمثل ليحل محله قانون توسيع التجارة الذي خول الرئيس الأمريكي وقتئذ صلاحيات أوسع في مجال مفاوضات تحرير التجارة الدولية على أسس جديدة. وتم الاتفاق على تخفيض كمركي عام بنسبة ٥٠% وبرزت الخلافات في هذه الجولة بين الولايات المتحدة الأمريكية والجماعة الأوروبية. وأسفرت جولة كندي عن التوصل إلى اتفاق لمكافحة الإغراق^{٤٣١}.

وفي الأعوام ١٩٧٣-١٩٧٩ عقدت جولة طوكيو في اليابان. وتعد هذه الجولة اكبر جولة إذ اتسع عدد الدول في المفاوضات ليصل إلى ١٠٢ دولة فضلا عن ان هذه الجولة استمرت لأكثر من ست سنوات وتمخضت عنها تطورات غير مسبوقة على صعيد تحرير التجارة الدولية. وتم تخفيض التعريفات الكمركية. والتوصل إلى العديد من الاتفاقيات الدولية أسهمت في تخفيف القيود ومعالجاتها

^{٤٣١} إسامة المجدوب، الجات ، ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش، الدار المصرية اللبنانية ط ٢ ١٩٩٦، ص ٤٦.

لجانِب من المشكَلات الناجمة عن تحرير التبادل التجاري الدولي وتقوية النظام القانوني لاتفاقية الجات^{٤٢}.

وحاولت الدول الصناعية مواصلة السيطرة على النظام الاقتصادي العالمي ومحاولتها في احتواء المنازعات الداخلية فيما بين الدول الأعضاء. وكان ضعف الاتحاد السوفيتي قد وفر الفرص نحو تحقيق عقد جولة نحو عقد جولة أوروغواي عام ١٩٨٦، لاسيما بعد ازدياد حدة الصراع بين الدول الصناعية على الأسواق الخارجية وعلى حماية أسواقها المحلية من المنافسين وازدياد درجة الفوضى في النظام التجاري الدولي والتجاوز على قواعد الجات أو التحايل عليها وشعور الولايات المتحدة بتآكل نفوذها الاقتصادي على الرغم من تعاضد دورها السياسي والعسكري وما سببته أزمة الطاقة وظهور بؤابر كساد عالمي، وتنامي الاقتصاد الآسيوي فظهرت الدعوة لعقد مؤتمر أوروغواي لتنشيط الجات.

واقترحت المجموعة الأوروبية أن تكون هذه المنظمة خارج إطار الأمم المتحدة بحيث يمكنها إقامة علاقات تعاقدية مع كل من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتشكّل معهما ثالوثا متكاملا لإدارة شؤون الاقتصاد الدولي وفقا لما كان مقررًا عام ١٩٤٧ عند قيام مؤسسات بريتون وودز. وتضمنت الوثيقة الختامية لجولة أوروغواي (٢٨) وثيقة قانونية^{٤٣}.

^{٤٢} المصدر نفسه ، ص ٤٨.

^{٤٣} وهذه الوثائق هي: الاتفاق الختامي لنتائج جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف. وبرتوكول الوصول للأسواق للتجارة في السلع. واتفاقية التجارة في الخدمات. واتفاقية الأوجه التجارية لحقوق الملكية الفكرية. واتفاقية الزراعة والإجراءات الصحية. واتفاقية المنسوجات والملابس. والأوجه التجارية لإجراءات الاستثمار. وبرتوكول جولة أوروغواي للاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة. واتفاق قواعد المنشأ. واتفاق تفتيش ما قبل الشحن. واتفاقية مكافحة الإغراق. واتفاقية العوائق الفنية للتجارة. واتفاق إجراءات تراخيص الاستيراد. واتفاقية الدعم والإجراءات التوازنية. واتفاق احتساب قيمة الكمارك. ، اتفاق المشتريات الحكومية. واتفاقية إجراءات الوقاية. ومذكرة تفاهم حول إجراءات تسوية المنازعات. وعناصر النظام المتكامل لتسوية المنازعات. واتفاقية قيود موازين المدفوعات. ومذكرة تفسيرية للمادة الثانية من اتفاقية الجات

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

وتعد جولة مفاوضات أوروغواي وما تمخضت عنه من وثائق قانونية أسهمت في بناء مستقبل منظمة التجارة العالمية. ووضعت هذه الجولة العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيم التجارة الدولية وحلت العديد من المسائل المهمة. وفي ١٥-٢٠ من أيلول عام ١٩٨٦ عقد الاجتماع الوزاري في أوروغواي وأصدر الاجتماع إعلاناً ببدء جولة جديدة للمفاوضات التجارية بين الأطراف المتعاقدة في الجات وينقسم الإعلان الوزاري إلى ثلاثة أقسام: ثانياً - إعلان مراكش

اعتمدت في مراكش عام ١٩٩٤ (الوثيقة الختامية المتضمنة لنتائج جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف) واستغرقت المفاوضات سبع سنوات تباينت فيها المواقف وتصادمت مجموعات الدول المختلفة. واشتركت في الجولة (١٢٢) دولة. وتضمنت الوثيقة التي قدمها (آرثر دنكل) سكرتير عام الجات في ذلك الوقت مشروعاً متكاملاً لوثيقة ختامية للجولة وتضمنت (٢٨) وثيقة قانونية ما بين اتفاقية وقرار ومذكرة تفاهم لتفسير بعض مواد اتفاقية الجات الأصلية لتغطي مجالات كافة التفاوض التي تم التوصل إليها في أوروغواي عام ١٩٨٦.

ومن بين هذه الوثائق مشروع اتفاقية منظمة التجارة الدولية والذي أطلق عليه اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية. **MARRAKESH AGREEMENT ESTABLISHING THE WORLD TRADE ORGANIZATION واختصاراً (WTO)** وبعد مرور ثمانية أشهر جرى خلالها التصديق على هذه الاتفاقيات من جانب الهيئات التشريعية في الدول

الخاصة بالتنازلات الإضافية. ومذكرة تفسيرية للمادة (١٧) من اتفاقية الجات. ومذكرة تفسيرية للمادة (٢٤) من اتفاقية الجات الخاصة بالترتيبات الإقليمية. ومذكرة تفسيرية للمادة (٢٥) من اتفاقية الجات الخاصة بتنظيم الإعفاءات. ومذكرة تفسيرية للمادة (٢٨) من اتفاقية الجات الخاصة بالتحلل المؤقت من الالتزامات. وأسلوب عمل نظام الجات. والقرار الوزاري لتعويض الدول النامية المستوردة الصافية للغذاء والأقل نمواً. يراجع :
إسامة المجذوب، مصدر سابق ص ٦٢.

الأعضاء. وفي ذلك الوقت تقدمت (٤٠) دولة بطلبات العضوية قبل عدد منها. ومن الدول العربية الأعضاء في المنظمة كل من مصر والمغرب وتونس وموريتانيا والأردن والكويت والبحرين وقطر ودولة الإمارات العربية المتحدة. ومن الدول العربية التي تمتعت بصفة مراقب كل من السعودية والجزائر ولبنان والسودان وعمان واليمن.

واتفق الممثلون على ان تفتح اتفاقية منظمة التجارة العالمية للقبول برمتها ككل متكامل للتوقيع من جانب المشاركين جميعهم طبقا لمادتها الرابعة عشر^{٣٤}. وهذا يعني أنه لا يحق لأية دولة التحفظ على مادة من مواد الاتفاقية. فعلى الدول أما ان تقبل بالاتفاقية ككل أو ترفضها. وتعد هذه المنظمة منظمة دولية عالمية^{٣٥}. وهي ما يطلق عليها بالعولمة الاقتصادية^{٣٦}.

واعتمد المؤتمر سبع وثائق تمثل حصيلة سبع سنوات من المفاوضات الثنائية ومتعددة الأطراف وهي:

- ١- قرار بقبول الانضمام لمنظمة التجارة العالمية WTO.
- ٢- قرار بإنشاء اللجنة التحضيرية المعنية بإجراءات إنشاء المنظمة وتحديد نطاق ولايتها.
- ٣- قرار بدراسة الانعكاسات المالية والإدارية المترتبة على إنشاء المنظمة.

^{٣٤} الوثيقة الختامية للمفاوضات المنعقدة في مراكش الصادرة في ١٥/نيسان - أبريل ١٩٩٤.

^{٣٥} يراجع للتفاصيل عن المنظمات الدولية: الدكتور عبد السلام صالح عرفه، المنظمات الدولية والإقليمية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان بنغازي ١٩٩٩.

كذلك يراجع: الدكتور صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، النظرية العامة، ط٣ القاهرة ١٩٨٣.

^{٣٦} يراجع عن العولمة: وماجد عبد الله المنيف، النفط والعولمة الاقتصادية، مجلة السياسة الدولية العدد ١٤٢ تشرين الأول لسنة ٢٠٠٠.

وكذلك يراجع: توماس ل. فريدمان، محاولة لفهم العولمة، ترجمة ليلى زيدان، ط١ الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) المَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

- ٤- قرار بدارسة العلاقة بين التجارة والبيئة وإنشاء لجنة دائمة لهذا الموضوع .
 - ٥- الموافقة على إصدار إعلان مراكش الذي يعد تلخيصا لنتائج جولة أوروغواي.
 - ٦- اعتماد الوثيقة الختامية للجولة وإحالتها إلى الوزراء للتوقيع عليها.
 - ٧- اعتماد اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية وملحقاتها من الاتفاقيات والقرارات و الإعلانات وإحالتها إلى الوزراء للتوقيع عليها.
- ووقعت الوثيقة (١١١) دولة من الدول المشاركة في الجولة. وأسفرت جولة مراكش عن إنشاء منظمة التجارة العالمية التي سبق للمجتمع الدولي أن اخفق في إنشائها منذ مؤتمر هافانا عام ١٩٤٧ نظرا للتغنت والتخوف الأمريكي من أن يؤدي إنشاؤها إلى تقليص السيادة الأمريكية المطلقة على سياستها التجارية الدولية. واستمرار الحفاظ على المعاملة التفضيلية للدول النامية خاصة الدول الأقل نموا^{٤٣٧}.

تشرف منظمة التجارة العالمية على تنفيذ الاتفاقيات الآتية:

- أ- اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية. وهي اتفاقية مراكش الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية المعقودة في مدينة مراكش المغربية عام ١٩٩٤.
- ب- الاتفاقيات الملحقه باتفاقية المنظمة والتي تعد جزءا منها وان الانضمام إلى المنظمة يتطلب ضرورة الانضمام لهذه الاتفاقيات ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الجات الأولى لعام ١٩٤٧ واتفاقية الجات الثانية لعام ١٩٩٤ والاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة واتفاقية امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢١/تشرين الثاني/ ١٩٤٩. وبصورة عامة فإن الاتفاقيات الملحقه باتفاقية منظمة التجارة العالمية رقم ١ و٢ و٣ تعد جزءا من اتفاقية المنظمة.

^{٤٣٧} إسامة المجذوب، مصدر سابق، ص ٦٦.

ت- الاتفاقيات الملحقة بالمنظمة التي يترك للدول حرية الانضمام إليها. ومن هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الخاصة بالتجارة متعددة الأطراف الملحق رقم (٤). وهي الاتفاقيات الملزمة للدول التي قبلتها فقط.

ث- الاتفاقيات المعقودة بين الأطراف الأعضاء في إطار منظمة التجارة العالمية. وبالنظر لتعدد الاتفاقيات الملحقة باتفاقية منظمة التجارة العالمية والمحقة بها والمعقودة في نطاقها فأن من المحتمل ان يحصل تعارض بين هذه الاتفاقيات. فأي من هذه الاتفاقيات واجبة التطبيق؟.

في حالة التعارض بين هذه الاتفاقيات فأن الحجية تكون لاتفاقية منظمة التجارة العالمية في حدود التعارض^{٣٨}. فإذا ما عقدت اتفاقية عامة في إطار منظمة التجارة العالمية أو اتفاقية خاصة معقودة بين الدول الأعضاء في المنظمة وكانت نصوص هذه الاتفاقية تتعارض مع اتفاقية منظمة التجارة العالمية فأن الغلبة تكون لاتفاقية منظمة التجارة العالمية.

^{٣٨} نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة عشر من اتفاقية منظمة التجارة العالمية على ما يأتي: " إذا حدث تعارض بين حكم وارد في هذه الاتفاقية وحكم وارد في أي من الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف تكون الحجية بهذه الاتفاقية في حدود التعارض".

المَبْحَثُ الثَّانِي

قَوَاعِدُ تَحْدِيدِ التَّعْرِيفَةِ الْكَمْرِكِيَّةِ

فِي مُنَظَّمَةِ التِّجَارَةِ الْعَالَمِيَّةِ

تَقُومُ مُنَظَّمَةُ التِّجَارَةِ الْعَالَمِيَّةِ عَلَى أَسَاسِ اتِّفَاقِيَّاتِ الْجَاتِ الْمَعْقُودَةِ عَامَ

١٩٤٧.

أَوَّلًا - مضمون اتفاقية الجات

كان الهدف الأساس من عقد اتفاقية الجات عام ١٩٤٧ إجراء تخفيض متتابع في الرسوم الكمركية وإلغاء هذه الرسوم من بعض السلع تشجيعا لنمو التجارة العالمية. وكان الجانب التعاقدى للجات الذي كان مقصورا على الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة قد تطور بمرور الزمن بحيث أصبح يشتمل في صيغته النهائية على ثلاثة أنواع من الاتفاقيات الدولية:

١ - الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة وما أدخل عليها من تعديلات وأضيف إليها من شروح وإيضاحات وما استحدث فيها من مواد وخصوصا المواد من ٣٦ إلى ٣٨ من الاتفاقية.

٢ - أصبحت المادة (٣٨) من الاتفاقية تشكل الجزء الرابع من الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة. وتم إدخال هذا الجز في سنة ١٩٦٥ ليعالج قضايا التجارة والتنمية ويؤكد تعهد الدول المتقدمة بمساعدة الدول النامية من استخدام إجراءات خاصة لتشجيع تجارتها وتنميتها ومنحها معاملة تفضيلية من دون التزام مقابل من جانبها.

٣- مجموعة أخرى من الاتفاقيات التي تم التوصل إليها وخصوصا في نهاية جولة مفاوضات طوكيو ١٩٧٣-١٩٧٩ وهي ما يطلق عليه الاتفاقيات الجماعية التي لا تلزم الدول المنظمة جميعها إلى الجات، وإنما يسرى مفعولها فقط على مجموعة الدول المنظمة لهذه الاتفاقيات. وحولت جولة أوروغواي عددا من هذه الاتفاقيات إلى اتفاقيات متعددة الأطراف ملزمة للدول الأطراف في الجات جميعها مثل اتفاق مكافحة الإغراق واتفاق الدعم وإجراءات مواجهته واتفاق القيود الفنية على التجارة.

٤- اتفاقية الألياف المتعددة التي تنظم التجارة في المنسوجات والملابس على وفق استثناء من القواعد العامة للجات إذ تحدد هذه الاتفاقية حصصا كمية لصادرات الدول النامية من المنسوجات والملابس إلى الدول المتقدمة وتشرف على تنفيذ هذه الاتفاقية لجنة خاصة في الجات^{٣٩}.

وتتولى الجات ثلاث وظائف هي:

١- الإشراف على تنفيذ المبادئ والقواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقيات المختلفة المشار إليها سابقا فيما يتعلق بتنظيم التجارة الخارجية بين الأطراف المتعاقدة في الجات.

٢- تنظيم جولات المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف من أجل إحراز مستويات أعلى لتحرير التجارة وجعل العلاقات التجارية بين الدول أكثر شفافية وأكثر قابلية للتنبؤ واقل إثارة للمنازعات.

^{٣٩} الدكتور إبراهيم الميسوي، الجات وأخواتها، النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية ط ٣، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ٢٠٠١، ص ٢٠.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

٣- تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول بشأن علاقاتها التجارية أي القيام بوظيفة المحكمة الدولية التي تنظر في القضايا التي يرفعها طرف متعاقد في الجات ضد طرف آخر^{٤٠}.

ويتضح من ذلك ان اتفاقية الجات لعام ١٩٤٧ وضعت القواعد بإنشاء التجارة العالمية من نواحيها جميعا^{٤١}.

ثانياً - المبادئ الرئيسية للجات

تسعى الجات إلى إزالة الحواجز المفروضة على التجارة الخارجية وفتح الحواجز أمام الأسواق والدخول في مفاوضات مع غيرها من الدول المنضمة إلى الاتفاقية لتبادل التخفيضات الكمركية أو التنازلات وفقاً لمصطلحات الجات وتتعهد الأطراف أو الدول المتعاقدة بالالتزام بمجموعة من القواعد والإجراءات والضوابط لتنظيم التجارة الدولية فيما بينها. وتتضمن القواعد الآتية أهم التزامات الدول المنضمة:

١- تعد التعريفات الكمركية الوسيلة الوحيدة للحماية لتقييد الواردات من الدول الأخرى كقاعدة عامة وعدم اللجوء إلى القيود غير التعريفية التي تفرض على بعض الدول مثل نظام الحصص الكمية إلا في حالات خاصة وطبقاً لإجراءات محددة في الاتفاقية ومن أمثلة هذه الحالات الخاصة ما تضمنته المادة (١٢) من اتفاقية الجات التي تخول الدول المتعاقدة تقييد تجارتها لأغراض تصحيح الخلل الجسيم الطارئ في ميزان المدفوعات ويطلق على هذا الالتزام مصطلح الشفافية. إذ إن التعريفات الكمركية يتم إدراجها في جداول التزامات كل دولة ومن ثم تكون معروفة لكل دولة.

^{٤٠} الدكتور إبراهيم الميسوي، مصدر سابق، ص ٢١.

^{٤١} الدكتور عبد الله بلقزيز وآخرون، إشكالية العلاقة الثقافية مع الغرب، مركز دراسات الوحدة العربية، ط ١ بيروت أيار ١٩٩٧ ص ٢٢٤.

- ٢- التعهد بأن استخدام التعريفات أو غير ذلك من القيود بطريقة غير تمييزية. فالمنتج المستورد من أية دولة متعاقدة يعامل بالطريقة نفسها التي يعامل بها المنتج المستورد من دولة متعاقدة أخرى أو ان تجارة أية دولة متعاقدة معينة ستلقى معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي تلقاها تجارة أية دولة متعاقدة في المادة الثانية من اتفاقية الجات.
- ٣- التخلي عن الحماية وتحرير التجارة الدولية على المدى الطويل ويتم ذلك بصفة أساسية من خلال الدخول في مفاوضات للخفض المتبادل للتعريفات الكمركية وربط هذه التعريفات والالتزام برفعها بعد ذلك وفقاً لإجراءات محددة قد تنطوي على تقديم تعويضات إلى الأطراف المتضررة من زيادة التعريفات حتى تكون خطوات تخفيف الحماية غير قابلة للارتداد.
- ٤- الالتزام بتعميم المعاملة الممنوحة للدولة الأكثر رعاية. ونص على هذا المبدأ في المادة الأولى من اتفاقية الجات ويقصد به أن أية ميزة أو حصانة أو معاملة تفضيلية أخرى يمنحها طرف متعاقد للمنتج الناشئ في أية دولة أخرى أو المنتج المتجه إليها ستمنح فوراً من دون قيد أو شرط للدول المتعاقدة الأخرى في الجات كلها.
- ٥- المعاملة القومية. وقد ورد هذا المبدأ في المادة الثالثة من اتفاقية الجات ويقضي في جوهره بعدم اللجوء إلى القيود غير التعريفية مثل الضرائب أو الرسوم أو القوانين والقرارات والإجراءات التنظيمية الأخرى كوسيلة لحماية المنتج المحلي ومن ثم التمييز ضد المنتج المستورد. فالدول المتعاقدة في الجات تلتزم أن تعطي السلعة المستوردة معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي تمنحها للسلعة المناظرة المنتجة محلياً.
- ٦- الامتناع عن سياسة الإغراق. إذ ألزمت المادة السادسة من اتفاقية الجات الأطراف المتعاقدة في الجات بعدم تصدير منتجاتهم بأسعار أقل من السعر

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

الطبيعي لهذه المنتجات في بلادهم، إذا كان من شأن ذلك إيقاع ضرر جسيم بمصالح المنتجين المحليين في الدولة المتعاقدة المستوردة أو التهديد بوقوع مثل هذا الضرر. وتخول المادة المذكورة الطرف المتعاقد فرض رسم تعويضي لإلغاء أثر الإغراق أو منع حدوثه أصلا من جانب أية دولة أخرى.

٧- الامتناع عن دعم الصادرات. إذ منعت المادة (١٦) من اتفاقية الجات قيام طرف متعاقد بمنح دعم للصادرات لأي منتج قد يؤدي إلى إيقاع الضرر بطرف متعاقد آخر سواء أكان مستوردا أم مصدرا.

٨- اللجوء إلى إجراءات وقائية في حالات الطوارئ. حيث أجازت المادة (١٩) من اتفاقية الجات للدول عندما تواجه تدفقا مفاجئا وضخما من الواردات لسلع معينة على نحو يلحق ضررا جسيما بالمنتجين المحليين لهذه السلع أو يهدد بوقوع مثل هذا الضرر ان تفرض قيودا تجارية على هذه السلع من خلال وقف ما سبق أن تعهدت به من التزامات في التعريفات الجمركية على هذه السلع جزئيا أو كليا.

٩- في حالة وقوع أزمة في ميزان المدفوعات تلتزم الدول بالتقييد الكمي للتجارة. إذ أجازت المادة (١٢) من اتفاقية الجات للدول عندما تواجه انخفاضا جسيما في احتياطاتها الدولية أو يهددها مثل هذا الخطر بعد أن وصلت إلى مستوى شديد الانخفاض أن يفرض قيودا على كمية أو قيمة السلع المسموح باستيرادها.

١٠- معاملة الدول النامية بشكل متميز. حيث منحت المادة (٧٨) من اتفاقية الجات للدول النامية حماية الصناعات الناشئة لديها من خلال تمتعها بإجراءات إضافية تمنحه مرونة كافية في تعديل هيكل التعريفات الجمركية بما يوفر الحماية اللازمة لقيام صناعة ما. وتطبق قيود كمية لاحتواء الخلل في ميزان المدفوعات الناتج من الزيادة الكبيرة والمستمرة في الطلب على الواردات المترتبة على برامج التنمية الاقتصادية. ويتم اتخاذ إجراءات الحماية وفقا لإجراءات محددة تتضمن

إخطار الجات بنية الطرف المتعاقد على اتخاذ هذه الإجراءات كما تتضمن الدخول في مفاوضات تجارية مع الأطراف الأخرى التي قد تتأثر بهذه الإجراءات^{٤٢}.

١١- تنظيم العلاقات التجارية بشكل قانوني بين التزامات الأطراف المتعاقدة وحقوقها لتحقيق التوازن وتحرير التجارة بينها من خلال وضع القواعد والإجراءات لتحقيق عملية تحرير التجارة وفض النزاعات التي تنشأ بينها^{٤٣}.

وطبقا للجزء الرابع من الجات (المواد من ٣٦-٣٨) الخاص بقضية التجارة والتنمية. تناولت الإستثناءات التي تتمتع بها الدول النامية التي يطلق عليها عبارة المعاملة المتميزة والأكثر تفضيلا وهذا الجزء من المعاهدة ينطوي على إعفاء الدول النامية من تقديم مقابل كامل لكل ما تقدمه الدول المتقدمة من تنازلات أو تخفيضات كمركية. كما أقرت جولة طوكيو للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف (١٩٧٣-١٩٧٩) ما يعرف بـ (قاعدة التمكين). ومعناها أن الأطراف المتعاقدة في الجات مجتمعة قد تمكن الدول النامية من استخدام إجراءات خاصة لتشجيع تجارتها وتنميتها ومن المشاركة على نطاق أوسع في التجارة العالمية طبق للمادة (٣٦) من الاتفاقية العامة.

ويمكن للدول النامية وشكل خاص الدول العربية الاستفادة من هذه القاعدة في الحصول على مزايا تجارية من الدول المتقدمة لا يجري تعميمها على بقية الأطراف المتعاقدة. وهو ما يعني الإعفاء من الالتزام بمبدأ تعميم معاملة الدول الأكثر رعاية وتقنين النظام العام للتفضيلات في الجات بعد إن كان يطبق كاستثناء طبقا للمادة (٢٥) من الاتفاقية. كما يمكن للدول النامية الاستفادة من تبادل المزايا فيما بينها من

^{٤٢} الدكتور إبراهيم الميسوي، مصدر سابق ، ص ٢١. كذلك يراجع الدكتور إسامة المجذوب مصدر سابق ، ص ٣٨.

^{٤٣} Vaisos G. Radicah, Technological the New Order in the World Economy. The European Journal of Development Research ,Vol. 1. No. 1 , 1989, p.63.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العَدَدُ الثَّانِي السَّنَةُ السَّادِسَةُ تَمُوز ٢٠١٦.

دون تعميمها على بقية الأطراف المتعاقدة استثناء من المادة (٢٤) المتعلقة بالاتحادات الكمركية والمناطق الحرة^{٤٤}.

والملاحظ أن اتفاقية الجات جاءت للتقليل من أهمية المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة والحد من خطورته. وإن هذه الاتفاقية جاءت كرد فعل ضد الاتحاد السوفيتي والمجموعة الاشتراكية التي حاولت بناء الجدار الحديدي لمنع تدخل الدول الرأسمالية في اقتصاديات هذه المجموعة، جاءت اتفاقية الجات لتبني جدارا حديديا آخر حول الجدار الذي فرضته هذه المجموعة على نفسها من أجل إسقاطها ليس بوسائل الحرب بل بالوسائل الاقتصادية وقد نجحت الدول الغربية في تحقيق ذلك إلى حد بعيد. وهي تؤثر بشكل كبير على الدول العربية^{٤٥}.

القسم الأول- التجارة الدولية في السلع

تضمن هذا القسم مجموعة من الأهداف والمبادئ المتعلقة بتنظيم التجارة في السلع ويهدف إلى تحقيق ما يأتي:

- ١- تحقيق المزيد من التحرر والتوسع في التجارة الدولية لصالح الدول كافة خاصة الدول النامية بما في ذلك تحسين فرص وصول السلع إلى الأسواق وإزالة العوائق التجارية كافة.
- ٢- تقوية دور الجات وتحسين النظام التجاري الدولي على أساس مبادئ وقواعد الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة وتوسيع نظام التجارة الخاصة لأحكام هذه الاتفاقية.

^{٤٤} الدكتور إبراهيم الميسوي، مصدر سابق، ص ٢٠.

^{٤٥} للتفاصيل يراجع: علاء جبار أحمد سعيد، الدولة القطرية العربية بين العولمة والخيار القومي العربي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم السياسية جامعة بغداد ١٠٠١. ص ١٠ وما بعدها.

- ٣- زيادة قدرة الجات على التجاوب مع المتغيرات الاقتصادية الدولية وتقوية علاقتها بالمنظمات الدولية الأخرى مع الوضع في الاعتبار التغير الطارئ على أنماط التجارة الخارجية بما فيها التجارة في التكنولوجيا المتطورة والصعوبات التي تواجهها صادرات السلع الأولية وأهمية تمكين الدول التي تعاني من مشكلة المديونية من الوفاء بالتزاماتها المالية.
- ٤- التعاون بهدف تقوية العلاقة بين السياسات التجارية والسياسات الاقتصادية التي تؤثر في النمو والتنمية والسعي لتحسين أداء النظام النقدي الدولي وضمان استمرار التدفقات المالية والاستثمارات الحقيقية للدول النامية^{٤٦}.
- ووضعت الجولة المبادئ الآتية:
- أ- ان تتم المفاوضات وفقا للمبادئ العامة للجات ولاسيما مبدأ الشفافية وتحديد الفائدة للمشاركين.
- ب- تعد نتائج هذه الجولة بمثابة صفقة متكاملة لا تتجزأ بحيث تقبل أو ترفض برمتها دون اختيار أو انتقاء.
- ت- تحقيق التوازن في التنازلات المقدمة من الدول المختلفة.
- ث- تأكيد استمرار المعاملة التفضيلية الممنوحة للدول النامية وفقا للباب الرابع من اتفاقية الجات الأصلية وقرار الأطراف المتعاقدة في ٢٨/تشرين الثاني/١٩٧٩.
- ج- عدم توقع الدول المتقدمة ان تقدم الدول النامية تنازلات مساوية لتنازلاتها وإنما تراعي في ذلك الإطار متطلبات التنمية في الدول النامية.
- ح- لا تلتزم الدول الأقل نمواً بالمشاركة الكاملة في تقديم التنازلات للأطراف الأخرى وإنما يرتبط ذلك بمدى التحسن الطارئ على الأوضاع الاقتصادية والتجارية لهذه الدول.

^{٤٦} أسامة المذوب مصدر سابق، ص ٥٧.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السَّنَةِ السادسة تموز ٢٠١٦.

خ- منح الأعضاء الأقل نموا اهتماما خاصا لتمكينها من توسيع تجارتها الخارجية وتقويتها في ضوء ما جاء بالإعلان الوزاري لعام ١٩٨٢ من معاملة خاصة ممنوحة لهذه الدول^{٤٧}.

القسم الثاني- التجارة في الخدمات

يهدف هذا القسم إلى وضع إطار متعدد الأطراف من المبادئ والقواعد المنظمة لعملية التجارة في الخدمات مع إمكانية التوصل إلى ضوابط محددة للقطاعات الخدمية المختلفة بهدف توسيع نطاق التجارة فيها وفقا لمبادئ الشفافية والتحرير التدريجي مع الأخذ في الاعتبار متطلبات التنمية في الدول النامية.

القسم الثالث - تنفيذ القسمين الأول والثاني

ينص هذا لقسم على أنه بمجرد استكمال نتائج المفاوضات التجارية متعددة الأطراف في المجالات كافة فإنه يعقد اجتماع وزاري في دورة خاصة للأطراف المتعاقدة لاتخاذ قرار بشأن إجراءات التنفيذ والتطبيق الدولي لهذه الاتفاقيات والنتائج التي تسفر عنها المفاوضات.

^{٤٧} أسامة المذوب مصدر سابق، ص ٥٨.

الخاتمة :

عملت مُنظَمةُ التِّجَارَةِ الْعَالَمِيَّةِ عَلَى مَا يَأْتِي:

- ١ - تخفيض جميع الرسوم الكمركية السارية على السلع بما في ذلك التعريفة الناجمة عن إزالة القيود غير التعريفية. ذلك وفقاً لنسب متفق عليها وإطار زمني محدد تراعي فيها الظروف الاقتصادية للدول النامية ومن هذا المنطلق نصت الاتفاقية على التزام الدول المتقدمة بتخفيض تعريفاتها الكمركية على السلع الزراعية بمتوسط إجمالي ٣٦ بالمئة وعلى مدى مدة لا تتجاوز ست سنوات. ويكون الخفض بالنسبة للدول النامية بنسبة ٢٤% على مدى عشر سنوات.
 - ٢ - تخفيض الدعم الداخلي الذي تمنحه الحكومات للإنتاج المحلي ونظراً لاختلاف وتعدد الأسباب التي تدفع الدول لتقديم الدعم لهذا القطاع وفقاً لاختلاف مستويات التنمية فيها، أعفت الاتفاقية بعض أنواع الدعم من الخفض المقرر مثل دعم الأبحاث والتطوير والدعم المقدم بهدف الإرشاد الزراعي ومقاومة الآفات والأمراض الزراعية والمقدم لتنمية بعض المناطق أو المنتجين طالما لم يرتبط بحجم الإنتاج الزراعي كذلك برامج تشجيع التنمية الزراعية الريفية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من برامج التنمية.
- التوصيات:

- عملت مُنظَمةُ التِّجَارَةِ الْعَالَمِيَّةِ مِنْ خِلَالِ تخفيض التعريفة الكمركية وَهَذَا مَا يُؤَدِّي إِلَى حُرِيَّةِ انْتِقَالِ السلع والخدمات بَيْنَ الدُّوَلِ وَهُوَ مَا يُؤَدِّي إِلَى تدمير البنية الأساسية للدول النامية. وَبِنَاءً عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّ الْبَاحِثَ يوصي بِمَا يَأْتِي:
- ١ - ضَرُورَةُ تنشيط القطاع الخاص الوطني والأجنبي في الأردن؛
 - ٢ - أَنْ تَعْمَلَ الدَّوْلَةُ عَلَى إنشاء مؤسسات عامة مُستَقِلَّةٍ عَنْ إِدارَةِ الدَّوْلَةِ.
 - ٣ - اتباع الأسلوب الذي اتبعته الصين في نقل التكنولوجيا.

١. إسامة المجدوب، الجات ، ومصر والبلدان العربية من هافانا إلى مراكش، الدار المصرية اللبنانية ط٢ ١٩٩٦.
٢. الدكتور إبراهيم الميسوي، الجات و أخواتها، النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية ط٣ ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ٢٠٠١..
٣. الدكتور بشير العلق، اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا ، مجلة شؤون سياسية العدد الأول ، السنة الأولى ١٩٩٤ مركز الجمهورية للدراسات الدولية.
٤. الدكتور صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، النظرية العامة، ط٣ القاهرة ١٩٨٣.
٥. الدكتور عبد السلام صالح عرفه، المنظمات الدولية و الإقليمية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان بنغازي ١٩٩٩.
٦. الدكتور عبد الله بلقزيز وآخرون ، إشكالية العلاقة الثقافية مع الغرب ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط١ بيروت أيار ١٩٩٧ .
٧. صموئيل هنتنغتون ، الإسلام والغرب ، آفاق الصدام، ط١، ترجمة مجدي شرشر ، مكتبة مدبولي القاهرة ١٩٩٥.
٨. علاء جبار أحمد سعيد، الدولة القطرية العربية بين العولمة والخيار القومي العربي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم السياسية جامعة بغداد ١٠٠١. ص ١٠ وما بعدها.
٩. ماجد عبد الله المنيف ، النفط والعولمة الاقتصادية ، مجلة السياسة الدولية العدد ١٤٢ تشرين الأول لسنة ٢٠٠٠.
١٠. الوثيقة الختامية للمفاوضات المنعقدة في مراكش الصادرة في ١٥/نيسان - أبريل ١٩٩٤.

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (١٢) العدد الثاني السُّنة السادسة - ٢٠١٦

١١. وكذلك يراجع: توماس ل. فريدمان، محاولة لفهم العولمة ، ترجمة ليلى زيدان ، ط ١ الدار الدولية للنشر والتوزيع ، القاهرة ٢٠٠٠.
١٢. الاتفاق الختامي لنتائج جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف
١٣. اتفاق المشتريات الحكومية. واتفاقية إجراءات الوقاية.
١٤. اتفاق قواعد المنشأ. واتفاق تفتيش ما قبل الشحن. واتفاقية مكافحة الإغراق.
١٥. اتفاقية التجارة في الخِدْمَات
١٦. اتفاقية العوائق الفنية للتجارة. واتفاق إجراءات تراخيص الاستيراد. واتفاقية الدعم والإجراءات التوازنية. واتفاق احتساب قيمة الكمارك. ،
١٧. اتفاقية قيود موازين المدفوعات
١٨. اتفاقية منظمة إنشاء منظمة التجارة العالمية.
١٩. بروتوكول جولة أوروغواي للاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة.
٢٠. واتفاقية الأوجه التجارية لحقوق الملكية الفِكْرِيَّة
٢١. واتفاقية الزراعة والإجراءات الصحية. واتفاقية المنسوجات والملابس. والأوجه التجارية لإجراءات الاستثمار.
٢٢. وبيروتوكول الوصول للأسواق للتجارة في السلع.

23.Vaisos G. Radicah, Technoligical the New Order in the World Economy. The European Journal of Development Research ,Vol. 1. No. 1 , 1989, p.63.