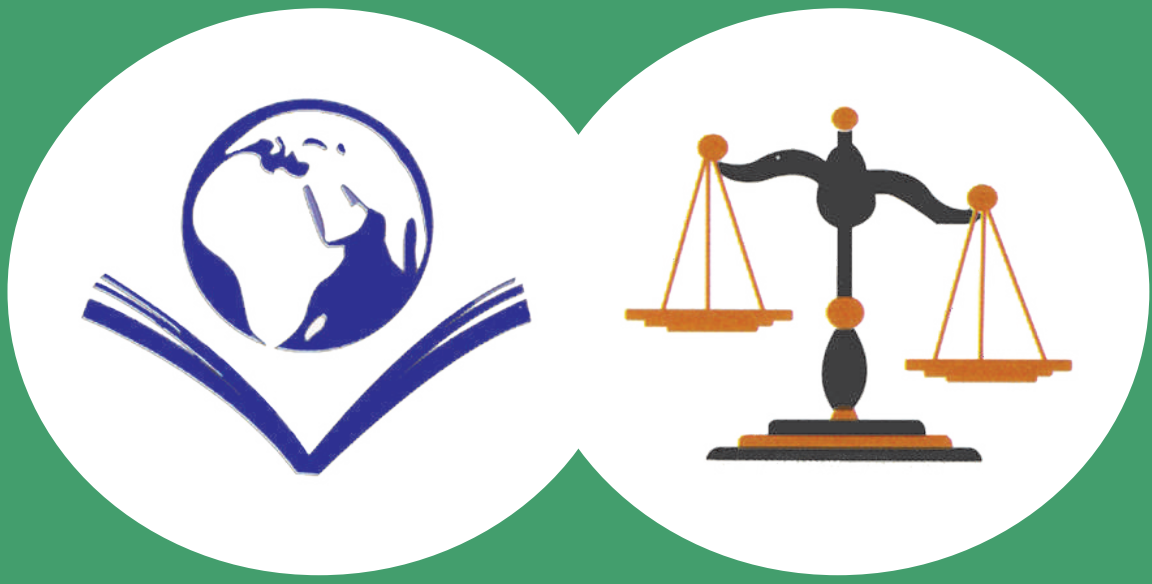
جامعة مؤتة

المملكة الأردنية الهاشمية

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund



المجلة الأردنية في

القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية عالمية متخصصة محكمة تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي

المجلد (١٣) العدد (٤) ٢٠٢١ م

الرقم المتسلسل
٥١

ISSN 2520 - 744X

المملكة الأردنية الهاشمية

جامعة مؤتة

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund

المجلّة الأردنيّة في

القانون والعلوم السياسية

مجلّة علميّة عالميّة متخصصة ومحكّمة

تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي

المجلد (١٣) العدد (٤) ٢٠٢١م

الناشر
عمادة البحث العلمي
جامعة مؤتة
الكرك / ٦١٧١٠ الأردن
فاكس: ٠٠٩٦٢٣-٢٣٩٧١٧٠
البريد الإلكتروني: Email:jjl_ps@mutah.edu.jo

المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(د/٢٠١٠/٧٤٢)

رقم التصنيف الدولي

ISSN 2520-744X
Key title: Jordanian journal of law and political sciences
abbreviated key title: Jordan. J. law polit. Sci.

- يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى

© ٢٠٢١م عمادة البحث العلمي
جميع الحقوق محفوظة، فلا يسمح بإعادة طباعة هذه المادة أو النقل منها أو تخزينها، سواء أكان ذلك عن طريق النسخ أم التصوير أم التسجيل أم غيره، وبأية وسيلة كانت: إلكترونية، أو ميكانيكية، إلا بإذن خطي من الناشر نفسه.

جامعة مؤتة

المجلد (١٣) العدد (٤) ٢٠٢١م

رئيس التحرير
أ.د مصلح ممدوح الصرايرة

مدير دائرة المجلات العلمية والبحث العلمي
سكرتير التحرير
د. خالد أحمد الصرايرة

هيئة التحرير

أ.د أمين عواد المشاقبة	أ.د نظام توفيق المجالي
أ.د جمال عبدالكريم الشلبي	أ.د فياض ملفي القضاة
أ. د محمد علي الخلايلة	أ.د. أنيس منصور المنصور
أ.د لافي محمد درادكة	د. نادية محمد قزمار

الهيئة الاستشارية للمجلة

أ.د كامل أبو جابر	أ.د هشام صادق علي
أ.د أحمد يوسف أحمد	أ.د عبود السراج
أ.د كامل السعيد	أ.د تونسي بن عامر
أ.د الأمراني محمد زنطار	أ.د محمد المسفر

التدقيق اللغويّ

أ.د فايز عيسي المحاسنة (عربي)

د. عبير عصر الرواشدة (انجليزي)

التحرير
د. محمود نايف قزق

التنضيد والإخراج الضوئيّ
عروبة الصرايرة

©حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

بسم الله الرحمن الرحيم

المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية عالمية محكمة

ترحب المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية بنشر البحوث والدراسات العلمية المتخصصة ذات الصلة بموضوعات القانون والعلوم السياسية، وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

أولاً: قواعد عامة للنشر في المجلة

- تنشر المجلة البحوث والدراسات الأكاديمية التي تتوافر فيها الجدّة والأصالة والابتكار والمنهجية السليمة، والتوثيق العلمي مع سلامة اللغة والتعبير.
- تنشر المجلة البحوث والدراسات الأكاديمية من داخل المملكة وخارجها، مكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.
- يشترط في البحث ألاّ يكون قد نشر أو قدم للنشر في أي مكان آخر، وعلى الباحث أن يتعهد بذلك خطياً عند تقديم البحث للنشر، ولا يجوز للباحث عند قبول بحثه للنشر في المجلة أن ينشره كاملاً أو مختصراً أو بأي لغة في أي وعاء آخر إلا بعد مرور سنة كاملة على تاريخ نشره فيها وبإذن كتابي من رئيس التحرير.
- تخضع البحوث والدراسات المقدمة إلى المجلة للتقويم والتحكيم السري وفق الأصول العلمية المتبعة، ويعتمد القبول النهائي على إجراء المؤلف/ المؤلفين للتعديلات التي يقترحها المحكمون، ويتحمل الباحث / الباحثون وحدهم مسؤولية محتوى بحوثهم ودراساتهم، وتكون الآراء التي ترد فيها معبرة عن آرائهم هم ولا يعكس بالضرورة آراء هيئة التحرير أو سياسة جامعة مؤتة أو سياسة اللجنة العليا للبحث العلمي أو وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
- عند قبول البحث للنشر تنقل جميع حقوق الملكية (الطبع والنشر) المتعلقة بالبحث إلى (الناشر) عمادة البحث العلمي/ جامعة مؤتة.
- تحتفظ هيئة التحرير بحقها في عدم نشر أي بحث أو دراسة دون إبداء الأسباب وتعد قراراتها نهائية، ولها أن تجري أي تعديلات شكلية، تراها مناسبة وتتناسب مع سياستها وأسلوبها.
- يحصل الباحث/ الباحثون أنفسهم على الإذن باقتباس المواد العلمية المنشورة وغير المنشورة وأن يشار صراحة إلى مصادر التمويل إن وجدت.
- يلتزم الباحث/ الباحثون بدفع النفقات المالية المترتبة على إجراءات التقويم في حال طلبه سحب البحث، ورغبته في عدم متابعة إجراءات التقويم.
- لا تدفع المجلة مكافأة على البحوث التي تنشر فيها.
- لا يخضع ترتيب البحوث في المجلة لأي اعتبارات.

ثانياً: قواعد تنظيمية للنشر

- يقدم البحث مطبوعاً بواسطة الحاسوب بحيث تطبع النصوص بخط نوع Simplified Arabic حجم (١٤) Normal، والهوامش بحجم (١٢)، أما البحوث باللغة الانجليزية أو الفرنسية فتطبع بخط نوع Time New Roman حجم (١٢) والهوامش بحجم (١٠)، وتكون جميعها على ورق (A4) وعلى وجه واحد، شريطة ألا يزيد عدد صفحاته عن (٣٥) صفحة شاملة المراجع والملاحق، أما هوامش الصفحات فتكون: العلوي ٢سم، السفلي ٣.٤سم، الأيمن ٣.٣سم، الأيسر ٣.٣سم، والفقرات: بداية الفقرة ٠.٧سم، المسافة بين الفقرات ٦نقاط، تباعد الأسطر (مفرد).
- يقدم الباحث/الباحثون أربع نسخ ورقية من البحث، واحدة منها يكتب اسم الباحث/الباحثين الثلاثية باللغتين العربية والانجليزية والرتبة الأكاديمية والعنوان البريدي والإلكتروني، ومكان العمل، والنسخ الثلاث الأخرى غفلاً من الأسماء أو أي إشارات إلى هوية الباحث/الباحثين. ونسخة على قرص ممغنط CD أو مرن قياس ٣.٥ Floppy انش متوافق مع أنظمة (Windows IBM).
- يرفق مع البحث ملخص باللغة العربية بالإضافة إلى ملخص آخر بلغة البحث على ألا تزيد كلمات الملخص عن(١٥٠) كلمة ويتبع كل ملخص بالكلمات المفتاحية (KeyWords).
- يرفق الباحث/الباحثون عند تقديم البحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه موجهاً إلى رئيس التحرير يذكر فيه: عنوان البحث، ورغبته في نشره بالمجلة، وتعهده بأن لا يرسله إلى جهة أخرى من أجل النشر، وعنوانه البريدي كاملاً والبريد الإلكتروني أو أي وسيلة اتصال يراها مناسبة ويذكر تاريخ إرساله واسمه الثلاثي.
- تحديد ما إذا كان البحث مستلاً من رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراة، وتوضيح ذلك في هامش صفحة العنوان وتوثيقها توثيقاً علمياً كاملاً على نسخة واحدة من البحث يذكر فيها اسم الباحث وعنوانه وأسماء لجنة المناقشة.
- التوثيق:

أ- يشار إلى المصادر في متن المخطوط بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين إلى الأعلى هكذا: [١]، [٢]، [٣]، وتبين بالتفصيل في أسفل كل صفحة وفقاً لتسلسلها في المتن.

ب- تثبت في نهاية البحث قائمة المصادر والمراجع مرتبة هجائياً بحسب اسم الشهرة كما يأتي:

١- الكتب Books

أ- في نهاية الرسالة:

اسم المؤلف ويبدأ باسم الشهرة أو الأسم الأخير دون ألقاب علمية، ثم الاسم الأول والثاني على الترتيب، عنوان الكتاب كاملاً، الناشر، مكان النشر، رقم الطبعة، سنة النشر. مثال:

السنهوري، عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤م.

Honnold, O. 1982. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nation Convention. Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer, Netherlands.

إذا كان للكتاب محقق أو مترجم يةضع اسمه بعد عنوان الكتاب مباشرة مسبوقاً بكلمة تحقيق أو ترجمة، مثال:

كلس، هانس، **النظرية المحضة في القانـــون**، ترجمة أكرم الوتري، مركز البحـــوث القانونية، بغـــداد، ط١، ١٩٨٦.

ب- في الهامش:

اسم الشهرة أو الاسم الأخير للمؤلف، عنوان الكتاب مختصراً، للجزء، رقم الصفحة، مثال:

السنهوري، الوسيط، ج٧، ص٥٨٢.

Honnold, Uniform Law for International Sales. pp. 50.

٢- بحوث في دوريات Research Papers Journal

أ- في نهاية الرسالة:

اسم الباحث، عنوان البحث، اسم المجلة، مكان النشر، رقم المجلد، رقم العدد، السنة، الصفحات، مثال:

الناهي، صلاح الدين، توحيد أحكام الإثبات في البلاد العربية، **مجلة القضاء**، بغداد ، العدد الأول، ١٩٨١، ص٣٥-٤٧.

Harfield, H. 1971. The Increasing Domesic Use of the Ietter of Credit Unfirm Commercial Code Law Journal, 4: 251–255.

ب- **الهامش:**

اسم الباحث مختصراً، عنوان البحث مختصراً، اسم المجلة، الصفحة، مثال:

الناهي، توحيد أحكام الإثبات، ص١٢.

Hardfield, S. The Increasing Domestic Use, pp. 253-258.

ج- فصل في كتاب Chapter in a Book

أ- في نهاية الرسالة

اسم المؤلف (مؤلف الفصل)، السنة، الفصل، عنوان الفصل، في، عنوان الكتاب، المحرر أو المحررون، الطبعة، الناشر، مكان النشر، الصفحات، مثال:

عباس، إحسان، ١٩٨٤، العرب في صقلية، في، مراجعات حول العروبة والإسلام وأوروبا، تحرير محمود السمرة، الطبعة الأولى، مجلة العربي، الكويت، ص٧١-٧٩.

Latifi, M. 1986. Commerical production of Anti – Snakebite Serum. In: Gands, C. and Gans, K. (editors), Biology of the Reptelia. Academic Press, New York.

ت- **في الهامش:**

اسم الباحث، عنوان البحث، الصفحة، مثال:

عباس، العرب في صقلية، ص٧١-٧٩.

Salter, M. Remedies for Banks . p . 131.

د-أحكام المحاكم Court Judgment:

تذكر اسم المحكمة التي أصدرت القرار ورقم القرار في سنته **(٩٤/٣)**، ثم مكان نشره ثم السنة التي نشر فيها إن وجدت ثم العدد إن وجد.

مثال في حال النشر في مجلة نقابة المحامين:

تمييز حقوق ٩١/٣٨٣، **مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، ١٩٩٣، ع١-٣، ص١٨١.

Insurance Co. of North America, V. Hertiage Bank, 595 Federal, Second, 171, 173 (3rd . Cir 1979).

هـ-وقائع المؤتمرات Proceedings:

المؤلف، العنوان، اسم الوقائع، رقم المجلد أو رقم العدد، مكان انعقاد المؤتمر، مكان نشر الوقائع، السنة.

مثال:

عاقل نبيه، مولد الحزبية السياسية وقضية الحكم، **المؤتمر الدولي الرابع لتاريخ بلاد الشام** (بلاد الشام في العهد الأموي)، المجلد الأول، الجامعة الأردنية، عمان ١٩٨٩م.

Carlier, P. and King, G. 1989. Qustel al-Balqa: An Umayyad Site in Jordan. Proceedings of the fourth International Conferece on the History of Bilad AL-sham, Vol. 11 . The University of Jordan, Amman, Jordan. PP .17-110.

و-الرسائل الجامعية Dissertation/Thesis:

المؤلف، السنة، عنوان الرسالة، رسالة ماجستير/دكتوراة، الجامعة، مكان الجامعة.

العبادي، عبد السلام داود، ١٩٧٣، **الكلية في الشريعة الإسلامية ووظيفتهـا وقيودها:** دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر القاهرة.

Swies, R. 1988. Construction Insurance in the Arab Gulf Area: An Anlysis of Cover and Contracts. Ph.D Thesis, The City University, London.

ع- غير منشور أو تحت الطبع Unpublished or in press:

المؤلف، السنة، عنوان المقالة، ذكر صفحة الاطلاع (غير منشور أو تحت الطبع أو مقـدم للنشـر أو اتصـالات خاصة).

القضاة، فياض، ٢٠٠٩، مدى فعالية رقابة مدقق الحسابات على أعمال مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة في القانون الأردني) مقدم للنشر.

Quisi, M. 1993. The Muslim Women and Muslims Practices, Submitted.

ف- منشورات المؤسسات Institutions Publications:

اسم المؤسسة، اسم الناشر، مكان المؤسسة، تاريخ النشر، مثال:

الجامعة الأردنية، الكتاب السنوي، عمان، ١٩٩١، الجامعة الأردنية .

North Eastern State University, 1980 -82 Catalogue, Oklahoma, 1982.

ل- المخطوط Manuscript:

المؤلف، اسم المخطوط، مكان المخطوط، رقم التصنيف، رقم الورقة أو الإشارة أي أنها ظهر (يرمز له بحرف ظ) أو بطن (يرمز له بحرف ب) وينص بين قوسين أن المصدر (مخطوط) مثال:

الدينوري، أبو أحمد بن مروان، المحاسبة، المكتبة الوطنية، صوفيا، OP1964 (مخطوط).

ك- الجرائد Newspapers:

١- الخبر News Item:

اسم الجريدة، مكان الصدور، العدد، التاريخ، الصفحة.

الدستور، عمان، ع٩٢٦٨، ١٣ حزيران، ١٩٩٣م.

Jordan Times, Amman, No. 5281, 12 April, 1993.

٢- غير الخبر Non-News Item:

اسم الكتاب، عنوان المقالة/القصيدة..، اسم الجريدة، مكان الصدور، العدد، التاريخ، الصفحة.

محمود درويش، احد عشر كوكباً، الدستور، عمان، ع٩١٦٥، آذار، ١٩٩٣م، ص٣٥.

Jordan Times, Amman, No. 5290, 24 aprial, 1993, pp. 35.

ن- تهدي المجلة الباحث الرئيس للبحث المنشور نسخة واحدة من العدد الذي نشر فيه البحث بالإضافة إلى عشـرين مستلة من البحث يتم توزيعها على الباحثين، في حين يتحمل الباحث/الباحثون نفقات أي مستلة أخرى.

ي- ترسل البحوث إلى العنوان التالي:

رئيس تحرير المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

عمادة البحث العلمي/جامعة مؤتة

ص.ب (١٩) رمز بريدي (٦١٧١٠)

المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

مجلة دورية محكمة تصدر عن اللجنة العليا للبحث العلمي – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي– وعمادة البحث العلمي في جامعة مؤتة، الكرك، المملكة الأردنية الهاشمية

ثمن العدد: (٣) دنانير

قسيمة الاشتراك

تصدر المجلة أربعة أعداد في السنة، ويدفع قيمة الاشتراك بالدينار الأردني أو ما يعادله بشيك أو بحوالة بنكية ترسل إلى:

رئيس تحرير المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية
عمادة البحث العلمي/ جامعة مؤتة
الكرك– الأردن

قيمة الاشتراك السنوي:

– للافراد:

- داخل الأردن: (١٠) دنانير
- خارج الأردن: (٣٠) دولاراً

– للمؤسسات:

- داخل الاردن: (٢٠) ديناراً
- خارج الأردن: (٤٠) دولاراً

– للطلبة: (٥) دنانير سنوياً

اسم المشترك وعنوانه:

الاسم	
العنوان	
المهنة	

طريقة الدفع: ☐ شيك ☐ حوالة بنكية ☐ حوالة بريدية

التوقيع: **التاريخ:** / / ٢٠

محتويات العدد

المجلد (١٣) العدد (٤) ٢٠٢١م

ت	اســـم البحث	الصفحات
*	أثر انضمام فلسطين إلى اتفاقيات حقوق الإنسان: القضاء على التمييز ضد المرأة ومناهضة التعذيب نموذجاً **أ. نوار بدير، د. ياسر العموري، أ.د عاصم خليل**	١٣-٥٠
*	الحماية القانونية للكرامة الإنسانية "دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني" **د. هديل تيسير الزعبي**	٥١-٨٢
*	إشكالية تطبيق النصوص الناظمة لجرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية في التشريع الأردني "دراسة تحليلية" **د. سيف إبراهيم المصاروة**	٨٣-١١٦
*	مدى إمكانية الطعن على القرارات الإدارية النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي بعيب إساءة استعمال السلطة دراسة مقارنة **د. أيمن يوسف الرفوع، د. بلال حسن الرواشدة**	١١٧-١٥٠
*	التنفيذ على الورقة التجارية في ضوء أحكام التظهير التأميني **د. جبر غازي شطناوي**	١٥١-١٧٢
*	العقود الإدارية ما بين الاستحالة وصعوبة التنفيذ خلال جائحة كورونا **د. مصعب عادل محمود مقابله**	١٧٣-٢٠٤
*	مظاهر اختلاف شرط المصلحة بين الدَّعوى الدُّستوريّة والدَّعوى الإداريّة (دراسة في ضوء القوانين والاجتهادات القضائيَّة الأردنيَّة والمصريّة) **د. شذى أحمد العساف**	٢٠٥-٢٤٦
*	دور الحماية الجنائية الدولية للأقليات أقلية الروهينجا في ميانمار حالة دراسة **د. رائد سليمان الفقير، أ.د مدثر جميل أبو كركي، د. سعدون نورس المجالي**	٢٤٧-٢٨٦
*	العلاقات الكندية الصينية في حقبة ما بعد الحرب الباردة (١٩٩٠-٢٠٢٠) **أ.د فيصل عوده الرفوع**	11-42
*	نفوذ إيران في المنطقة العربية سوريا – اليمن (٢٠١١-٢٠٢٠) **د. عيسى احمد عيسى الشلبي، د. بشير تركي صبّاح كريشان، د. محمد صالح سالم جرار**	43-66

أثر انضمام فلسطين إلى اتفاقيات حقوق الإنسان:
القضاء على التمييز ضد المرأة ومناهضة التعذيب نموذجاً

أ. نوار بدير*

د. ياسر العموري

أ.د عاصم خليل

تاريخ تقديم البحث: ١/٨/٢٠٢٠م. **تاريخ القبول: ١٥/١٢/٢٠٢٠م.**

ملخّص

انضمت فلسطين بعد الاعتراف بها "كدولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة" بتاريخ ٢٩ تشرين الثاني ٢٠١٢ إلى عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؛ الأمر الذي رتب عليها التزامات دولية وأخرى وطنية. وإن البحث في مدى احترام دولة فلسطين لالتزاماتها الدولية ومن ضمنها "المواءمة" بين التشريعات الفلسطينية والدولية الاتفاقية، والالتزامات الأخرى المتعلقة بتقديم التقارير والشكاوى، يثير جدلاً طويلاً؛ في ظل تنوع المصادر الدستورية التي تحكم النظام القانوني الفلسطيني، والتي تخلو من الإشارة الصريحة لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام الوطني، وفي ظل اختلاف توجهات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ذات العلاقة. لذلك جاءت هذه الدراسة لبحث الإنجازات والإخفاقات التي ترتبت على انضمام فلسطين إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وبالتحديد "إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، و "إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" والبرتوكول الملحق به.

الكلمات الدالة: النظام الدستوري الفلسطيني، العلاقة بين القانون الدولي والداخلي، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، الالتزامات الدولية.

* جامعة بير زيت، فلسطين.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Impact of Palestine's Accession to Human Rights Treaties: The Elimination of Discrimination against Women and the Struggle against Torture as Case Studies

Dr. Newar Bdair

Dr. Yaser Amouri

Dr. Asem Khalil

Abstract

On 29 November 2012, the UN recognized Palestine as a non-member observer state. Following its recognition, Palestine acceded to several international human rights treaties, triggering both international and domestic obligations. The examination of Palestine's level of adherence to its domestic obligations has been the subject of long-standing controversy, particularly in light of the various constitutional sources governing the Palestinian legal system. Such sources lack explicit reference to the status of international treaties in the Palestinian domestic system. On the other hand, the Supreme Constitutional Court presented different positions to illustrate such status in its relevant decisions. Hence, this study examines the accomplishments and shortcomings deriving from Palestine's accession to several international human rights treaties, particularly the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT), in addition to its Optional Protocol to the Convention Against Torture (OPCAT).

Key Words: Palestinian Constitutional System; International Law , Domestic Law, International Human Rights Treaties; Treaty-Based Obligations on States.

المقدّمة:

تهتم العديد من الاتفاقيات الدولية بتنظيم حالة حقوق الإنسان بتفصيلاتها، وتتضمن العديد من القواعد القانونية الدولية الهادفة بمجملها إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية. وتعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان أحد مصادر الحقوق والحريات المنظمة بالتشريعات الوطنية، التي تزداد أهميتها بعد انضمام الدولة أو مصادقتها على الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بهذه الحقوق، وما يتبعها من التزامات دولية وأخرى وطنية.

وقد انضمت فلسطين لمثل هذه الاتفاقيات،[١] بعد الاعتراف بها "كدولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة"[٢] بتاريخ ٢٩ تشرين الثاني من العام ٢٠١٢.[٣] وذلك لأن هذه الاتفاقيات تشترط وبشكل

---

(١) اهتمت منظمة التحرير الفلسطينية وباعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، بصفتها حركة تحرير وطنية، بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تندرج ضمن الهدف الأساسي الذي تسعى إلى تحقيقه، والمتمثل بالحق في تقرير المصير، مع العديد من أشخاص القانون الدولي العام، ومنها ما يهتم بتنظيم الكفاح المسلح وإدارته، وكذلك بعض الاتفاقيات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الإنساني. للمزيد حول الشخصية القانونية الدولية لمنظمة التحرير، انظر: قاسم، أمين. "الوضع القانوني لمنظمة التحرير الفلسطينية: دراسة في القانون الدولي العام". **مجلة الشؤون الفلسطينية** (فلسطين)، عدد ١١٤ (١٩٨١)، ٢٤-٤٨؛ علوان، محمد. "حق تقرير المصير للشعب العربي الفلسطيني بين قرارات الأمم المتحدة واتفاقات كامب ديفيد". **مجلة الحقوق** (الكويت)، مجلد ٨، عدد ٢ (١٩٨٢)، ٣١٣-٣٢٧.

(٢) صدر هذا القرار بأغلبية ساحقة بعد أن وافقت (١٣٨) دولة لصالح هذا القرار، وعارضته تسع دول (كندا، جمهورية التشيك، إسرائيل، جزر مارشال وميكرونيزيا، وناورو، وبالاو، وبنما، والولايات المتحدة الأمريكية)، كما وامتنعت إحدى وأربعون دولة عن التصويت على القرار. للمزيد حول الشروط الموضوعية والشكلية للعضوية في الأمم المتحدة انظر: سرحان، عبد العزيز سرحان. **المنظمات الدولية** (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٠)، ٣٠٩-٤٠٧؛ الدقاق، محمد، ومصطفى حسين. **المنظمات الدولية المعاصرة** (مصر: الدار الجامعية، ١٩٩٠)، ٤٩-٥٦؛ أبو الوفا، أحمد. **منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية** (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧)، ١٠٨-١٢٤.

(٣) مُنحت فلسطين هذا المركز مع عدم المساس بحقوق منظمة التحرير الفلسطينية المكتسبة وامتيازاتها ودورها في الأمم المتحدة بصفتها ممثلاً عن الشعب الفلسطيني. ويُمنح مركز المراقب غير العضو في الأمم المتحدة بالعادة للدول التي لا ترغب بالانضمام إلى الأمم المتحدة كعضوية كاملة، أو لم تتمكن من ذلك لأسباب سياسية تتعلق بالدولة ذاتها، أو لأسباب مؤقتة كصدور قرار التصويت في مجلس الأمن ضد حصولها على العضوية الكاملة. وتتمتع دولة فلسطين ببعض الحقوق والامتيازات التي تتلاءم مع الصفة الممنوحة لها كدولة غير عضو في الأمم المتحدة، والتي يمكن الاستدلال عليها من التقرير الخاص للأمين العام للأمم المتحدة، والمذكرة المعدة من المكتب القانوني للأمم المتحدة بخصوص المركز الجديد لفلسطين، والممارسة الدولية للكرسي الرسولي التي تتمتع بذات المركز؛ نظراً لخلو ميثاق الأمم المتحدة من تنظيم ذلك.

صريحفي الجهة التي ترغب بالانضمام إليها توافر صفة الدولة،[١] دون اشتراط تمتعها بالعضوية الكاملة في الأمم المتحدة، كما هو الحال في فلسطين.[٢] وقد بلغ عدد الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها فلسطين نتيجة لهذا الاعتراف حتى تاريخ ١٠ تشرين الثاني٢٠١٩ (٩٥) اتفاقية، معظمها تتعلق بحقوق الإنسان وحرياته.

إن هذا الانضمام يلقي على عاتق فلسطين العديد من الالتزامات على المستوى الدولي، كأن يتم تقديم تقارير توضح التقدم المحرز لإنفاذ هذه الاتفاقيات وطنيّاً. والتزامات أخرى على المستوى الوطني؛ هادفة إلى جعل الاتفاقيات جزءاً من نظامها القانوني، وفقًالما تحدده القواعد الدستورية. الأمر الذي يخلق إشكاليات متعددة بتنفيذ هذه الاتفاقيات في الحالة الفلسطينية، لخلو نظامها الدستوري من أي قواعد متعلقة بالقانون الدولي، وبالتحديد تلك المتخصصة بالاتفاقيات الدولية. حيث اكتفى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل في المادة (٢/١٠)،[٣] بتشجيع السلطة الفلسطينية على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان، دون أن يحدد الجهة المختصة بتوقيع هذه الاتفاقيات أو التصديق أو الآثار القانونية المترتبة على الانضمام أو التصديق.[٤]

لذلك جاءت هذه الدراسة لبحث الإشكالية المرتبطة بمكانة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الفلسطيني، الذي يخلومن أي إشارة صريحة لهذه المكانة من جهة، وفي ظل توجهاتالقضاء الدستوري الفلسطيني ذات العلاقة من جهة أخرى.

تأتي الدراسة للإجابة عن التساؤلات الآتية: ما مكانة الاتفاقيات الدولية في الأنظمة القانونية الوطنية بشكل عام وفي النظام القانوني الفلسطيني بشكل خاص؟ وما طبيعة الالتزامات المترتبة على فلسطينإثر انضمامها إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؟ ما الآثار القانونية المترتبة على

(١) للتعرف على كافة النقاشات التي تمحورت حول انطباق مفهوم الدولة على فلسطين من عدمها في الأمم المتحدة، انظر:

Report of the Committee on the Admission of new members concerning the application of Palestine for admission to membership in the United Nations. 11 November 2011. (S/2011/705).

(٢) معظم اتفاقيات حقوق الإنسان نصت وبشكل صريح على "هذه الاتفاقية متاحة لتوقيع أي دولة".

(٣) الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، في ٢٠٠٣/٠٣/١٩، ص٥. وسيتم الإشارة إليه فيما بعد، "القانون الأساسي".

(٤) لم يرد في نصوص الميثاق الوطني لمنظمة التحرير الفلسطينية، أي إشارة لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني.

توجهات المحكمة الدستورية العليا المتعلقة بمكانة الاتفاقيات الدولية بالنسبة للتشريعات الفلسطينية والالتزامات الدولية؟

تسلط هذه الدراسة الضوء على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، دون غيرها من الاتفاقيات، وبالتحديد تلك التي انضمت إليها فلسطين بعد عام (٢٠١٢)، ويعتمد البحث بشكل أساسي على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"،[١] واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة،[٢] والبرتوكول الملحق بها،[٣] كحالة دراسية كلما تطلب الأمر ذلك؛ لارتباط هذه الاتفاقيات بحقوق الإنسان الأساسية وتأصلها فيها.

وتأسيساً على ما سبق وتحقيقاً لأهداف هذه الدراسة؛ فقد ارتأينا الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي أحياناً، وعلى المنهج المقارن أحياناً أخرى. يستخدم المنهج الوصفي لاستعراض الآثار القانونية الدولية المترتبة على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل عام، ومكانتها في الأنظمة القانونية المختلفة. أما المنهج التحليلي يُستعمل لدراسة النصوص الدستورية في الحالة الفلسطينية ذات العلاقة وكذلك توجهات المحاكم على مختلف درجاتها، ومنها الدستورية، وأثرها على تحديد مكانة هذه الاتفاقيات في النظام الفلسطيني. وأخيراً سيتم استخدام المنهج المقارن لدراسة نماذج قانونية من دول مختارة للاسترشاد بالطريقة التي تعاملت معها لتحديد مكانة الاتفاقيات الدولية في نظامها القانوني الداخلي.

وللوصول إلى الغايات المرجوة من الدراسة سيتم تقسيمها إلى مبحثين؛ الأول بعنوان "العلاقة بين القانون الدولي والوطني" في مطلبين؛ الأول يعالج مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، أما الثاني فيدرس دور التوجهات القضائية الفلسطينية في تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية.وقد

---

(١) انضمت فلسطين إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأول نيسان ٢٠١٤، وسيتم الإشارة إليها فيما بعد، باتفاقية "سيداو". وتجدر الإشارة في ذات السياق أن فلسطين تبنت اتفاقية "سيداو" بالمصادقة الوطنية الأولى عام ٢٠٠٥ بموجب قرار من مجلس الوزراء، بل وصادقت على الاتفاقية المذكورة بإعلان أحادي الجانب بموجب المرسوم الرئاسي رقم (١٩) لعام ٢٠٠٩. انظر: تقرير مؤسسة الحق المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بشأن التقرير الرسمي الأول لدولة فلسطين، (٢٠١٨).

(٢) انضمت فلسطين إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، في الأول نيسان ٢٠١٤، وسيتم الإشارة إليها فيما بعد، باتفاقية "مناهضة التعذيب".

(٣) انضمت فلسطين إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في ٢٩ كانون أول ٢٠١٧، وسيتم الإشارة إليه فيما بعد، "برتوكول مناهضة التعذيب".

عُنون المبحث الثاني من الدراسة بـــ "الالتزامات المترتبة على انضمام فلسطين إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان"، وجاء في مطلبين؛ الأول بعنوان المواءمة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية واتخاذ التدابير الوطنية، أما المطلب الثاني منه فيعالج الالتزامات الدولية الأخرى.

المبحث الأول: العلاقة بين القانونالدولي والوطني

إن انضمام فلسطين إلى الاتفاقيات الدولية يفرض عليها التزاماً باحترام أحكام الاتفاقية التي أصبحت طرفاً فيها، وأن تتخذ كافة الإجراءات لتنفيذها، استناداً لمبدأين أوردتهما اتفاقية فيّنا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، يتمثل المبدأ الأول بافتراض "حسن النية"[١] ويقصد به "الامتناع بصورة كاملة عن القيام بأي عمل أو تصرف أو إجراء يحول دون تحقيق الغرض أو الغاية من المعاهدة".[٢] أما المبدأ الثاني فيتجسد بالتزام الدولة باحترام المعاهدة وتنفيذها،[٣] دون التذرّع بقانونها الداخلي بما يحتويه من مبادئ دستورية وتشريعية لتبرير الإخفاق في تنفيذ التزاماتها الدولية.[٤] مما يلزم الدول – بما فيها فلسطين التي انضمت إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان–باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لجعل هذه الاتفاقيات جزءاً من نظامها القانوني الداخلي، ويتطلب ذلك في بعض الأحيان المواءمة بين الأحكام المنظمة للاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية، وهو التزام وارد في معظم اتفاقيات حقوق الإنسان التي انضمت إليها فلسطين.

يختص الدستور عادةً بوضع الحل الملائم لمشكلة العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي، ويحدد كيفية إدماج نصوص الاتفاقيات في القانون الوطني، ومن ثمّ مكانتها داخل النظام القانوني الداخلي.

والجدير بالذكر في هذا السياق بأنه لا خلاف حول سموّ القانون الدولي –بما في ذلك الاتفاقيات الدولية– على القانون الوطني من وجهة نظر القانون الدولي، سواء أكانت قواعده دستورية أو تشريعية أو قرارات إدارية.[٥]

---

(١)انظر: المادة (٢٦) من اتفاقية فيّنا لقانون المعاهدات للعام (١٩٦٩) اعتمدت في ١٩٦٩/٥/٢٢، ودخلت حيز النفاذ في ١٩٨٠/١/٢٧.

(٢) الطراونة، محمد. **ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة** (عمان: دار وائل، ٢٠٠٣)، ٤١٥.

(٣) انظر: المادة (٢٧)، اتفاقية فيّنا لقانون المعاهدات للعام (١٩٦٩).

(٤) علوان، محمد. **القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر** (عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣)، ٢٥٦.

(٥) للمزيد حول موقف المحاكم الدولية في هذا الاتجاه، انظر: المرجع السابق، ٩٣-٩٧.

لذلك سنحاول في هذا المبحث التعرض لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، في المطلب الأول، من خلال استعراض موقف الفقه بشكل عام والنظام الدستوري الفلسطيني بشكل خاص؛ ومن ثم يتم مناقشة التوجهات القضائية الدستورية الفلسطينية ودورها في تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني

إن الحديث عن مكانة القانون الدولي بالنسبة إلى القانون الداخلي الفلسطيني، وطبيعة العلاقة بينهما، يستدعي بداية استعراض النظريات الفقهية التي أثيرت في هذا المجال، ومن ثم التعرض لموقف الأنظمة القانونية ومنها الفلسطينية، لتحديد انطباق النظريات الفقهية عليها، وفقا للتفصيل الآتي:

١. موقف الفقه من علاقة القانون الوطني والدولي:

انقسم الفقه في تحديد طبيعة العلاقة بين القانونين الوطني والدولي إلى اتجاهين رئيسين، أحدهما يُعرف بـــ "نظرية ثنائية القانونين" والآخر يعرف بـــ "وحدة القانونين"، ويتبنى بعضهم "نظرية التوفيق".

يستند أنصار مذهب "ثنائية القانون" أو "ازدواجية القانون" إلى النظريات الوضعية الإرادية،[١] التي تقرر أن القانونين الدولي والداخلي مستقلان ومنفصلان عن بعضهما شكلاً وموضوعاً بشكل تام؛ فلا يمكن للقضاء الوطني أن يطبّق القواعد الدولية، ومن ضمنها اتفاقيات حقوق الإنسان أو تفسيرها، إلا إذا أصبحت جزءاً من التشريعات الوطنية، كما ويمتنع القاضي الدولي من التصدي لتطبيق القواعد الداخلية وتفسيرها إلا إذا اكتسبت وصف القواعد القانونية الدولية؛ الأمر الذي يترتب عليه انعدام قيام التنازع بين القانونين؛ لانفصال كل منهما عن الآخر.[٢] ويستند أصحاب هذه النظرية في تبني موقفهم إلى مجموعة من الأسانيد، أهمها اختلاف مصدر كل من القانونيين؛ فالقانون الداخلي ينبع من الإرادة المنفردة للدولة، أي يصدر من سلطة تفوق المخاطبين بأحكامه، وتعبر عنها الدولة بالتشريعات الوطنية، أما القانون الدولي فيعتمد على الإرادة المشتركة للدول، فلا يُتصوّر تبنّي مصادر القانون

---

(١)علوان، عبد الكريم. **الوسيط في القانون الدولي العام** (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦)، ٢٣.

(٢) يقرر أنصار مذهب الثنائية إمكانية نشوء علاقة بين النظامين في حالات محددة كالإحالة أو الاستقبال؛ فقد يحيل القانون الدولي مسألة معينة للقانون الداخلي ليفصل فيها، والعكس صحيح، كما وقد تستقبل قواعد القانون الداخلي قواعد القانون الدولي وتدمجها بنص صريح. انظر: عدس، عمر. **مبادئ القانون الدولي العام المعاصر** (د.م: د.ن: ١٩٩٥)، ٦٢-٦٣؛ عامر، صـــلاح الدين. **مقدمة لدراسة القانون الدولـــي العام** (القاهرة: دار النهضة، ٢٠٠٣)، ١٣٩-١٤٠.

الدولي بصورته الصريحة (المعاهدات) أو الضمنية (الأعراف) أو المفترضة (المبادئ العامة للقانون) إلا من خلال اجتماع إرادات الدول.(١) كما وتمسك أنصار هذه النظرية باختلاف موضوع كل من القانونين وأشخاصه المخاطبين بأحكامه؛ فالقانون الدولي يهتم في الأساس بتنظيم العلاقات بين الدول وكذلك بينهم وبين أشخاص القانون الدولي العام، بينما ينظم القانون الداخلي العلاقات بين الأفراد في دولة معينة وكذلك بينهم وبين حكومتهم. وأخيراً يتحقق الانفصال بين القانونين لاختلافهما في الترتيب والهيكلية الفنية.

أما المذهب الثاني الذي يعرف بـــ"وحدة القانون" أو "نظرية الوحدة"، فيرى أنصاره أن القواعد القانونية الدولية والوطنية تشكلان نظاماً قانونيّاً واحداً، ويسلّم أنصار هذه النظرية بإمكانية وجود تنازع بين القانونين، مع الاختلاف في تقرير رجحان أحدهما على الآخر.(٢) فبعضهم يعتبر أن القانون الدولي الجزء الأسمى من قانون الدولة، لذلك على القاضي أن يطبق القواعد الدولية عند تعارضها مع القواعد الوطنية؛ لأن القانون الدولي يهتم برسم حدود الاختصاص الإقليمي والشخصي لكل دولة من الدول، بل ويتولى تحديد الكيان الدولي الذي ينطبق عليه وصف الدولة، الذي بموجبه تستطيعأن تمارس اختصاصاتها الداخلية.(٣) وفي اتجاه معاكس يرجح فقهاء آخرون القواعد الداخلية على الدولية عند التعارض، على اعتبار أن القانون الدولي العام ليس سوى مجموعة من الالتزامات الدولية الاتفاقية، وتستمد الدولة قدرتها على إبرام مثل هذه الاتفاقيات من دستورها الداخلي الذي يهتم بالعادة بتحديد مكانة الاتفاقيات الدولية، ومن ضمنها اتفاقيات حقوق الإنسان على المستوى الوطني، وكذلك الجهات المختصة بإبرامها.(٤)

---

(١) تعرضت النظرية الثنائية للانتقادات انطلاقاً من الأسباب ذاتها التي يستند إليها الفقهاء في تأييد فكرتهم، منها وحدة أساس الإلزام، وعدم الاختلاف في طبيعة القواعد في كل من القانونين، ومن ثمّ تشابه الأشخاص المخاطبين بأحكامه، أما الاختلاف في البنيان القانوني فلا يشكل خلافاً حقيقيّاً؛ لأنه يعود لحداثة القانون الدولي العام. انظر: شكري، محمد. **مدخل إلى دراسة القانون الدولي العام** (دمشق: جامعة دمشق، ١٩٩٧)، ٥٠-٥١؛ عامر، *مقدمة لدراسة القانون*، ١٣٨-١٤٠؛ عدس، *مبادئ القانون الدولي*، ٦١- ٦٢.

(٢) عدس، مبادئ القانون الدولي، ٦٤-٦٥؛ علوان، الوسيط في القانون الدولي، ٢٥.

(٣) انتقد بعضهم هذا الاتجاه الفقهي كونه مخالف للحقائق التاريخية، التي تثبت أن القانون الدولي حديث النشأة مقارنة مع القانون الداخلي، بالإضافة إلى إنكاره لأوجه التمييز والاختلاف بين القانون الوطني والدولي. انظر: عامر، مقدمة لدراسة القانون، ١٤١-١٤٢؛ شكري، مدخل إلى دراسة القانون، ٥٢.

(٤) تتعامل نظرية الوحدة مع علو القانون الداخلي عند التعارض مع الاتفاقيات الدولية باعتبارها المصدر الوحيد من مصادر القانون الدولي العام، وكذلك تربط مصيرها بمصير الدستور؛ الأمر الذي عرّضها للانتقادات، كما وتعتبر هذه النظرية أن القانون الوطني أساس الإلزام بالاتفاقيات الدولية؛ الأمر الذي يتنافى مع القاعدة الدولية "العقد شريعة المتعاقدين". انظر: عامر، مقدمة لدراسة القانون، ١٤٣.

ويجب ألا نغفل "نظرية التوفيق"، التي نادى بها بعض الفقهاء محاولين التوفيق بين النظريتين، وبموجبها يحق للقاضي التنسيق بين القواعد الدولية والوطنية بما فيه مصلحة لبلاده.[١]

٢. العلاقة بين القانون الوطني والدولي في الأنظمة القانونية:

إن النظام القانوني الفلسطيني يخلو من أي قواعد متعلقة بالقانون الدولي وبالتحديد تلك المتخصصة بالاتفاقيات الدولية؛ سواء المتعلقة بآليات إنفاذ هذه الاتفاقيات أو مكانتها ضمن النظام القانوني الداخلي، باستثناء المادة (١٠) من القانون الأساسي الفلسطيني، التي اكتفت بالنص على: "١. حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام. ٢. تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".[٢] فيمكن ملاحظة أن هذا النص سلط الضوء على أهمية احترام فلسطين للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والانضمام إليها، دون إيضاح مكانتها، ودون إيراد أي أحكام مرتبطة بالتزاماتها الدولية الاتفاقية أو العرفية. وكذلك الأمر لم تتعرض النصوص الدستورية في بعض الدول العربية بشكل صريح لمكانة الاتفاقيات الدولية ضمن نظامها القانوني، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة، وإن تعرضت في بعض نصوصها لأحكام ذات علاقة بالمبادئ الدولية؛ التي شدّد فيها فالمشرع الدستوري الإماراتي ضمن المادة (١٢)على احترام دولة الإمارات العربية للمبادئ والقواعد القانونية الدولية في إطار علاقتها مع جميع الدول والشعوب، أما المادة (٤٠) من الدستور ذاته، فتقرر بأنه يقع على الاتحاد التزام باحترام المراكز القانونية للأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وفقاً للحقوق والواجبات المقررة بالأعراف الدولية أو الاتفاقيات التي أصبحت طرفاً فيها، دون تأثرها بما تقرره التشريعات الداخلية، وشدّدت على التزام الإمارات العربية بالقواعد الدولية العرفية والاتفاقية، باعتبار أن القواعد المتعلقة

(١)المحاميد، موفق. "القيمة القانونية للمعاهدات في الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته". **مجلة الحقوق** (الكويت)، مجلد ٣٥، عدد ٤ (٢٠١١)، ٤٣٦.

(٢) تسعى العديد من الدساتير الوطنية إلى تنظيم حقوق الإنسان وحرياته ضمن النصوص الدستورية؛ لما تتمتع به هذه القواعد من مرتبة عليا تسمو على باقي التشريعات الوطنية، ولما تتصف به النصوص الدستورية من جمود، للمزيد حول موقف الدساتير العربية من تنظيم الحقوق والحريات العامة المنظمة بموجب الاتفاقيات الدولية، انظر: الركن، محمد. "التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة". **مجلة الشريعة والقانون** (الإمارات العربية المتحدة)، عدد ٨ (٢٠١٤)، ٤١٠-٤١٥.

بالمراكز القانونية للأجانب المقيمين على أرض دولتها أعلى مرتبة من التشريعات الوطنية.[١] إضافة إلى ما سبق يمكن ملاحظة أن النصوص الدستورية الإماراتية تتضمن العديد من النصوص التي تفيد بضرورة مراعاة الالتزامات الدولية من قبل الحكومة الاتحادية والحكومات، ومن ضمنها المادة (٨)، التي تؤكد تمتع مواطني الاتحاد في الخارج بحماية حكومة الاتحاد وفقاً للأصول الدولية المرعية، انطلاقاً من القانونية الدولية.[٢] فالنصوص الدستورية في الإمارات العربية المتحدة، وإن لم تحدد بشكل صريح مكانة الاتفاقيات ضمن نظامها القانوني الوطني، إلا أنها تعرضت لبعض الأحكام المرتبطة بالالتزامات الدولية.

ومن الدساتير العربية التي لم تنظم ضمن نصوصها بشكل مباشر القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية الدستور الأردني المعدل (١٩٥٨)، الذي اكتفى بالمادة (٣٣) منه بتحديد آلية نفاذ الاتفاقيات في النظام القانوني الأردني.[٣]

وفي اتجاه آخر نجد أن بعض الدساتير العربية والأجنبية قد نظمت مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن نصوصها، فإما أن تكون مساوية للقوانين؛ الأمر الذي يترتب عليه سريان القاعدة اللاحقة في الوجود،

(١) تنص المادة (٤٠) من الدستور الإماراتي، على: "يتمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية، أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها وعليهم الواجبات المقابلة لها".

(٢) إن بعض التشريعات الوطنية في الإمارات العربية أكدت ضرورة احترام الالتزامات الدولية وعدم مخالفتها، ومن ضمنها المادة (١٨) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، وهي متعلقة بالجرائم التي تقع على السفن والطائرات الأجنبية؛ وكذلك المادة (٢٣٨) من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته، وفقاً للقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية، وكذلك المادة (٢٢) من القانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بشأن المعاملات المالية، وغيرها من النصوص التشريعية. للمزيد انظر: القاسمي، محمد. "العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي: دراسة تطبيقية على دولة الإمارات العربية المتحدة". **مجلة الأمن والقانون** (الإمارات العربية المتحدة)، مجلد ٢١، عدد ٢ (٢٠١٣)، ١٥٦-١١٣.

(٣) المادة (٣٣) من الدستور الأردني المعدل لعام ١٩٥٨ على: "١. الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات. ٢. المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة".

وقد تبنى ذلك كل من الدستور الإيطالي والألماني والنمساوي،[١] إضافة إلى الدستور المصري،[٢] والدستور الكويتي لعام ١٩٦١.[٣] بينما فضلت بعض الدساتير منح المعاهدات مرتبة أعلى من القانون، وفي حال التعارض بينهما ترجح القاعدة الواردة في المعاهدة كما الحال في الدستور الفرنسي،[٤] والتونسي،[٥] والبلغاري،[٦] كل ذلك بما لا يتعارض مع أحكام الدستور. أما الدستور الهولندي فقد تميز عن هذه الاتجاهات ومنح المعاهدات مرتبة أعلى من الدستور.[٧] وهنالك بعض الدول التي ميزت مكانة الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، عن الاتفاقيات التعاقدية الأخرى، ومنها المادة (٥) من الدستور البرازيلي للعام ١٩٨٨ (المعدل ٢٠١٥) التي اعتبرت أن المعاهدات والمواثيق الدولية حول حقوق الإنسان، مساوية في المكانة للتعديلات الدستورية.[٨]

إن خلو النظام القانوني الفلسطيني من أي إشارة صريحة لمكانة الاتفاقيات الدولية وبالتحديد تلك المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته، ضمن نظامه الوطني قد يثير بعض الخلافات والاجتهادات في تحديد التكييف القانوني للنصوص ذات العلاقة؛ الأمر الذي يدفعنا للبحث حول توجهات المحاكم العليا بما فيها الدستورية للاستدلال على هذه المكانة؛ باعتبارها الجهة المختصة بتطبيق الأحكام القانونية على النزاعات المعروضة عليها، وتفسير الغموض إن تطلب الأمر ذلك.

---

(١) هواري، عبد الله. "القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في الدساتير الوطنية: دراسة مقارنة". **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية** (الجزائر)، عدد ٥٥ (٢٠١٤)، ٢٧٧.

(٢) انظر: المادة (٩٣)، الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

(٣) انظر: المادة (٧٠)، الدستور الكويتي لعام ١٩٦١ الذي أعيد تفعيله عام ١٩٩٢. وكذلك أكدت العديد من التشريعات الوطنية الكويتية التوجه ذاته، منها: المادة (٢٦) من قانون إقامة الأجانب رقم ١٧ لعام ١٩٥٩؛ والمادة (٦٨) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم ٥ لعام ١٩٦١، والمادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لعام ١٩٨٠؛ وغيرها كثيرة، للمزيد حول موقف التشريعات الوطنية والمحاكم النظامية والإدارية الكويتية انظر: العجمي، نقل. "قواعد القانون الدولي في القانون الوطني: الكويت نموذجاً". **مجلة الحقوق** (الكويت)، مجلد ٣٥، عدد ١ (٢٠١١)، ١٠٠-١٢٤.

(٤) انظر: المادة (٥٥)، الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ والمعدل عام ٢٠٠٨.

(٥) انظر: المادة (٢٠)، الدستور التونسي لعام ٢٠١٤.

(٦) انظر: المادة (٤/١٥)، دستور الاتحاد الروسي لعام ١٩٩٣ المعدل عام ٢٠١٤.

(٧) انظر: المادة (٣/٩١)، دستور دولة هولندا لعام ١٨١٥ المعدل عام ٢٠٠٨.

(٨) انظر: المادة (٥)، الدستور البرازيلي للعام ١٩٨٨، المعدل عام ٢٠١٧.

المطلب الثاني: دور التوجهات القضائية الفلسطينية في تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية

لا يثور أي خلاف حول مكانة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عند وضوح النص الدستوري المنظم لهذه المكانة، وفي حال خلوّ النصوص الدستورية من أي إشارة صريحة لهذه المكانة يتعين البحث في التوجهات الدستورية والقضائية، التي يمكن الاستدلال منها على التنظيم القانوني ذي العلاقة.

وفي الدول التي خلت نصوصها الدستورية من أي إشارة صريحة لتحديد مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن منظومتها القانونية، ساهمت المحاكم العليا في إقرار هذه المكانة، فكما أسلفنا سابقاً أن النصوص الدستورية في دولة الإمارات العربية لم تتعرض بشكل صريح لمكانة الاتفاقيات الدولية ضمن نظامها القانوني، باستثناء بعض المواد التي تطرقت للمبادئ والقواعد الدولية العامة لدولة الإمارات، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية أقرت في عدة قضايا دستورية أولوية تطبيق نصوص الاتفاقيات الدولية على نصوص القانون الداخلي، وقد جاء في أحد أحكامها "أنه من المقرر أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تنضم لها الدولة يسري تطبيقها عوضاً عن القانون المحلي في المسائل التي بتّ فيها، وإن رجوع القاضي لقانونه الوطني إنما يكون في حدود ما لم يرد به نص في المعاهدة".(١) وكذلك نسترشد بما استقرت عليه اجتهادات محاكم التمييز الأردنية، التي يخلو نظامها الدستوري من تنظيم مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن منظومتها القانونية التي توصلت إلى سموّ الاتفاقيات الدولية على القوانين المحلية، فقضت في بعض أحكامها أنّ: "المعاهدات والاتفاقيات تسمو مرتبةً على القوانين المحلية، ولها الأولوية بالتطبيق عند تعارضها معها، لذلك لا يجوز الاحتجاج بأي قانون محلّي عند تعارض أحكامه مع أحكام الاتفاقية".(٢)

(١) حكم المحكمة الاتحادية الإماراتية العليا رقم ٣٩ لسنة ٢٧ قضائية، في ٢٠٠٦/١٠/٣١، مشار إليه في: القاسمي، "العلاقة بين القانونيين"، ١٥٠. وقد ذهبت في ذات الاتجاه عندما قررت رفض بعض الطعون المتعلقة بتنفيذ حكم أجنبي، عندما قررت في الحكم رقم (٢٠١٦/٥٨٨٦) مدني كلي الشارقة بتطبيق الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتنفيذ حكم أجنبي، حتى لو خالفت ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية. مشار إليه في: المرجع السابق، ١٤٣-١٤٥.

(٢) تمييز أردني (الدائرة الحقوقية)، رقم (٢٠٠٣/٤٣٠٩)، في ٢٠٠٤/٤/٢٢، منشورات مركز عدالة. للمزيد انظر: المحاميد، "القيمة القانونية"، ٤٢٠.

وعليه يمكن الاستدلال على مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الإماراتي والأردني اللذين يخلوان من أي إشارة صريحة إلى هذه المكانة من خلال النصوص الدستورية والقانونية ذات العلاقة، وكذلك توجهات القضاء بكافة أنواعه.

أما بخصوص الحالة الفلسطينية موضوع الدراسة، فإن نظامها القانوني الذي يخلو من أي قواعد متعلقة بالقانون الدولي، يثير العديد من الإشكاليات المرتبطة بتنفيذ التزامات فلسطين الدولية والمترتبة على انضمامها إلى العديد من الاتفاقيات الدولية، وذلك في ظل تعارض العديد من نصوص هذه الاتفاقيات مع التشريعات الوطنية، أو عدم تنظيم بعضها الآخر من جهة، وفي ظل عدم التحفظ على أي من بنود هذه الاتفاقيات من جهة أخرى.

وفي حال استعراض التطبيقات القضائية الفلسطينية ذات العلاقة بالموضوع، نجد أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد تعرضت في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٩ تشرين ثاني ٢٠١٧ في الطعن الدستوري رقم (٢٠١٧/٤)[١] إلى مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، وذلك بعد إحالة الدعوى من محكمة صلح جنين،[٢] لما بدا لها من تعارض بين أحكام القانون الأساسي الفلسطيني بكفالة حق التقاضي وحظر تحصين القرارات والأعمال الإدارية من رقابة القضاء، وفقاً لأحكام المادة(٣٠) من القانون الأساسي، ونصوص اتفاقية مقر رئاسة منظمة "الأونروا" في الضفة الغربية وقطاع غزة، لما تقرره هذه الاتفاقية من حصانة للمنظمة من التقاضي أمام القضاء الفلسطيني.

وفقاً لأحكام قانون المحكمة الدستورية وتعديلاته، يحق لقاضي محكمة الموضوع النظامي أو الإداري، وكذلك الهيئات الخاصة مثل القضاء العسكري، في حال استشعر أثناء نظره نزاعاً معيناً بعدم دستورية نص في تشريع معين، ولازماً للفصل في النزاع المعروض عليه، مع عدم لجوء أحد الخصوم إلى الدفع بعدم دستوريته، وقف النظر في الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصيل في النظر بالدعوى.[٣]

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم(٢٠١٧/٤)، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد ١٣٨، في ٢٠١٧/١١/٢٩، ص٨٤.

(٢) إن المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا تتصل بالطعون الدستورية، من خلال الدعوى الأصلية، والإحالة، والدفع الفرعي، والتصدي، وذلك وفقاً لأحكام المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية للعام رقم (٣) للعام ٢٠٠٦، المعدل بموجب القرار بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٧، الوقائع الفلسطينية، العدد (٦٢)، في ٢٠٠٦/٣/٢٥، ص٩٣. وسيتم الإشارة إليه فيما بعد، "قانون المحكمة الدستورية وتعديلاته".

(٣) عثمان، حسين وعمر حوري. **القانون الدستوري** (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠)، ١٤٣؛ صلاح، فوزي. **الدعوى الدستورية** (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣)، ٩٦؛ الحلو، ماجد. **القانون الدستوري** (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥)، ٣١٧؛ أبو زيد، محمد. **القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً** (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠)، ٤٤٦-٤٤٧؛ الشاعر، رمزي. **النظرية العامة للقانون الدستوري** (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٥)، ٨٢٣.

وبذلك أحال قاضي محكمة الموضوع الدعوى إلى المحكمة الدستورية متجاهلاً شروط الإحالة، المنظمة وفقاً لأحكام قانونها، الذييتطلب وجود "نص تشريعي مطعون بعدم دستورية، والنص المدعى بمخالفته"،[١] ودون أن يبرر قاضي محكمة الموضوع مدى اعتباره للاتفاقية الدولية على أنها نص تشريعي بالأساس، فكان الأجدر على المحكمة الدستورية بناء على ذلك أن ترد الإحالة، وأن يتولى قاضي محكمة صلح جنين النظر في مسألة التعارض المنظور أمامه، دون الإحالة إلى المحكمة الدستورية، حتى لا تعتبر هذه المحكمة منكرة للعدالة.

وفي نظرها للمسألة الدستورية موضوع الإحالة، قررت المحكمة الدستورية، بأغلبية أعضائها "سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الاتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني".[٢] وقد حكمت المحكمة الدستورية بسمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، دون أن تحدد ماهية هذه التشريعات، أو مضمونها، أو آلية إدماجها ضمن النظام القانوني الفلسطيني.

كما ربطت المحكمة هذا السمو بمواءمة الاتفاقية للهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب الفلسطيني، دون أن تحدد مفهوم هذه الوحدة أو معيار تطبيقها، الأمر الذي يخضعها للسلطة التقديرية للقاضي. ويبدو أن المحكمة الدستورية حاولت أن تتدارك في هذه العبارة بعض النصوص القانونية الوطنية التي تتعارض وبشكل صريح مع أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، بما فيها اتفاقية "سيداو"، وبذلك تستبعد –وفقاً لتقديرها– تطبيق بعض النصوص الواردة في هذه الاتفاقيات. وهي بذلك تحققالغايات ذاتها التي يسعى إلى تحقيقها "التحفظ" المنظم وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، فكان الأجدر بالجهات المختصة إبداء التحفظات على النصوص التي لا تتوافق مع الهوية الوطنية والدينية أو الثقافية للشعب الفلسطيني عند التوقيع على الاتفاقية أو المصادقة عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها؛[٣] لأن المحكمة الدستورية لا تملك صلاحية التحفظ على هذه الاتفاقيات الدولية، أو حتى مراجعة دستورية الاتفاقيات بمراقبة مدى ملاءمتها للهوية الوطنية والدينية. حيث أن قانون

(١) انظر: المادة (٢٧-٢٨)، قانون المحكمة الدستورية وتعديلاته.

(٢) رأي مخالف للقاضي فواز صايمة، يفيد بضرورة قيام المحكمة الدستورية بفصل بدستورية المادة (٣٠) من القانون الأساسي، التي أحالها قاضي الموضوع، مع التشديد على سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية بما لا يخالف قواعد القانون الأساسي.

(٣) انظر: المادة (١٩)، اتفاقية فينّا لقانون المعاهدات للعام (١٩٦٩).

المحكمة الدستورية حدد اختصاصاتها على سبيل الحصر، ولا يجوز التوسع في تفسير النص أو حتى القياس عليها.[١]

وحكم المحكمة في هذا السياق يثير العديد من الإشكاليات؛ وذلك لأن المحكمة الدستورية لم تناقش صلاحياتها بالرقابة على دستورية الاتفاقيات الدولية موضوع الإحالة، في ظل غياب أي إشارة صريحة لذلك في التشريعات الناظمة لاختصاصات المحكمة الدستورية. وكذلك لم تناقش مدى انسجام الاتفاقية المعروضة عليها مع الحقوق والحريات المكفولة في القانون الأساسي وحق التقاضي على وجه التحديد، وهو أساس طلب الإحالة. فالأصل في المحكمة الدستورية أثناء ممارستها لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، أن تتحقق من أوجه مخالفة القانون لدستور البلاد وفي حال كان غير دستوري أن تحكم بعدم دستوريته وتعتبره محظور التطبيق، وذلك وفقاً لأحكام قانون المحكمة الدستورية المعدل،[٢] وهو الأمر الذي لم تتبعه المحكمة الدستورية الفلسطينية في القضية المذكورة أعلاه.

وتبع ذلك إصدار المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٢ آذار ٢٠١٨ التفسير الدستوري رقم(٢٠١٧/٥)،[٣] الذي يهتم بتفسير المادة (١٠) من القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣، وذلك بعد تقديم الطلب كتابة من وزير العدل، بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء،[٤] عطفاً على الطلب المقدم من وزير الخارجية والمغتربين. كل ذلك لبيان أوجه الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته وأسس الإلزام والالتزام على الصعيد الوطني، وتحديد القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية التي تبرمها دولة فلسطين بمواجهة القانون الوطني في حال تعارضها، وآلية إدماجها بالتشريعات الوطنية.[٥]

---

(١) نظمت المواد (١/١٠٣) و(١/٣٧) من القانون الأساسي المعدل، والمادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية وتعديلاته اختصاصات المحكمة.

(٢) انظر: المادة (٢٥)، قانون المحكمة الدستورية العليا وتعديلاته.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (٢٠١٧/٥)، جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد (١٤١)، في ٢٠١٨/٣/٢٥، ص٨٧.

(٤) تختص المحكمة الدستورية بتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات حسب أحكام المادة (١٠٣/ب) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، والمادة (٢/٢٤) من قانون المحكمة الدستورية وتعديلاته.

(٥) أوضحت المحكمة الدستورية بأنها تهدف في تفسيرها "توضيح آلية الانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وتحديد الأشخاص المخولين بالتوقيع والتصديق عليها، وبيان آليات إنفاذها. وبيان القيمة القانونية في حالة تعارضها مع التشريعات الوطنية، سواء القوانين العادية أو القانون الأساسي، ومن ثم بيان أوجه الاحترام لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وأسس الإلزام والالتزام على الصعيد الوطني".

وقد قررت المحكمة الدستورية في تفسيرها الدستوري واستناداً إلى الطعن الدستوري السابق، سمو المعاهدات والاتفاقيات الدولية على التشريعات المعمول بها في فلسطين، على أن تأتي في مرتبة أقل من القانون الأساسي. وأضافت بأن الاتفاقيات الدولية لا تعد بذاتها قانوناً يطبق في فلسطين، وإنما لا بد أن يكتسب القوة من خلال مرورها بالمراحل الشكلية الواجب توافرها لإصدار قانون داخلي معين لإنفاذها، وأوضحت المحكمة الدستورية في تفسيرها بعض الإجراءات الواجب اتباعها من أجل تسهيل إعمال الاتفاقيات الدولية، وبالتحديد تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، بمراجعة التشريعات الوطنية، لجعلها تتوافق مع مقتضيات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والآليات الخاصة بحمايتها، كل ذلك بما لا يتناقض مع الهوية الدينية والثقافية للشعب الفلسطيني.

إن المطلع على حيثيات القرار سيلاحظ أن المحكمة الدستورية استحدثت قاعدة دستورية جديدة، متجاوزة أهدافها الأساسية في تفسير القانون الأساسي، ومعتدية بذلك على السلطة التأسيسية الأصلية صاحبة الاختصاص الأصيل في استحداث قواعد دستورية، ليس فقط باعتبار أن الاتفاقيات الدولية جزء من مصادر القانون، بل لاعتبارها تعلو التشريعات العادية، وما يرتبط بذلك من تبعات متعددة، وبالتحديد في ظل عدم وجود أي إشارة صريحة لاختصاص المحكمة الدستورية الفلسطينية بالرقابة على دستورية الاتفاقيات الدولية. فالتفسير الدستوري يهدف بشكل عام إلى تحقيق أمرين؛ الأول لإزالة الغموض في النصوص الدستورية، وتوضيح المعنى الذي يقصده المشرع الدستوري، وذلك في حال كانت هذه النصوص تحتوي على مبادئ عامة غير مفصلة.[١] أما الأمر الثاني فيتمثل بكشف الغايات الحقيقية وراء النصوص الدستورية، التي قد تحتوي في بعض الأحيان على مجموعة من القواعد الضمنية. ولمّا كان القاضي الدستوري مختصّاً بتفسير النصوص الدستورية؛ فإنه قادر على استنباط قواعدها الضمنية، لمواجهة ما اعتراها من نقص، دون أن يرقى ذلك إلى إنشاء قاعدة دستورية جديدة،[٢] كما فعلت المحكمة الدستورية الفلسطينية.

وبعد الإطلاع على التوجهات الدستورية السابقة الذكر، نجد أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد تعرضت لمسألة مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، في قرارين؛ ولم تتبنّ نظاماً موحداً في توجهاتها، فالطعن الدستوري الذي يحمل الرقم (٢٠١٧/٤) يتبع نظرية "وحدة

(١) شيحا، إسلام. "التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي". **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية** (مصر)، عدد ١ (٢٠١٦)، ١٠٥.

(٢) أبو يونس، محمد. "الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الكويتي". **دار الجامعة الجديدة للنشر** (الكويت)، (٢٠٠٨)، ٩.

القانونين"؛ التي تعتبر أن القواعد الدولية والوطنية يشكلان نظاماً قانونيّاً واحداً، حين أقرت المحكمة بسمو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على التشريعات الوطنية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب الفلسطيني، دون أن تشترط لنفاذها إصدارها بموجب قانون. على خلاف تفسيرها الدستوري الذي يحمل الرقم (٢٠١٧/٥)، الذي بموجبه تبنّت نظرية "ثنائية القانونين" التي تقرر أن القانونين الدولي والداخلي مستقلان ومنفصلان عن بعضهما شكلاً وموضوعاً بشكل تام؛ فلا يمكن للقضاء الوطني أن يطبق القواعد الدولية ومن ضمنها اتفاقيات حقوق الإنسان أو تفسيرها إلا إذا تم إصدارها بموجب تشريعات وطنية.[١] ويمكن الاستدلال على ذلك حينما أشارت المحكمة الدستورية في تفسيرها للمادة (١٠) من القانون الأساسي الفلسطيني بأن الاتفاقيات الدولية لا تعد بذاتها قانوناً يطبق في فلسطين، وإنما لا بد أن تكتسب القوة من خلال مرورها بالمراحل الشكلية الواجب توافرها لإصدار قانون داخلي معين لإنفاذها، بالتالي اعتبرت أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان غير نافذة في النظام القانوني الفلسطيني بمجرد الانضمام لمثل هذه الاتفاقيات، وإنما يتطلب الأمر إصدارها بموجب تشريع يمر بكافة المراحل الإجرائية.

ونشير بأنه لا يوجد خلاف بين هذه القرارات –الطعن الدستوري والتفسير الدستوري– حول سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية، على أن تبقى أدنى مرتبة من القانون الأساسي الفلسطيني، إلا أن الإشكالية تثور حول آلية نفاذ هذه الاتفاقيات ضمن المنظومة الوطنية الفلسطينية، وتبعاً لذلك بمدى انطباق مفهوم نظرية "وحدة القانونيين" أو "ازدواجية القانونيين" عليها.

وبكل الأحوال فإن توجهات المحكمة الدستورية قد تخلق بعض الإشكاليات في تطبيق التزامات فلسطين الدولية، لذلك أوصت لجان حقوق الإنسان لمتابعة تنفيذ بعض الاتفاقيات الدولية المنضمة إليها دولة فلسطين، وعلى وجه الخصوص لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ولجنة حقوق الطفل واللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على ضرورة إدراج جميع أحكام الاتفاقيات في القوانين المحلية الفلسطينية وضمان تنفيذها في قطاع غزة والضفة الغربية، بما في ذلك القدس الشرقية؛ والحرص على ألا يؤدي تفسير المحكمة الدستورية العليا حول مكانة الاتفاقيات الدولية إلى إعفاء فلسطين من التزاماتها بموجب الاتفاقيات،[٢] وهو الأمر الذي لم يتحقق إلى الآن.

---

(١) للمزيد حول هذا مذهب "ثنائية القانونين"، انظر: المطلب الأول من المبحث الأول في هذا البحث.

(٢) انظر: التوصية رقم (٧)، الملاحظات الختامية المقدمة من لجنة حقوق الطفل بشأن التقرير الأولي لدولة فلسطين؛ التوصية رقم (١٣/ب)، الملاحظات الختامية المقدمة من اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بشأن التقرير الجامع للتقريرين الأول والثاني لدولة فلسطين؛ التوصية رقم (١٣)، الملاحظات الختامية المقدمة من اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بشأن التقرير الأولي لدولة فلسطين، تم نشرها على موقع الأمم المتحدة.

وعلى صعيد مختلف يمكن الإشارة إلى أن المحاكم الدستورية في العديد من الدول لم تكتف بتحديد مكانة الاتفاقيات الدولية، ومنها المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني، بل وأسهمت في الارتقاء بحقوقه؛ فالمحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا اعتمدت عند إصدارها لقرارتها بالنظر في دستورية القوانين ومدى اتفاقها وتعارضها مع الدستور والحقوق المنظمة ضمنها، وكذلك الاستعانة بالوثائق الدولية المتعلقة بالحقوق ذاتها والقوانين الأجنبية في حال اتفاقها مع النص المتبنى على المستوى الوطني. وفي ذلك قضت بإلغاء عقوبة الإعدام الواردة في قانون الإجراءات الجنائية؛ لانتهاكها النصوص الواردة في الدستور، وبالتحديد المواد التي تحظر تعرض الفرد للتعذيب أو المعاملة القاسية غير الإنسانية، أو التي تحط من كرامته،[١] وكذلك حق الفرد في الحياة، وسوّغت المحكمة موقفها في ذلك بالاعتماد على الاتفاقيات الدولية، وقرارات المحاكم في هنغاريا وتنزانيا والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في ذلك.

وفي البرازيل، عندما واجهت المحكمة العليا صعوبة في تعريف "التعذيب" استرشدت بالمعاهدة الدولية المناهضة للتعذيب المصادق عليها من الجهات الداخلية المختصة في الدولة، وإن كان هذا الرجوع على سبيل الاستئناس. وفي قضية أخرى عن حقوق السكان الأصليين قامت المحكمة بالاقتباس من الاتفاقيات الدولية.[٢]

وفي قضايا مشابهة أقرت المحكمة الهندية أن التحرش في أماكن العمل ليس فقط جريمة، إنما هو عائق يحول دون تولي المرأة للوظائف، واستندت المحكمة في ذلك إلى الاتفاقيات الدولية، وطالبت المحكمة باستخدام مبادئ هذه الاتفاقيات كمبادئ توجيهية وإدخالها كلوائح في أماكن العمل.[٣] مع الإشارةإلى أنه لا يوجد أي نص خاص يوضح العلاقة بين القانون الدولي والداخلي في الهند، ولكن المحاكم أشارت إلى أن القانون الدولي يجب أن يكون أداة تفسيرية أو توجيهية أثناء الفصل في

(١) انظر: المادة (١٢)، دستور جنوب إفريقيا لعام ١٩٩٦ وتعديلاته.

(2)Kweitel, Juana. Ranbir Singh and Frans Viljoen, the role and impact of international and foreign law on adjudication in the apex courts of Brazil, India and South Africa, in: Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India, and South Africa. Edited by Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen (Pretoria University Law Press, 2013), 179-182.

(3)Jaising, Indira. Gender justice and the Indian Supreme Court: The post-colonial project, in: Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India, and South Africa. Edited by Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen (Pretoria University Law Press, 2013), 233-250.

القضايا،[١] أما فيما يخص القانون الأجنبي المقارن فقد توجهت المحاكم العليا بالرجوع والإشارة إليه أو الاقتباس منه.[٢]

بعد أن استعرضنا التنظيم الدستوري لمكانة الاتفاقيات الدولية، ومنها المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام الدستوري الفلسطيني، وموقف القضاء الدستوري من ذلك، التي أقرت بسمو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على التشريعات الوطنية وفقاً لمعايير محددة، ننتقل إلى المبحث الثاني لمناقشة الالتزامات الدولية المترتبة على فلسطين لانضمامها إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

المبحث الثاني: الالتزامات الدولية المترتبة على فلسطين لانضمامهاإلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان

انضمت فلسطين إلى العديد من الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بحقوق الإنسان، بعد الاعتراف بها "كدولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة" بتاريخ ٢٩ تشرين الثاني للعام ٢٠١٢، وترتب على هذا الانضمام العديد من الالتزامات، الهادفة إلى تطبيقها على المستوى الوطني والدولي.

وعلى الصعيد الدولي يوجد العديد من الهيئات التي تهتم بمتابعة حماية حقوق الإنسان وحرياته، منها اللجان الدولية المشكلة طبقاً لنصوص كل اتفاقية، والتي يعهد إليها بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات وإعمال أحكامها، وتتنوع أساليب عمل هذه اللجان بين نظام التقارير، ونظام الشكاوى، وبلاغات الدولة، وحق المبادرة الخاصة، وتختلف تفاصيل عمل كل منها من اتفاقية إلى أخرى.

وفيما يلي سنتعرض للالتزامات المترتبة على انضمام فلسطين إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة، والبرتوكول الملحق بها، والمنظمة بموجب هذه الاتفاقيات، على سبيل الحصر؛ لأن مثل هذه الاتفاقيات تنظم الحقوق الأساسية المرتبطة بها الحقوق الفردية الأخرى، وذلك في مطلبين الأول بعنوان المواءمة بين التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية واتخاذ التدابير الوطنية، أما الثاني بعنوان الالتزامات الدولية الاتفاقية الأخرى.

(١)إن مكانة الاتفاقيات الدولية في الهند أدنى من القانون العادي، فليس لها أي قوة قانونية في النظام القانوني للدولة إلا بعد أن يتم إقرارها من البرلمان بقوة القانون. المادة (٢٣٥)، دستور الهند لعام ١٩٤٩ وتعديلاته.

(2)Kweitel, Juana, Ranbir Singh and Frans Viljoen, The role and impact of international and foreign law on adjudication in the apex courts of Brazil, India and South Africa, in: Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India, and South Africa. Edited by Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen (Pretoria University Law Press, 2013), 179-182.

المطلب الأول: المواءمة بين التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية واتخاذ التدابير الوطنية

يترتب على الدولة المنضمة إلى الاتفاقيات الدولية بشكل عام، والمتعلقة بحقوق الإنسان بشكل خاص أن توائم تشريعاتها الوطنية مع نصوص الاتفاقية، من خلال إجراء مراجعة شاملة للتشريعات والقوانين الوطنية ذات العلاقة، ومن ضمنها الاتفاقيات موضوع البحث، فالمادة (٢) من اتفاقية "مناهضة التعذيب"، والمادة (٢) من اتفاقية "سيداو" ألزمت الدول الأطراف فيها باتخاذ الإجراءات التشريعية والإدارية والقضائية لإعمال الأحكام الواردة في هذه الاتفاقيات.

ولغاية متابعة تنفيذ فلسطين لالتزاماتها الدولية، وبالتحديد "المواءمة"؛ أصدر الرئيس الفلسطيني "محمود عباس" قراراً بتشكيل لجنة يطلق عليها "اللجنة العليا لمتابعة انضمام دولة فلسطين للمؤسسات والمواثيق والمعاهدات والبرتوكولات الدولية" بتاريخ ٧ نيسان ٢٠١٤،[١] وتفرع عن اللجنة العليا العديد من اللجان الفرعية، أهمها: "لجنة مواءمة التشريعات"؛ لمتابعة الانضمام إلى المعاهدات والمواثيق الدولية.[٢] تتولى "لجنةمواءمة التشريعات" العديد من الاختصاصات الهادفة لمتابعة مواءمة التشريعات الفلسطينية مع الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، ومنها "سيداو" و "مناهضة التعذيب"، وتهتم بمراجعة التشريعات المعمول بها في فلسطين ومشاريع القوانين، وتحديد أولويات التشريعات سواء باستحداث تشريعات أو تعديلها بما يتفق وأحكام الاتفاقيات الدولية، وذلك بالشراكة مع مؤسسات المجتمع المدني ذات الاختصاص، على أن تقدم توصياتها لمجلس الوزراء؛ لاتخاذ المقتضى القانوني لمتابعة تنفيذها، وذلك بالتعاون مع اللجنة العليا المشكّلة بقرار من رئيس دولة فلسطين. وسنقوم بتفصيل الإخفاقات والإنجازات في موضوع مواءمة اتفاقيتي "سيداو" و"مناهضة التعذيب"، وفقا للتفصيل الآتي:

---

(١) تتكون اللجنة من وزير الخارجية رئيساً، وعضوية العديد من الوزرات والجهات ذات العلاقة، وتتمثل بوزارة الداخلية، والعدل، والشؤون الاجتماعية، وشؤون المرأة، والسفير رياض منصور، وإيلي صنبر، وإبراهيم خريشة "مقرراً".

(٢) تضم اللجنة في عضويتها وزارة العدل مقرراً، ووزارة الداخلية، والخارجية والمغتربين، والمالية، والاقتصاد الوطني، والتنمية الاجتماعية، وشؤون المرأة، والثقافة، والأمانة العامة لمجلس الوزراء، وديوان الفتوى والتشريع، والهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ونقابة المحاميين النظاميين الفلسطينيين، ودائرة شؤون المفاوضات، والاتحاد العام للمرأة الفلسطينية. انظر: قرار مجلس الوزراء رقم (١٨/٢/١) لعام ٢٠١٩، في ٢٠١٩/٤/٢٢.

١. اتفاقية "سيداو"

إن القانون الأساسي الفلسطيني الذي يحتل المرتبة العليا في النظام القانوني الفلسطيني،[١] يتفق ببعض أحكامه مع تنظيم بعض الحقوق الواردة في "اتفاقية سيداو"،[٢] من خلال تأكيده وبشكل صريح على مبدأ المساواة بين الجنسين في مقدمته، وكذلك ما أوردته المادة (٩)، التي تنص على: "الفلسطينيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس".[٣] إلا أن النصوص الدستورية لم تتضمن أحكام صريحة تحاكي حقوق المرأة وفقاً لما هو وارد في اتفاقية "سيداو"، ولم تورد تعريفاً للتميز على النحو الوارد في المادة الأولى من ذات الاتفاقية، بل وأن بعض التشريعات الوطنية المطبقة في فلسطين لا تتفق وأحكام هذه الاتفاقية، وتحمل فيطياتها التمييز بين الرجل والمرأة، على أسس مختلفة، مما يخالف التزامات فلسطين الدولية ذات العلاقة. ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المطبق على الضفة الغربية،[٤] الذي يميز مثلاً في عقوبة الزنا بين المرأة والرجل المتزوج وغير المتزوج.[٥] وكذلك الأمر قوانين الأحوال الشخصية، ومنها قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦ النافذ في الضفة الغربية،[٦] وقانون حقوق العائلة

(١) يحتل القانون الأساسي مرتبة الدستور في النظام القانوني الفلسطيني، وتم تسميته بـــ "القانون الأساسي"؛ لأنه مؤقت وسيحل محله دستور. للمزيد انظر: خليل، فلسطين بين دستور الدولة والحاجة إلى ميثاق وطني، ص١٩-٢٢.

(٢) تتحفظ بالعادة معظم الدول العربية على بعض أحكام الواردة في اتفاقية "سيداو"؛ ونورد بعض الأمثلة عليها، دولة الإمارات العربية، التي تحفظت على المواد (٢)، (٩)، (١٥/٢)، (١٦) من بنود هذه الاتفاقية، وكذلك الأمر تتحفظ دولة مصر على المواد ذاتها إضافة إلى المادة (٢٩)، وهو الأمر المتبع في بعض الدول العربية. وهنالك بعض الدول قامت بسحب تحفظاتها، ومنها دولة تونس التي سحبت تحفظها على المادة (٩) في عام ٢٠٠٦، أما دولة المغرب فقد سحبت كافة تحفظاتها على اتفاقية "سيداو" في ٢٠٠٨/١٢/١٠ بمناسبة ذكرى الإعلان العالمي لحقوق الانسان الستين.

(٣) للمزيد انظر: التقرير الأولي لدولة فلسطين، المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بموجب المادة (١٨) منه، في الدورة السبعين للجنة، بتاريخ ٢٠١٨/٧/١١، ص٤. للمزيد انظر: تقرير مؤسسة الحق المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بشأن التقرير الرسمي الأول لدولة فلسطين، (٢٠١٨).

(٤) قانون العقوبات الأردني، رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (١٤٨٧)، في ١٩٦٠/٥/١، ص٣٧٤.

(٥) انظر: المادة (٢٨٢) من قانون العقوبات الأردني المطبق في الضفة الغربية.

(٦) قانون الأحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (٢٦٦٨)، في ١٩٧٦/١٢/١، ص٥٥١.

الصادر بالأمر رقم (٣٠٣) للعام ١٩٥٤ الساري في قطاع غزة،[١] بما تتضمنه من نصوص تتعارض مع اتفاقية "سيداو" وبالتحديد في موضوع الولاية والوصاية، وفسخ عقد الزواج، والميراث، وتعدد الزوجات، والحضانة، وأخرى تتعلق بالإجهاض الرضائي، والأموال المشتركة وغيرها كثيرة.

وإن كان هنالك بعض المحاولات لإجراء مواءمة للتشريعات الوطنية ذات العلاقة مع أحكام اتفاقية "سيداو"، فمثلاً: قامت "لجنة التشريعات العادلة للنوع الاجتماعي" المنبثقة عن "لجنة المواءمة" والتي تضم بعضويتها مؤسسات حكومية، وكذلك المجتمع المدني بإعداد خطة للمواءمة التشريعية باتفاقية "سيداو" لعدة قوانين منها (الإجراءات الجزائية، العقوبات، الأحوال الشخصية، الانتخابات).[٢] وفي ذات السياق وانطلاقاً من الالتزامات الدولية التي تحظر التمييز، ألغى رئيس دولة فلسطين العديد من النصوص التي تحمل في طياتها التمييز، وعدل بعض الأحكام الواردة في قانون العقوبات المطبق في الضفة الغربية التي تبرر قتل النساء تحت اسم "القتل على خلفية الشرف"، استناداً للمادة (٤٣) من القانون الأساسي التي تتيح له إصدار قرارات بقوانين في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير وفي غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي. ومنها إلغاء المادة (٣٤٠) ذات العلاقة بالأعذار القانونية المحلة في القتل، في حالات التلبّس بالزنا أو الفراش غير المشروع،[٣] وكذلك إلغاء المادة (٩٨) المتعلقة باستثناء الأنثى من الأعذار القانونية المخففة في حالات القتل أو الإيذاء،[٤] والمادة (٩٩) حيث تم استثناء الجرائم من نوع "الجنايات" على النساء والأطفال من الأسباب المخففة القضائية،[٥] وأخيراً إلغاء المادة (٣٠٨) المتعلقة بزواج المغتصب من المغتصبة.وحديثاً أصدر الرئيس قراراً بقانون يتيح بموجبه للأم فتح حساب مصرفي لأبنائها القاصرين.[٦] أما قانون التنفيذ الشرعي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٦، الذي تم تبنيه بعد انضمام فلسطين لاتفاقية "سيداو" فقد راعى بعض المعايير الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والنوع الاجتماعي، المترتبة على الانضمام لاتفاقية "سيداو"، حينما أورد في نصوصه

(١) أمر رقم (٣٠٣) لسنة ١٩٥٤، بشأن قانون حقوق العائلة، الوقائع الفلسطينية (الإدارة المصرية)، العدد (٣٥)، في١٩٥٤/٦/١٥، ص٨٦٩.

(٢) انظر: التقرير الأولي لدولة فلسطين، المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة.

(٣) القرار بقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١١، الوقائع الفلسطينية، العدد (٩١)، في ٢٠١١/١٠/١٠، ص١٧.

(٤) القرار بقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤، الوقائع الفلسطينية، العدد (١٠٨)، في ٢٠١٤/٠٧/١٥، ص٦.

(٥) القرار بقانون رقم (٥) لسنة ٢٠١٨، الوقائع الفلسطينية، العدد (١٤١)، في ٢٠١٨/٠٣/٢٥، ص٢٩.

(٦) القرار بقانون، الوقائع الفلسطينية، العدد (٢٢)، في ٢٠١٩/١١/٣، ص١٦١.

تميزاً إيجابيّاً لصالحها مثل عدم جواز حبسها وهي حامل، وأضاف كذلك بعض التدابير التي تضمن تحصيلها لحقوقها المالية المترتبة على عقد الزواج.[١]

أما بخصوص التدابير المتخذة في إطار الملاءمة،[٢] فيجري العمل حالياًعلى استكمال مشروع قانون عقوبات فلسطيني موحد، المادة (٥٤٦) منه عرّفت التمييز بشكل صريح بموجبه وأوردت عقوبات على من يطبقه، وكذلك مشروع قرار بقانون حماية الأسرة من العنف، الذي أورد نصوصاً صريحة توضح مفهوم التمييز ضد المرأة، وجرم التحرش الجنسي واغتصاب الزوجات، واستحدث قضاء متخصصاً للعنف الأسري،[٣] كل ذلك بما يتلاءم مع القواعد الدولية الناظمة لحقوق المرأة وتهيئة سبل الانتصاف الفعالة.

وبالمجمل؛ على الرغم من انضمام فلسطين لاتفاقية "سيداو" قد تم منذ خمس سنوات إلا أن المحاولات المبذولة للمواءمة ما زالت غير كافية؛ فالعديد من التشريعات الوطنية لا تتفق مع أحكام اتفاقية "سيداو"كتلك التي تنص بشكل صريح على مبدأ المساواة بين الجنسين، سواء بالميراث أو الحضانة أو الزواج وفسخه، وأخرى غير منظمة ضمن نصوصها.

٢. اتفاقية "مناهضة التعذيب"

إن المطّلع على التشريعات العقابية والجزائية المطبقة في فلسطينيجد أنها تضمنت بعض الأحكام الإجرائية أو الحقوقية العامة الهادفة بمجملها إلى حظر التعذيب وإساءة المعاملة بإطارها العام، ومنها المادة (١٣) من القانون الأساسي الفلسطيني،[٤] بالإضافة إلى بعض النصوص التشريعية ذات العلاقة التي حظرت وبشكل صريح إخضاع بعض الفئات المخاطبة بموجب هذه النصوص التشريعية للتعذيب

(١) التقرير الأولي لدولة فلسطين، المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة.

(٢) من التدابير التي تم اتخاذها لتنفيذ اتفاقية "سيداو" إنشاء نيابة متخصصة في حماية الأسرة من العنف، وتترأسها امرأة، كما واتخذ القضاء الشرعي عدداً من التدابير الوقائية لمنع استغلال المرأة في البغاء، وكذلك أصدر العديد من التعميمات المتعلقة بالتخارج لحماية حقوقها. ومنذ عام ٢٠١٧ تم إعفاء النساء ضحايا العنف من كافة رسوم التقارير الطبية الصادرة عن المشافي الحكومية. كما وتعمل الحكومة على دمج مفهوم النوع الاجتماعي في الخطط التشريعية والتنموية، وتخصيص الموارد الوطنية لذلك. انظر: التقرير الأولي لفلسطين، المقدم إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

(٣) يجري العمل على إصدار مشروع قانون حماية الأسرة من العنف، وقد تم إحالته إلى مجلس الوزراء لتبنّيه بصيغته النهائية بعد مراجعته من قبل مواءمة التشريعات الوطنية، للمزيد انظر: الإجابات التي قدمتها دولة فلسطين فيما يتعلق بالأسئلة ذات العلاقة بالمادة (٥) من اتفاقية "سيداو".

(٤) تنص المادة (١/١٣)، القانون الأساسي المعدل، على: "لا يجوز إخضاع أحد لأي إكراه أو تعذيب".

أو إساءة المعاملة؛ ومن ذلك أحكام المادة (٧) من القرار بقانون لعام ٢٠١٦ بشأن حماية الأحداث،[١] والمادة (٦٨) من قانون الطفل الفلسطيني رقم (٧) للعام ٢٠٠٤،[٢] كذلك الأمر المادة (٣٧) من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل وتعديلاته رقم (٦) للعام ١٩٨٨.[٣] وبعض التشريعات اعتبرت أن الإجراءات التي قد تصدر نتيجة لممارسة التعذيب غير قانونية، ومن ضمنها المادة(٢/١٣) من القانون الأساسي الفلسطيني وبعض النصوص الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية.[٤] وكذلك تكفل التشريعات السارية في فلسطين العديد من الضمانات والتدابير التي من شأنها أن تمنع ارتكاب جريمة التعذيب، وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وعدم إفلات مرتكبيها من العقاب، وتفرض رقابة على أماكن الاحتجاز والإصلاح والتأهيل، وتحدد شروط وظروف الاعتقال والاحتجاز.[٥] فقانون الإصلاح والتأهيل نص على منع إدارة مراكز الاحتجاز من ممارسة أي أفعال تعذيب أو استعمال الشدة على النزيل.[٦]

كما وتمت مراعاة المعايير الدولية لأحكام التعذيب أو المعاملة القاسية بالنسبة للحدَث، في القرار بقانون لسنة ٢٠١٦ بشأن حماية الأحداث،[٧] وما تبعه من استحداث قطاع عدالة جنائية متكاملة لضمان لضمان عدم تعرضه لأي معاملة غير إنسانية، وتتشكل من دوائر شرطية متخصصة يطلق عليها

(١) انظر: المادة (١/٧)، القرار بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٦، بشأن حماية الأحداث، الوقائع الفلسطينية، العدد (١١٨)، في ٢٠١٦/٢/٢٨، ص٨.

(٢) انظر: المادة (٦٨)، قانون الطفل الفلسطيني للعام ٢٠٠٤، الوقائع الفلسطينية، العدد (٥٢)، في ٢٠٠٥/١/١٨ــ ص١٣.

(٣) تنص المادة (٢/٣٧) من قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل "السجون"، الوقائع الفلسطينية، العدد (٢٤)، في ١٩٩٨/٧/١، ص٨٧، على: "يمنع تعذيب النزيل أو استعمال الشدة معه".

(٤) تنص المادة (٢/٢٧٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته، الوقائع الفلسطينية، العدد (٣٨)، في ٢٠٠١/٩/٥، ص٩٤. على: "كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وتحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه" أما المادة (١/٢١٤) نصت على: "يشترط لصحة الاعتراف: أن يصدر طواعية واختياراً، ودون ضغط أو إكراه مادي أو معنوي، أو وعد، أو وعيد".

(٥) تحظر المادة (٢/١١) من القانون الأساسي القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من السفر، إلا بموجب أمر قضائي. كذلك يحدد قانون الإجراءات الجزائية في المادة (١٠٥) مدة الاحتجاز التحفظي في مراكز التوقيف. ويلزم القانون ذاته وكيل النيابة في المواد (٩٩، ١٠٠) بمعاينة جسم المتهم، وأن يثبت كل ما يشاهده فيه من إصابات ظاهرة وسبب حدوثها في سجل رسمي.

(٦) المادة (٢/٣٧)، قانون بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل "السجون".

(٧) إن المادة (٧)، القرار بقانون بشأن حماية الأحداث تضمن حق الحدث في المعاملة الإنسانية وحظر إخضاعه للتعذيب الجسدي أو المعنوي أو العقوبة أو المعاملة القاسية أو الحاطة بالكرامة الإنسانية. كذلك حظرت المواد (٦٨) و(٦٩) من قانون الطفل الفلسطيني المعدل تعذيب الحدث أو معاملته معاملة لاإنسانية أو حاطة بالكرامة.

"شرطة الأحداث"، و"دائرة متخصصة" في النيابة العامة، و"هيئة خاصة" لقضايا الأحداث من درجة قاضي محكمة بداية.[١]

أما بخصوص السياسات والتدابير التي اتخذتها الجهات المختصة لإعمال اتفاقية "مناهضة التعذيب" انطلاقاً من التزامها بموجب نص المادة (٢) من ذات الاتفاقية، فقد أصدرت العديد من الوزارات تعليمات، ووقعت مذكرات تفاهم، وعقدت تدريبات هادفة إلى إعمال اتفاقية "مناهضة التعذيب" كل في مجال تخصصها.[٢] ومن ذلك أصدرت وزارة الداخلية التعليمات اللازمة لتعميم اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، على كافة الأجهزة الأمنية ومنتسبيها، كذلك تبنت دليل الإجراءات التشغيلية الموحد للخدمات الصحية المقدمة في مراكز الإصلاح والتأهيل؛ وذلك بهدف رفع وعي العاملين في مراكز الاحتجاز والتوقيف ومراكز الإصلاح والتأهيل بالرعاية الصحية المتوائمة مع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها دولة فلسطين.[٣]

وانطلاقاً من الالتزامات الدولية ذات العلاقة وقع رئيس دولة فلسطين في عام ٢٠١٨ على"مدونة الأخلاقيات وقواعد السلوك العامة لمنتسبي الأمن الفلسطيني" لتكون المرجعية لقوى الأمن، أثناء القيام بواجبها؛ لضمان حالة التوازن بين الحفاظ على الحقوق والحريات العامة، ومقتضيات الحفاظ على الأمن والنظام، بما يتواءم مع المعايير الدولية. وغيرها من المذكرات والتدريبات ذات الصلة التي تعقدها كل وزارة في مجال تخصصها.[٤]

وعلى الرغم من أن التنظيم التشريعي الفلسطيني تعرض في بعض نصوصه لجملة من الأحكام المتعلقة بالتعذيب وتجريمه، ومحاولة الجهات المختصة بتنفيذ الالتزامات الواردة في اتفاقية "مناهضة التعذيب"، إلا أنها لا تنسجم مع كافة أحكام الاتفاقية؛ الأمر الذي يخلق إشكالية في تنفيذ التزاماتها الدولية، فالنصوص التشريعية الفلسطينية خلت من تنظيم بعض الأحكام التي استعرضتها اتفاقية "مناهضة التعذيب"، نذكر منها: تعريف مصطلح "جريمة التعذيب" و"إساءة المعاملة" على النحو الوارد

---

(١) التقرير الأولي المقدم من دولة فلسطين إلى لجنة مناهضة التعذيب، في ٢٠١٩/٩/١٤.

(٢) نذكر منها تشكيل فريق متخصص لمتابعة التزامات وزارة الداخلية بقضايا حقوق الإنسان وسيادة القانون؛ بهدف زيادة حالة الوعي لدى الوزارة والأجهزة الأمنية بقضايا حقوق الإنسان وضمان حمايتها وصونها، والعمل على إنجاز التقارير الدورية والسنوية وغيرها اللازمة للمعاهدات والاتفاقيات التي تكون دولة فلسطين طرفاً فيها المتعلقة بعمل وزارة الداخلية.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: التقرير الأولي المقدم من دولة فلسطين إلى لجنة مناهضة التعذيب، ٢٧-٢٩؛ ٣٧_٤١.

في المادة الأولى من اتفاقية "مناهضة التعذيب" باعتبار كل منهما جريمة منفصلة محددة الأركان قائمة بذاتها عن غيرها من الأفعال الماسة بسلامة الجسد، بل واكتفت التشريعات العقابية بتجريم مرتكب جريمة التعذيب بعقوبة "الجنحة"،[١] بما يخالف أحكام اتفاقية "مناهضة التعذيب" والمبادئ التوجيهية ذات العلاقة، التي أفادت بضرورة تغليظ العقوبة على مرتكب الجريمة، على أن يمتد نطاق التجريم ليشمل حالات الشروع والتحريض والمشاركة والتواطؤ.كما ولم تتضمن المنظومة التشريعية الفلسطينية على خلاف توجهات اتفاقية "مناهضة التعذيب" أي حظر للتعذيب أثناء حالة الطوارئ. وكذلك لم تنص التشريعات السارية في فلسطين التي تنظم حالات تسليم الأشخاص والمجرمين صراحةً على حظر طرد أي شخص أو إعادته أو تسليمه إلى دولة أخرى إذا ما كان عرضة للتعذيب فيها،[٢] على الرغم من أن نص المادة (٣) من الاتفاقية يحظر وبشكل صريح تسليم أي شخص أو طرده أو إعادته إلى دولة قد يتعرض فيها للتعذيب.[٣] إضافة إلى ما سبق فإن النظام القانوني الفلسطيني غير قادر على إنصاف وتعويض ضحايا جرائم التعذيب وسوء المعاملة، حيث اكتفت التشريعات الفلسطينية بضمان أحد أشكال إنصاف المتعرضين لفعل من أفعال التعذيب بالتعويض المادي فقط، استناداً للقواعد العامة التي تمنح الفرد المتضرر الحق بالمطالبة بالتعويض وإن لم تخصصها للأفعال التي تشكل جريمة وفقاً للأركان والشروط المحددة بموجب المادة الأولى من الاتفاقية، كذلك لم تدرج النصوص القانونية باقي الضمانات المتمثلة بتأهيلهم ورد حقوقهم وجبر ضررهم، بل أن قانون دعاوى الحكومة رقم (٢٥) لسنة ١٩٥٨ المطبق في الضفة الغربية وتعديلاته بموجب القرار بقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٤ لا يسمح برفع دعاوى ضد الحكومة الفلسطينية وأجهزتها للتعويض عن انتهاكات قامت بها الجهات التابعة

(١) انظر: المادة (٢٠٨)، قانون العقوبات الأردني للعام ١٩٦٠؛ والمادة (١٠٨) من قانون العقوبات الانتدابي للعام ١٩٣٦؛ وكذلك المادة (٢٨٠) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية للعام ١٩٧٩.

(٢) إن فلسطين منضمة إلى العديد من الاتفاقيات الإقليمية والدولية التي تتضمن التزاماً بتسليم الأشخاص ومن ضمنها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي والاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب والاتفاقية العربية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب والاتفاقية الخاصة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، ولم تنص تلك الاتفاقيات على رفض تسليم الأفراد في حال الاعتقاد بأن الشخص سيكون معرضاً للتعذيب في حالة تسليمه، الأمر الذي قد يشكل تنازع بينها وبين اتفاقية "مناهضة التعذيب".

(٣) حظرت نصوص القانون الأساسي المعدل في المادة (٢٨) تسليم أي فلسطيني لأية جهة أجنبية أياً كان السبب دون أدنى إشارة إلى التعذيب. وكذلك ذهبت المادة (٦) من قانون تسليم المجرمين لسنة ١٩٢٧ الساري في الضفة الغربية والمادة (٧) من قانون تسليم المجرمين لسنة ١٩٢٦ الساري في قطاع غزة. والمادة (١٦) من قانون المخابرات العامة لعام ٢٠٠٥.

للدولة ومن ضمنها ارتكاب جرائم التعذيب وسوء المعاملة، حيث أن التعويض على هذه الانتهاكات غير وارد ضمن الحالات "الحصرية" في القانون المذكور، وكذلك تنفيذ الأحكام القضائية ضد الحكومة، المُبينة حصراً في القانون المذكور، لا تتم إلا بعد الحصول على موافقة من رئيس الوزراء الفلسطيني، وهو الأمر المتعذر إنفاذه على الصعيد العملي.

وكذلك يتعين إجراء موائمة للتشريعات والتطبيقات الخاصة بالولاية القضائية في جرائم التعذيب بخصوص إحالة المتهمين بارتكابها للقضـــاء النظامي، فعلى الرغـــم من أن القرار بقانون رقم (٢) لســـنة ٢٠١٨ بشأن الهيئة القضائية لقوى الأمن، أكد على اختصاص القضاء العسكري بالشأن العسكري فقط. إلا أن المحكمة الدستورية العليا بقرارها التفسيري رقم (٢٠١٨/٢)،[١] اعتبرت أن الشرطة الفلسطينية قوة عسكرية تخضع للقضاء العسكري مخالفة بذلك القانون الأساسي والمعايير الدولية لحقوق الإنسان والممارسات الفضلى ذات العلاقة، التي تعتبر أن الشرطة جهاز مدني ويحظر عرضه على القضاء العسكري، وأن القضاء النظامي وحده دون غيره يختص بمتابعة كافة الانتهاكات الجسيمة التي تطال حقوق الإنسان وحرياته.[٢]

استناداً إلى ما سبق نجد أن الأمر يتطلب إجراء مراجعة شاملة للتشريعات الفلسطينية، منها: قانون الإجراءات الجزائية للعام ٢٠٠١، وقانون العقوبات الأردني، وقوانين الأمـــن مثل قانون المخابـــرات العامة ٢٠٠٥، وقانون الخدمة في قوى الأمن ٢٠٠٥، بما يتضمن من نصوص إجرائية وقائية وأخرى علاجية لمنع العذيب، وتنظيم الشروط الواجب توفرها في الأشخاص الذين يتم اختيارهم للعمل مع المحتجزين، لتحقيق التزامات فلسطين الدولية.

وبعد استعراض المنظومة التشريعية الفلسطينية ومدى اتفاقها أو تعارضها مع أحكام اتفاقيتي "سيداو" و"مناهضة التعذيب" موضوع البحث، نشير إلى وجود بعض العوامل المعززة لعدم اتفاق بعض النصوص القانونية مع أحكام الاتفاقيات الدولية موضوع الدراسة، وتتجسد بأن العديد من التشريعات المطبقة في فلسطين تم تبنّيها قبل إنشاء السلطة الفلسطينية،فهي من جهة لا تتلاءم واحتياجات المجتمع في الوقت الحالي وتطوراته، ومن جهة أخرى تختلف معظم هذه التشريعات بين الضفة الغربية وقطاع

(١)حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (٢٠١٨/٢)، الوقائع الفلسطينية، العدد (١٤٨)، في ٢٠١٨/١٠/٢٣، ص١٣٢.

(٢) أوصت لجنة مناهضة التعذيب مرات عدة وكذلك اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والمنبثقة عن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بضرورة التزام الدول بمحاكمة المشتبه بهم بارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان أمام المحاكم المدنية، وهو ذات الأمر الذي تبنته لجنة حقوق الإنسان في العديد من قراراتها، وكذلك أثبتته المبادئ الدولية الخاصة بإقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية في بنود عدة.

غزة، وبالتحديد تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية وقوانين العقوبات ذات العلاقة بموضوع الدراسة. وعلى الرغم من أن بعض التشريعات الموحدة تم تبينها عند إنشاء السلطة الفلسطينية، إلا أن بعضها لا يتلاءم مع أحكام اتفاقيات حقوق الإنسان. وتتفاقم هذه الإشكالية في ظل عدم تحفّظ دولة فلسطين على أي من أحكام الاتفاقية التي تتعارض مع نصوص التشريعات من ناحية، وفي ظل غياب المجلس التشريعي الفلسطيني الذي يهتم أساساً بتبنّي قوانين وطنية من ناحية أخرى.

المطلب الثاني: التزامات دولية اتفاقية أخرى

ترتب العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان العديد من الالتزامات الدولية، إضافة إلى مواءمة التشريعات الوطنية مع نصوصها، وتتنوع هذه الالتزاماتوفقاً لكل اتفاقية على حدة. وسنستعرض بالتفصيل الالتزامات الدولية الأخرى المترتبة على انضمام فلسطين لاتفاقيتي "سيداو" و "مناهضة التعذيب" وبالتحديد تقديم التقارير، والشكاوى، بالإضافة إلى الآلية الوطنية الوقائية لمنع التعذيب على النحو الآتي:

١. التقاريـــر

يتعين على الدول الأطراف في اتفاقيتي "سيداو" و"مناهضة التعذيب" تقديم تقارير توضح الإطار القانوني والتشريعي لأهم التطورات التي رافقت الانضمام إلى هذه الاتفاقيات. ولهذه الغايات أنشأت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لجاناً متخصصة، تهتم بمراقبة احترام أحكامها من الدول الأطراف فيها، فالمادة (١٧) من اتفاقية "سيداو" أنشأت لجنة تدعى "لجنة القضاء على جميع التمييز ضد المرأة"،[١] بينما أنشأت "لجنة مناهضة التعذيب" وفقاً لأحكام المادة (١٧) من اتفاقية "مناهضة التعذيب".[٢]

ومن أجل متابعة تنفيذ التزام دولة فلسطين بإعداد التقارير الدورية، ومتابعة التوصيات الصادرة عن "لجان" حقوق الإنسان، وإعداد الخطط الوطنية ذات العلاقة، قررت "اللجنة الوطنية العليا لمتابعة انضمام دولة فلسطين للمعاهدات والمواثيق والبرتوكولات الدولية" تشكيل "لجنة الخبراء"، وتتألف هذه اللجنة من جميع الجهات الوزارية ذات العلاقة بكل اتفاقية دولية. ويتفرع عن هذه اللجنة "فرق عمل متخصصة" تقوم بإعداد المسودات الأولى للتقارير الدورية التي يجب على دولة فلسطين تقديمها إلى

(١) انظر: عكاوي، ديب. **دليل حقوق الإنسان** (عكا: مؤسسة الأسوار، ١٩٩٠)، ١٩٩.

(٢) انظر: علاونة، ياسر. **المبادئ التوجيهية العامة لكتابة التقارير إلى هيئات المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان** (رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ٢٠١٥).

"لجان" حقوق الإنسان. وبعد إعداد هذه المسودات يتم إحالتها إلى "لجنة الخبراء" لإجراء مشاورات وطنية بالتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني، والتي بدورها تحيلها إلى "اللجنة الوطنية" التي ترفع توصياتها بشأنها إلى وزارة الخارجية.(١)

وقد قدمت دولة فلسطين التقرير الرسمي الأول "لاتفاقية سيداو" استجابة لالتزاماتها الدولية المترتبة على المادة (١٨) من "سيداو"، بتاريخ ٢ نيسان ٢٠١٧، على الرغم من أنه يفترض تقديم هذا التقرير خلال السنة الأولى من بدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة لفلسطين، التي انضمت إلى الاتفاقية في الأول من نيسان ٢٠١٤. وقد تم نقاش هذا التقرير في تاريخ ١١ تموز ٢٠١٨، في الدورة السبعين للجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، موضحة فيه الصورة العامة والتفصيلية للأحكام التشريعية، والتدابير التنظيمية الوطنية المتعلقة بإنفاذ أحكام الاتفاقية، وانعكاسها على حقوق النساء الفلسطينيات، كما وتضمن التقرير بيانات ومعلومات تتعلق بالتطور الوطني الحاصل في سبيل إعمال الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات، مستعرضا لبعض التحديات التي تواجهها دولة فلسطين في معرض تنفيذها للاتفاقية، ولم يغفل التقرير عن توضيح وضع المرأة الفلسطينية في ظل الاحتلال الإسرائيلي والآثار المترتبة على السياسيات الإسرائيلية غير القانونية.(٢)

أما بخصوص التقرير المتعلق باتفاقية "مناهضة التعذيب" فقد تم تقديمة بتاريخ ١٤ حزيران ٢٠١٩، استجابة للالتزامات الدولية المترتبة على المادة (١٩) من الاتفاقية ذاتها، علماً بأنه يستحق تقديمه في عام ٢٠١٥ خلال السنة الأولى لبدء نفاذ الاتفاقية بالنسبة لفلسطين، التي انضمت إليها في الأول من نيسان ٢٠١٤. واستعرض التقرير الصورة العامة والتفصيلية للأحكام التشريعية والتنظيمية الوطنية السارية في دولة فلسطين والمتعلقة بإنفاذ أحكام الاتفاقية، ويتضمن التقرير بيانات ومعلومات وإحصائيات تتعلق بتطور العمل الجاري على الصعيد الوطني في سبيل مناهضة التعذيب وإساءة المعاملة، في الضفة الغربية وقطاع غزة، وتناول كذلك انتهاكات السلطة القائمة بالاحتلال لبنود الاتفاقية.

فعلى الرغم من تقديم فلسطين للالتزام الدولي "التقارير"، إلا أنها لم تتقيد بمواعيد تقديمه، كذلك لم تلتزم بتقديم تقريرها الدوري المستحق، بعد مرور ٤ سنوات من نفاذ الاتفاقية، والذي يتعين عليها أن توضح فيها كافة التطورات والتدابير التي طرأت على الصعيدين النظري والتطبيقي لإعمال الاتفاقية

(١) انظر: التقرير الأولي المقدم من دولة فلسطين إلى لجنة مناهضة التعذيب.

(٢) تم إعداد التقرير الرسمي الأول لاتفاقية "سيداو" لدولة فلسطين، في إطار لجنة مشتركة بين المؤسسات الحكومية، بالتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني.

ذات العلاقة، وأهم المعيقات التي تؤثر على أداء الدولة والتزاماتها.[١] وعلى الرغم من أناللجان المكلفة بالإشراف على تنفيذ الاتفاقيات لا تملك أي سلطة إلزامية بشأن تقارير الدول، إلا أنها تتخذ الملاحظات الختامية للجانه كوسيلة لتفسير أحكام الاتفاقيات، وهي بذلك تمارس دورًا "شبه قضائي"،[٢] ومن ثم ترفعها إلى الأمين العام.

٢. الشكاوى

تتيح اتفاقية "مناهضة التعذيب" لأي دولة طرف فيها أن تقدم شكوى كتابية للفت نظر دولة أخرى طرف فيها، لا تلتزم بأحكام هذه الاتفاقية، وفقاً لإجراءات محددة نظمتها المادة (٢١) من الاتفاقية ذاتها. حيث قدمت فلسطين بلاغاً بصلاحية اللجنة باستلام الشكاوى عند انضمامها للاتفاقية، فالمادة (١/٢٨) من الاتفاقية ذاتها، نصت على: "يمكن لأي دولة وقت التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية أو الانضمام إليها، أن تعلن أنها تعترف باختصاص اللجنة المنصوص علية في المادة ٢٠". إلا أنه لا يمكن للمواطن الفلسطيني تقديم شكاوى أو بلاغات كتابية ضد دولتهم؛ لأنها لم تقدم بلاغاً عند انضمامها للاتفاقية، يفيد بصلاحية اللجنة استلام شكاوى من الأفراد، وفقاً لإجراءات محددة نظمتها المادة (٢٢) من الاتفاقية ذاتها. وإن كنا نعتقد بضرورة تقديم مثل هذا الإعلان من دولة فلسطين للجهات المختصة؛ ليتمكن أفراد الدولة من تقديم الشكاوى، وفقاً للإجراءات المحددة ببنود الاتفاقية ذات العلاقة؛ لتحقيق الغايات المرجوّة من هذا الانضمام. أما بخصوص اتفاقية "سيداو" فلم تنظم موضوع الشكاوى المقدمة من الأفراد، أو البلاغات المقدمة من دولة ضد دولة أخرى طرف في الاتفاقية. إلا أن البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المنضمة إليه دولة فلسطين في نيسان ٢٠١٩،[٣] يتيح للأفراد التقدم بشكاوى إلى اللجنة، في حال تعرضوا لأي انتهاك من الحقوق الواردة في الاتفاقية ذاتها، وفقاً لإجراءات خاصة، مما يمكن الفرد الفلسطيني من استخدام هذه الوسيلة، على الرغم من عدم ثبوت استخدامها حتى الآن.

---

(١) انظر: المادة (١٨) من اتفاقية "سيداو"، والمادة (١٩) من اتفاقية "مناهضة التعذيب".

(٢) علوان، "القانون الدولي العام"، ٢٦١.

(٣) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤ الدورة الرابعة والخمسون في ١٩٩٩/١٠/٩، وبدء النفاذ في ٢٠٠٠/١٢/٢٢.

٣. إنشاء آلية وطنية وقائية لمنع التعذيب

انضمت فلسطين إلى البروتوكول الإضافي "لمناهضة التعذيب" بتاريخ ٢٨ كانون الأول للعام٢٠١٧، ويهدف بشكل أساسي إلى إنشاء نظام وقائي من التعذيب في دولة فلسطين، تتخللها زيارات الخبراء لأماكن الاحتجاز، وتفيد أحكام البروتوكول بضرورة استقبال اللجنة الفرعية لمنع التعذيب التي نشأت وفقاً لأحكام البرتوكول، وتيسير وصولها إلى أماكن الاحتجاز، بالإضافة إلى تزويدها بكافة المعلومات التي قد تطلبها، وفي إطار ذلك تقدم اللجنة الفرعية توصياتها وملاحظاتها بشكل سري إلى الدولة الطرف فيها، ومن ثم تنشر تقريرها حول ذلك، وكذلك تقدم اللجنة تقريراً سنوياً علنياً حول أنشطتها إلى لجنة مناهضة التعذيب.(١) وفي إطار تنفيذ فلسطين التزاماتها الدولية المرتبة على انضمامها لهذا البروتكول، قام الفريق الحكومي لمتابعة إنشاء هذه الآلية بإنجاز وثيقة مسودة قرار بقانون للآلية الوطنية لمنع التعذيب، وعرضها على المشاورات الوطنية بتاريخ ١٣ تشرين الثاني٢٠١٩، تمهيّداً لتبنّي قانون ينظم أحكامها، علماً بأنه يفترض أن يتم تشكيل هذه الآلية بعد سنة من تاريخ انضمام فلسطين إلى البرتوكول، وفقاً لأحكام المادة (١٧) من البرتوكول، إلا أن المحاولات ما زالت سارية.(٢) وقد أبدت مؤسسات حقوق الإنسان ملاحظاتها على المسودات ذات العلاقة، لضمان موائمة أحكامها مع "برتوكول مناهضة التعذيب".

وبذلك نكون قد استعرضنا في هذا المبحث الالتزامات الدولية المترتبة على فلسطين إعمالها في إطار تنفيذ اتفاقيتي "سيداو" ومناهضة التعذيب"، موضحين الإخفاقات والإنجازات ذات العلاقة.

الخاتمة:

انضمت فلسطين وبعد الاعتراف بها كدولة غير عضو في الأمم المتحدة، إلى عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؛ الأمر الذي يرتب عليها القيام بالعديد من الالتزامات الدولية، منها: تقديم التقارير السنوية والدورية، ومواءمة تشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقيات الدولية، وغيرها من الالتزامات المنظمة بموجب كل اتفاقية متخصصة بحقوق الإنسان، ولاستعراض القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني والقضائي الفلسطيني، توصلنا إلى النتائج الآتية:

---

(١) للمزيد حول اختصاصات اللجنة الفرعية لمنع التعذيب، انظر المواد: (١١-١٦)، البرتوكول الاختياري "لمناهضة التعذيب"، أما عن آلية تشكيلها فانظر: المواد (٢) و(٥-١٠)، المصدر السابق.

(٢) تتشكل اللجنة الخاصة بصياغة الوثيقة المرجعية للآلية الوطنية الوقائية لمنع التعذيب من ممثلين عن عدد من الجهات أهمها: وزارة الداخلية؛ وزارة الصحة؛ وزارة التنمية الاجتماعية؛ وزارة العدل؛ النيابة العامة؛ مجلس منظمات حقوق الإنسان؛ مركز الدفاع عن الحريات؛ الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان؛ مركز علاج وتأهيل ضحايا التعذيب؛ مؤسسة الحق.

١. يخلو النظام القانوني الوطني الفلسطيني من أي إشارة صريحة لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام الداخلي، إلا أن المادة (١٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل تشكل المدخل الأساسي لإنفاذ الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، سواء تلك التي انضمت إليها فلسطين أو لم تفعل ذلك؛ لأن هذا النص يمنحها قيمة دستورية باعتباره أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة، وواجبة التطبيق.

٢. إن تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن هرمية التشريعات يمكن أن يُفهم من نصوص الدستور، أو من خلال اجتهادات المحاكم العليا والدستورية، كما هو الحال في تجارب بعض الدول العربية، مثل الإمارات العربية المتحدة أو الأردن، حيث يخلو نظامهم الدستوري من أي إشارة صريحة لمكانة الاتفاقيات الدولية في نظامهم الوطني، ومع ذلك تم التوصل لهذه المكانة من خلال استقراء النصوص الدستورية ذات العلاقة تارة، واجتهادات المحاكم العليا تارة أخرى.

٣. قررت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في أحد الطعون الدستورية المنظورة أمامها سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الاتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني؛ الأمر الذي يثير العديد من الإشكاليات أهمها: أن المحكمة الدستورية حكمت بسمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، دون أن تحدد ماهيّة هذه التشريعات أو مضمونها، بل وربطت المحكمة هذا السمو بمواءمة الاتفاقية للهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب الفلسطيني، دون أن تحدد مفهوم هذه الوحدة أو معيار تطبيقها، الأمر الذي يخضعها للسلطة التقديرية للقاضي. وأخيراً تجاوزت المحكمة الدستورية صلاحيتها المنظمة بموجب القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك من خلال فرض رقابتها أيضاًعلى دستورية الاتفاقيات الدولية.

٤. حاولت المحكمة الدستورية الفلسطينية استحداث قاعدة دستورية جديدة عند ممارستها الاختصاص بالتفسير الدستوري، متجاوزة أهدافها الأساسية في تفسير القانون الأساسي، ومعتدية بذلك على السلطة التأسيسية الأصلية صاحبة الاختصاص الأصيل في استحداث قواعد دستورية، ومقررة بذلك أن الاتفاقيات الدولية لا تعد بذاتها قانوناً يطبق في فلسطين، وإنما لا بد أن تكتسب القوة من خلال مرورها بالمراحل الشكلية الواجب توافرها لإصدار قانون داخلي معين لإنفاذها.

٥. تمكنت فلسطين من تنفيذ بعض التزاماتها الدولية بالمواءمة بين التشريعات التي تتعارض مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، ومع ذلك، ما زالت بعض التشريعات غير متفقة مع أحكامها، وأخرى غير منظمة ضمنها. وقد قدمت فلسطين بعض التقارير التي توضح الإطار القانوني والتشريعي لأهم التطورات التي رافقت هذا الانضمام، في غير موعد استحقاقها.

المراجع

أبو الوفا، أحمد، **منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

أبو زيد، محمد، **القضاء الدستوري شرعاً ووضعا**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

أبو يونس، محمد، **الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الكويتي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الكويت، ٢٠٠٨.

الأشعل، عبد الله، **المركز القانوني الدولي لمنظمة التحرير الفلسطينية**، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٨.

توام، رشاد، **دبلوماسية التحرر الوطني: التجربة الفلسطينية**، معهد إبراهيم أبو لغد للدراسات الدولية، جامعة بيرزيت، ٢٠١٣.

الحلو، ماجد، **القانون الدستوري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥.

الدقاق، محمد، ومصطفى حسين، **المنظمات الدولية المعاصرة**، الدار الجامعية، مصر، ١٩٩٠.

الركن، محمد، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، **مجلة الشريعة والقانون**، الإمارات العربية المتحدة، العدد ٨، ٢٠١٤، ص٣٧٤-٤٢٣.

سرحان، عبد العزيز، **المنظمات الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

الشاعر، رمزي، **النظرية العامة للقانون الدستوري**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

الشافعي، بشير، **قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية**، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

شكري، محمد، **مدخل إلى دراسة القانون الدولي العام**، جامعة دمشق، ١٩٩٧.

الشكري، يوسف، **مباحث في الدساتير العربية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠١٤.

شيحا، إسلام، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية**، مصر، العدد الأول، ٢٠١٦، ص٩٧-٢٩١.

الطائي، عادل، **القانون الدولي العام**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

الطراونة، محمد، **ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة**. دار وائل، عمان، ٢٠٠٣.

عامر، صلاح الدين، **مقدمة لدراسة القانون الدولي العام**، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٣.

عثمان، حسين، وعمر حوري، **القانون الدستوري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

العجمي، ثقل، قواعد القانون الدولي في القانون الوطني: الكويت نموذجاً، **مجلة الحقوق** الكويت، المجلد ٣٥، العدد الأول، ٢٠١١، ص١٥-١٣٣.

عدس، عمر، **مبادئ القانون الدولي العام المعاصر**، د.ن، ١٩٩٥.

عكاوي، ديب، **دليل حقوق الإنسان**، مؤسسة الأسوار، عكا، ١٩٩٠.

علاونة، ياسر، **المبادئ التوجيهية العامة لكتابة التقارير إلى هيئات المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان**، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله.

علوان، عبد الكريم، **الوسيط في القانون الدولي العام**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

علوان، محمد، **القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر**، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.

علوان، محمد، حق تقرير المصير للشعب العربي الفلسطيني بين قرارات الأمم المتحدة واتفاقات كامب ديفيد، **مجلة الحقوق**، الكويت، المجلد ٨، العدد ٢، ١٩٨٢، ص٣١٣-٣٣٨.

فوزي، صلاح، **الدعوى الدستورية**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

قاسم، أنيس، الوضع القانوني لمنظمة التحرير الفلسطينية: دراسة في القانون الدولي العام، **مجلة الشؤون الفلسطينية**، فلسطين، عدد ١١٤، ١٩٨١، ص١٤-٤١.

القاسمي، محمد، العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي: دراسة تطبيقية على دولة الإمارات العربية المتحدة، **مجلة الأمن والقانون**، الإمارات، مجلد ٢١، عدد ٢، ٢٠١٣، ص١١٣-١٥٦.

المحاميد، موفق، القيمة القانونية للمعاهدات في الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته، **مجلة الحقوق**، الكويت، مجلد ٣٥، عدد ٤، ٢٠١١، ص٤٢١-٤٦٨.

هواري، عبد الله، لقيمة القانونية للمعاهدات الدولية في الدساتير الوطنية: دراسة مقارنة، **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، مصر، عدد ٥٥، ٢٠١، ص٢١٢-٣٩٠.

Reference:

Abou El-Wafa, A. (1997). *The United Nations and the Ssecialized and regional organizations.* Dar Al Nahda: Cairo [Arabic].

Abou Zaid, M. (2008). *The Constitutional Judiciary, from Sharia and positive Law perspectives*. Dar Al Nahda, Cairo [Arabic].

Abou Younis, M. (2008). *The original Jurisdiction of the Constitutional court to interpret the Constitutional texts in the Kuwaiti system*. Al Jamia al Jadeeda Publishing House: Kuwait. [Arabic]

Adas, O. (1995). Principles of Contemporary Public Law [Arabic].

Akkawi, D. (1990). *Manual of human rights*. The Institution of Massar: Akko [Arabic].

Al-Ajami, T. Rules of public law in domestic law: Kuwait as a case study. *Al-Huquq Journal, Kuwait*, vol.35 (1), pp.15-133 [Arabic].

Al-Ashaal, A. (1988). *The International legal status of the Palestine liberation organization*. Dar Al Nahda, Cairo [Arabic].

Alawneh, Y. (2015). General Guidelines for Writing Reports to International Human Rights Treaty Bodies. The Palestinian Independent Commission of Human Rights [Arabic].

Al-Dakkak, M and Mustafa H. (1990). *Contemporary International Organizations*. Al-Dar Aljameya: Egypt [Arabic].

Al-Helo, Majed. 1995. *The constitutional law*. Dar Almatboat Aljameya: Alexandria [Arabic].

Almahameed, M. (2011). The legal value of treaties in the Jordanian constitution of 1952 and its Amendments. *Al-Huquq Journal, Kuwait,* vol.35 (4), pp.421-468 [Arabic].

AlQasimi, M. (2013). The Relationship between Public International Law and Domestic Law: an Applied Study on the United Arab Emirates. Journal of Security and Law, UAE, vol.21, n.2, pp.113-156 [Arabic].

Al-Rukn, M. (2014). Constitutional Regulation of Public Rights and Freedoms. Sharia and Law Journal, UAE, n.8, pp.374-423 [Arabic].

Al-Shaer, R. *General theory of constitutional law*. Dar Al Nahda: Cairo [Arabic].

Al-Shafi, B. (2009). *Human rights law: Its sources and implementations nationally and Internationally*. Dar Almaref: Alexandria [Arabic].

Al-Shukri, Y. (2014). *Researches in Arab constitutions*. AlHalabi Legal Publishing: Beirut [Arabic].

Altaei, A. (2009). *Public International law*. Dar Althaqafa Publishing and Distribution, Amman [Arabic].

Amer, S. (2003). *Introduction to the study of public International law.* Dar Al-Nahda: Cairo [Arabic].

Fawzi, S. (1993). Constitutional Lawsuit. Dar Al Nahda, Cairo [Arabic]

Huwari, A. The legal value of International treaties in national constitutions: a Comparative Study. *Journal of Legal and Economic Research*, n.55, pp.213-392 [Arabic].

Jaising, I. (2013). Gender justice and the Indian supreme court: The postcolonial project. In: *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India, and South Africa*. Ed.Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen. Pretoria University Law Press, 230-243.

Kassim, A. (1981). The legal status of the Palestine liberation organization: A study in public International law. *Journal of Palestinian Affairs, Palestine*, n.114, pp.14-41 [Arabic].

Kweitel, J. (2013). Ranbir Singh and Frans Viljoen. The role and impact of international and foreign law on adjudication in the apex courts of Brazil, Indian and South Africa. In: *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India, and South Africa*. Ed. Oscar Vilhena, Upendra Baxi, and Frans Viljoen. Pretoria University Law Press, 176-214.

Olwan, A. (2006). *AlWasset in public International law*. Dar Althaqafa Publishing and Distribution: Amman [Arabic].

Olwan, M. (2003). *Public International law: Introduction and sources*. Dar Alwael Publishing and Distribution: Amman [Arabic]

Olwan, M. (1982). The right of self-determination for the Palestinian Arab people between United Nations resolutions and the Camp David accords. *Al-Huquq Journal, Kuwait*, vol.8 (2), pp.313-338 [Arabic].

Othman, H and Omar H. (2010). *Constitutional law*. Alhalabi Legal Publishing [Arabic].

Rubin, B. (1994). *Revolution until victory? The politics and History of the PLO*, Harvard University Press.

Sarhan, A. *International Organizations*. Dar Al Nahda: Cairo [Arabic].

Shiha, I. (2016). Constitutional interpretation of constitutional rights and freedoms in Light of International Law of Human Rights. *Al-Huquq Journal for Legal and Economic Studies*, Egypt, n.1, pp.97-291 [Arabic].

Shukri, M. (1997). Introduction to the Study of Public International Law. The University of Damascus [Arabic].

Tarawna, M. (2003). Human Rights Guarantees in Criminal Proceedings: A Comparative Study. Dar Alwael Publishing and Distribution, Amman [Arabic].

Twam, R. (2013). National Liberation Diplomacy: The Palestinian Experience. Ibrahim Abu-Lughod Institute of International Studies, Birzeit University [Arabic].

الحماية القانونية للكرامة الإنسانية "دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني"

د. هديل تيسير الزعبي *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/١/٦م. تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٥.

ملخّص

تهدف هذه الدراسة إلى إيضاح المفهوم القانونيللكرامة الإنسانية وبيان دور القضاء في حمايتها من انتهاك سلطات الدولة أوالأفراد، وذلك من خلال تحديد مضمونها الذي يتأثر بالنظام القانوني والسياسي في كل دولة. كما تهدف إلى توضيح التطبيقات الرئيسة في القانون العام في فرنسا والأردن لتقييم التشريعات والأحكام القضائية ذات العلاقة. وتكمن إشكالية الدراسة في مضمون الكرامة الذي يعتبر بحد ذاته فارغاً وغير محدد؛ لذلك يظهر بأشكال مختلفة فيستخدم كمعيار لحل التعارض بين القيم الدستورية المتنازعة وكمبدأ لحماية الأفراد وحد لحرياتهم باعتباره أحد أهداف الضبط الإداري. علماً بأن القضاء الأردني لا يقوم بحماية الكرامة الإنسانية بشكل مباشر كما يفعل القضاء الفرنسي. وتوصي الدراسة بضرورة تنوير القضاة بهذا الموضوع الحيوي الهام الذي يعتبر اليوم المحور الرئيسي في دولة القانون.

الكلمات الدالة: الكرامة الإنسانية، احترام الجسد البشري، حريةالعقائد والأديان، الضبط الإداري، الرقابة على دستورية القوانين.

* قسم القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Legal Protection of Human Dignity
"A Comparative Study in French and Jordanian Laws"

Dr Hadeel Tayseer AlZu'bi

Abstract

This study aims to clarify the legal concept of human dignity and the role of the judiciary in protecting it from violation of the state authorities or individuals, by identifying its content, which is influenced by the legal and political system in each state. The study also aims at clarifying the main applications of the laws in France and Jordan throughout relevant legislation and court decisions.The problem of the study lies in the concept of dignity which is in itself vacuous and undefined; so it appears in various forms and is used as a criterion for resolving the confliction in constitutional values, a principle to protect individuals and limit their freedoms as it is one of the goals of administrative control. The human dignity is not directly protected by the Jordanian judiciary as it is in the French judiciary. The study recommends the necessity of informing judges about this vital subject, which is considered today as the main focus of the state of law.

Keywords: Human dignity, Jordanian judiciary, French judiciary, Freedom of beliefs and religions, Administrative control, Constitutionality of Laws.

مقدمة:

فكرة الكرامة الإنسانية موجودة منذ القدم في النظريات الفلسفية واستندت إليها الأديان السماوية كافة، فالشريعة الإسلامية تشير إلى التكريم الإلهي للبشرية جمعاء واحترام إنسانية الفرد وصون كرامته وتفضيله على كثير من خلق الله، بغض النظر عن أصله وفصله ودينه وعقيدته ومكانته في المجتمع، وما يؤكد ذلك قوله تعالى في محكم تنزيله ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الإسراء: ٧٠]. إلا أنه بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت الكرامة الإنسانية كمبدأ قانوني وسياسي؛ حيث أصبح الاهتمام الدولي جلياً في تضمين الكرامة الإنسانية في نصوصها القانونية، فقد تم تكريسها لأول مرة في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥ والتي تؤكد على إيمانهم " بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره". وبناءً على ما تقدم، تُعد الكرامة الإنسانية مسألة متعلقة بالشخص نفسه ومرتبطة ارتباطاً لصيقاً ووثيقاً بحقوقه وبالمصير الإنساني، والكرامة الإنسانية لا تتحقق إلا بالمساواة بين البشر والحرية والعيش الكريم والآمن.

إن محور هذه الدراسة يتناول تحديد الإطار القانوني لحماية الكرامة الإنسانية في كل من التشريعين الأردني والفرنسي، وتكمنأهمية الدراسة المقارنة كون المفهوم القانوني للكرامة الإنسانية غير مقنن لأن مضمونه يختلف باختلاف النظام القانوني المتبنى في كل دولة ومدى مواكبتها للظروف السياسية والاجتماعية وللتطور العلمي والتكنولوجي، وأيضاً في النظام القانوني نفسه يتغير مضمونه بحسب مجال دراسته من القانون الدولي إلى القانون الداخلي وحتى بين فروع القانون العام والقانون الخاص،وعليه مضمون الكرامة الإنسانية أشبه بما يكونبالوعاء الفارغ نملؤه كيفما نشاء[١]. وعليه تسلط هذه الدراسة الضوء على تحديد المدلول القانوني للكرامة الإنسانية في القانون العام الفرنسي والأردني وعلى وجه التحديد القانونين الدستوري والإداري. ولإيفاء الغرض المقصود من الدراسة، فقد اعتمدنا المنهج المقارن بأبعاده الثلاث وذلك من خلال عرض النصوص القانونية ذات العلاقة ومن ثم تحليلها وتفسير مضمونها مستندين على القرارات والأحكام القضائية والآراء الفقهية ذات العلاقة.

وتأسيساً على ما تقدم، تقوم إشكالية الدراسة على تحديد مضمون الكرامة الإنسانية محل الحماية، الأمر الذي يؤدي إلى تباين واضح في التشريعات لتحديد القيمة القانونية لها وتأطير حمايتها للدفاع عنها من أي اعتداء أو انتهاك قد يقع عليها سواء من سلطات الدولة أو الأفراد، بعبارة أخرى تتجه هذه الدراسة للإجابة بشكل أساسي على التساؤلات الآتية: ما هي الطبيعة القانونية لمفهوم الكرامة

(١) فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، ص٢٥١.

الإنسانية؟وما هوالمبرر للاعتراف بالكرامة الإنسانية كقيمة قانونية مساوية لقواعد الدستور وكأحد أهداف الضبط الإداري الحديث؟وماهو دور كل من القضائين الدستوري والإداري في حماية الكرامة الإنسانية؟وما مدى دور ونطاق كل منالتشريع والقضاء في حماية الكرامة الإنسانية؟ ومن أجل ذلك، تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، حيث يتناول المبحث الأول تحديد الطبيعة القانونية لمفهوم الكرامة الإنسانية في القانون الدستوري والإداري، ويتطرق المبحث الثاني إلى دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الكرامة الإنسانية ومدى انعكاسها على الواقع العملي، وفي الختام تم تضمين الدراسة أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المبحث الأول: المفهوم القانونيللكرامة الإنسانية

مفهوم الكرامة الإنسانية لغة "احترام المرء ذاته، وهو شعور بالشّرف والقيمة الشخصيّة يجعله يتأثّر ويتألّم إذا ما انتقص قَدْره"(١). تُركز بمفهومها الواسع على القيمة المتأصلة لكل فرد؛ أي كون الشخص إنساناً، فلا تعتمد على أي معيار خارجي كالذكاء أو الأخلاق أو الحالة الاجتماعية. علماً بأنه لا يوجد مفهوم جامع مانع للكرامة الإنسانية مما يرتب ذلك إشكالية في تحديد مدلوله. وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم الكرامة الإنسانية كقيمة دستورية (المطلب الأول)، والكرامة الإنسانية كأحد أهداف الضبط الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الكرامة الإنسانية كقيمة دستورية

مصطلح الكرامة الإنسانية يحتل مركزاً مهماً في الدساتير الحديثة وذلك بسبب ارتباطه الوثيق بفكرة الديمقراطية وحقوق الانسان، وهما الركيزة الأساسية لدولة القانون. وحتى في ظل غياب النص التشريعي، فالأصل أن الكرامة الإنسانية غير قابلة للانتهاك ولا يتصور وجود أي تشريع يسمح المساس بها. فنجد أن معظم دساتير العالم تضمنت نصوصاً تحتوي على ضمانات للكرامة الإنسانية إما بشكل صريح أو ضمني؛ الاعتراف الصريح يتضمن وجود نص قانوني صريح يمنح قيمة دستورية للكرامة الإنسانية مثل الدستور الألماني، بينما الاعتراف الضمني يتمثل في الاعتراف بالقيمة الدستورية للكرامة الإنسانية من خلال تفسير نصوص الدستور الدالة عليها مثل الدستور الفرنسي والدستور الأردني.

مما لا شك فيه أنه في إطار القانون الدستوري مصطلح الكرامة الإنسانية له قيمة دستورية، لكن نطاق دستوريتها تختلف بين الدساتير باختلاف القيم والنظم السياسية والقانونية لكلدولة والتي يعبر عنها

(١) قاموس المعاني، عربي- عربي، نسخة الكترونية، تاريخ الاطلاع ٢٠٢٠/٩/٢٠، https://www.almaany.com

بمستويات مختلفة، فهنالك بشكل عام ثلاثة مفاهيم منبثقة عن مصطلح الكرامة الإنسانية في الدساتير الحديثة: "كمبدأ سياسي شامل وراء الإطار الدستوري؛ كمفتاح رئيسي لتفسيروتطبيق الحقوق والقيم الأخرى؛ وكحق كامل قابل للتنفيذ"[١].ويستخلص من ذلك، أن مدلول الكرامة الإنسانية في الأنظمة الدستورية لا يخرج عن أمرين إما مبدأ ذو قيمة دستورية أو حق دستوري؛ وهذه المسألة لا تزال محل جدل فقهي وهذا ما سنوضحه تباعاً:

الاتجاه الأول يعتبر احترام الكرامة الإنسانية مبدأ ذا قيمة دستورية في الدستور الفرنسي:وإن كان هذا الأخير –الدستور الفرنسي– يفتقد وجود نص صريح يعترف بالكرامةالإنسانية كقيمة دستورية، إلا أنه وعند استقراء نصوصه نجد أن الفقرة الأولى من ديباجة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦، تشير ضمناً إلى الكرامة الانسانية حيث نصت على: "أن الفرد يمتلك حقوقاً مقدسة غير قابلة للتصرف، دون تمييز بسبب العرق أو الدين أو نوع الجنس أو المعتقد"؛وهذا ما أكده المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 94-343/344 وذلك عندما نظر في مدى دستورية القوانين المتعلقة بالأخلاقيات الحيوية ونص صراحة على "أن حماية كرامة الكائن البشري ضد أي نوع من أنواع الرق والعبودية والإهانة، هو مبدأ ذو قيمة دستورية"، مع الإشارة إلى الضمانات الخاصة بالكرامة الإنسانية من بينها: سمو الجسم الإنساني وحرمة سلامة جسم الإنسان، وحظر التعامل المالي في جسم الإنسان[٢]. وفي ضوء ذلك، تم دسترة الكرامة الانسانية باعتبارها مبدأ ذا قيمة دستورية في ديباجة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ والتي تتمتع بنفس القيمة القانونية لدستور ١٩٥٨بالنتيجة فأن أي انتهاك للكرامة الانسانية يُعد انتهاكًا للدستور نفسه[٣].

وقد أثار هذا القرار جدلاً فقهياًواسعاً حول مسألة اعتبار الكرامة الإنسانية مبدأ دستورياً، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الكرامة الإنسانية تعد مبدأ وليس حقاً؛ وذلك بسبب طبيعتها فالكرامة

---

(١) شيرزاد النجار، كرامة الانسان كقيمة دستورية في الدساتير الحديثة (القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ أنموذجا)، ص١٥٤.

(2)Cons. const., 29 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n° 94-343/344 DC, Rec., p. 100, consid. § 2.

(3)VERPEAUX (M.), Contentieux constitutionnel: normes de référence, Répertoire de contentieux administratif, 2020.

تجدر الاشارة الى أن المجلس الدستوري الفرنسي لجأ الى توسيع مفهوم "الكتلة الدستورية" التي تتضمن مجموعة من المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية والتي من الواجب أن يتم اخذها بعين الاعتبار عند الرقابة على مدى دستورية القوانين. هذه الكتلة الدستورية تتضمن دستور لسنة ١٩٥٨ واعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ وديباجة دستور لسنة ١٩٤٦ والميثاق البيئي لسنة ٢٠٠٤

الإنسانية ليست مرتبطة بشخص معين بل بالإنسانية جمعاء فلا يمكن حصر مضمونها ولا يمكن تطبيق مبدأ النسبية عليها مثل باقي الحقوق ويعود السبب في ذلك إلى إمكانية أن يدخل بنزاع مع الحقوق الأساسية الأخرى، بعبارة أخرى من المتصور الحد من الحقوق والحريات الفردية من أجل حماية الكرامة الإنسانية بشكل عام(١). هذا وقد بينالفقيه الفرنسي Didier Truchet مخاطر مفهوم الكرامة الإنسانية والسبب في ذلك مضمونه الذي يعتريه الكثير من الغموض ولا يزال في مرحلة ابتدائية من تطوره ويفتقر إلى التحديد فيستخدم لأغراض متنوعة للغاية، وثم وصف مدلولها بأنه سلاح ذو حدين قائلاً: "لا نعرف ما إذا كانت الكرامة الانسانية مبدأ يمكن الاحتجاج به ضد الدولة أو من قبل الدولة ضد المواطنين"(٢). وعليه، نجد بأن مسألة الفصل في هذا الأمر تكون للقضاء وحده.

الاتجاه الثاني يعتبر الكرامة الإنسانية كحق دستوري تعد من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان: فمن هذه الحقوق ما يهدف إلى حماية الكيان المادي للإنسان، كحقه في الحياة وحقه بعدم الاعتداء على جسده، ومنها ما يهدف إلى حماية كيانه المعنوي وهي احترام كرامته التي تبدأ حتى قبل ولادته ولا تنتهي بوفاته. بمعنى آخر، تعتبر الكرامة الإنسانية "حقاً فطرياً يولد مع الإنسان وهو حق ثابت لا يتغير بتغير الظروف، بل المتغير هو الموقف من قبوله، والاعتراف به، والعمل على الالتزام بمبادئه"(٣). ويستدل من ذلك بإن مفهوم الكرامة لا علاقة له بما يقدمه الإنسان أو بحالته ومكانته الاجتماعية.

لكن من وجهة نظر قانونية يثار التساؤل حول نطاقالحق الدستوري في الكرامة الإنسانية، هل هو حق شخصي مطلق أم نسبي؟، وإن الإجابة على هذا السؤال محل خلافقي الأنظمة الدستورية، فتعتبر بعض الأنظمة الكرامة الإنسانية حقاً مطلقاً وسامياً مثل الدستور الألماني، وأنظمة أخرى تعتبرها حقاً نسبياً مثل الدستور الأردني مما يستدعي تناولها تباعاً:

فمن ناحية اعتبار الكرامة الإنسانية حقاً مطلقاً في الدستور الألماني والذي يطلق عليه القانون الأساسي الألماني لسنة ١٩٤٩، فقد تم النص صراحة في المادة الأولى منه التي تحمل عنوان (كرامة الإنسان – حقوق الإنسان – القوة المُلزمة قانوناً للحقوق الأساسية) على أن: "(١) لا يجوز المساس بكرامة الإنسان. واحترامها وحمايتها من واجبات كافة سلطات الدولة. (٢) بناء على ذلك يقر الشعب الألماني بحقوق الإنسان غير القابلة للتجزئة أو التصرف، والتي تعتبر أساساً لا بد منه للحياة ضمن

(1)GLENARD (G.), La dignité de la personne humaine: un ordre de valeurs?,p.869.

(2)"Dès lors, on ne sait pas si elle est une valeur opposable à l'État ou par l'État aux citoyens" .V.TRUCHET (D.), La dignité et les autres domaines du droit, p.1094.

(٣)عبد الجليل حسن، مبدأ الكرامة الإنسانية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٤، ص٨.

الجماعة، ولضمان السلام والعدالة في العالم. (٣) الحقوق الأساسية التالية تعتبر أساساً مُلزِماً للتشريع القانوني وللسلطتين التنفيذية والقضائية وهي قوانين تطبق بشكل مباشر". وانسجاماً مع ذلك، تنعكس الأهمية البالغة للكرامة الإنسانية على القانون الأساسي بحد ذاته فتنص المادة ٣/٧٩ التي تحمل عنوان (تعديل القانون الأساسي) على أن: "لا تُقبل أي تعديلات على هذا القانون الأساسي تؤثر على تقسيم الاتحاد إلى ولايات، أو على المشاركة المبدئية في عملية التشريع، أو على المبادئ الواردة في المادة ١ والمادة ٢٠"[١]. ويتضح مما تقدم أن المشرع الألماني ينظر إلى الكرامة الإنسانية على أنها نقطة ارتكاز وذلك نظراً للخلفية التاريخية والسياسية التي شهدتها ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية. فالكرامة مصانة ويجب على الدولة حمايتها ويقصد بها الحق في تمتع بالحقوق الدستورية " a right to have rights"، حيث إن الحقوق الأساسية تنبثق من الكرامة الإنسانية التي تعتبر حقاً مطلقاً من أي تعديل دستوري أو تقييد، الأمر الذي يجعل منها حقاً سامياً ولا يكون عرضة لتوازن بينه وبين الحقوق الأخرى لأنه حق ملازم للحقوق الدستورية كافة، ويتمتع كل إنسان بالكرامة الإنسانية لمجرد كونه إنساناً، ولا تعتمد على مزايا معينة ولا يمكن اكتسابها وبالتالي لا يمكن فقدانها وإنما يمكن المساس بها من خلال اقتراف أفعال معينة مثل التعذيب والتمييز والعنصرية لذلك تحظر المواد آنفة الذكر جميع الأفعال التي تنتهك الكرامة الإنسانية ويقع على عاتق الدولة بكافة سلطاتها واجب حمايتها[٢].

ومن ناحية اعتبار الكرامة الإنسانية حقاً نسبياً في الدستور الأردني، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من الدستور ١٩٥٢ على أن "الاردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وأن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين".كما نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من الدستور ذاته على أن "كل اعتداء على الحقوق والحريات العامة أو حرمة الحياة الخاصة للأردنيين جريمة يعاقب عليهاالقانون".وأيضاً نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الدستور ذاته على أنه"كل من يقبض عليه أو يوقف أو يحبس أو تقيد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز تعذيبه، بأي شكل من الأشكال، أو إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حجزه في غير الأماكن التي تجيزها القوانين، وكل قول يصدر عن أي شخص تحت وطأة أي تعذيب أو إيذاء أو تهديد لا يعتد به".

(١)انظر الدستور الألماني مترجم الى اللغة العربية، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/٩/١
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar

(2) ENDERS (C.),The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law, pp.1-8.

يتبين من خلال هذه النصوص، أن المشرع الأردني لم يعترف صراحةً بالقيمة الدستورية للكرامة الإنسانية، وإنما أشار إلى أن الجميع أمام القانون سواء من دون تمييز بينهم وذلك يعتبر مبدأ المساواة من مستلزمات احترام الكرامة الإنسانية، ويستدل أيضاً أن هنالك علاقة وطيدة بين الحرية الفردية وبين مبدأ احترام الكرامة الانسانية، فأي تقييد يفرض على الحرية يأخذ بعين الاعتبار حفظ وصون الكرامة الإنسانية التي لا يجوز تقييدها إلا في الحالات التي حددها القانون. وعليه، يكون الدستور الأردني قد رسم الإطار العام للحماية القانونية للكرامة الانسانية من خلال بيان المظاهر التي تهدر الكرامة الإنسانية مثل الحجز دون وجه حق والتعذيب بكافة أنواعه البدني والنفسي والعقلي، وترك للقوانين مسألة حماية الكرامة الإنسانية فلا يجوز امتهان الكرامة الإنسانية تحت طائلة العقاب وإبطال كافة الإجراءات والإفادات التي تأخذ تحت وطأة التعذيب(١).

وتأسيساً على ما تقدم، نجد أن الكرامة الإنسانية تتمتع بقيمة قانونية مساوية للدستور سواء تم الاعتراف بها كحق أم مبدأ عام، إلا أنها من حيث مضمونها ودلالتها تتباين بحسب النظام القانوني المتبع في كل دولة والغاية المنشودة من الحماية، وعليه من الممكن استخلاص ثلاثة مفاهيم للكرامة الإنسانية في الدساتير الحديثة:

أولاً: مفهوم الكرامة الإنسانية يرتكز على القيمة المتأصلة والطبيعية لكل فرد وينعكس ذلك على ممارسة الحقوق والحريات، مثل حرية التعبير والحق في الحياة الخاصة، فيترك الفرد حراً شريطة أن تكون أفعاله مشروعة ولا تتعارض مع حقوق وحريات الآخرين ولا تمسّ كرامتهم.

ثانياً: يستخدم مفهوم الكرامة كمعيار لإنفاذ القيم الموضوعية المتنوعة في المجتمع بغرض تحقيق غايات سياسية واجتماعية، فعلى سبيل المثال: قد تلجأ سياسة الحكومة إلى إنفاذ مفهوم معين للكرامة على الأفراد وجعله سائداً في المجتمع.

ثالثاً: يرتبط مفهوم الكرامة بالاعتراف والاحترام، أي الاعتراف بالكرامة الإنسانية في الدساتير تعكس متطلباً سياسياً جديداً ليس فقط من أجل ممارسة الحرية ولكن من أجل احترام الكرامة بذاتها ولا يتحقق ذلك إلا من خلال تبني سياسات تعبر عن القيم المتساوية للأفراد واحترام خياراتهم(٢).

---

(١) في هذا الشأن انظر المواد الاتية: المادة ١٨٨ والمادة٣٥٤ من قانون العقوبات وتعديلاته رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، المادة ٤١ / أ / ١٧ قانون العقوبات العسكري وتعديلاته رقم ٥٨ لسنة ٢٠٠٦، المادة ٢٤ من قانون الأحداث رقم٣٢ لسنة ٢٠١٤.

(٢) وليد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، ص١٠-١٥.

نخلص من كل ما تقدم بأن مفهوم الكرامة الإنسانية مفهوم واسع تختلف دلالته باختلاف النظام القانوني والمجتمعي السائد في الدول؛ وذلك لأن الكرامة الإنسانية مرتبطة بالإنسان ومن الصعوبة بمكان أن نضع ضوابط جامعة مانعة للنفس البشرية فهي أشبه ما تكون بحراً لجياً متلاطم الأمواج لا قرار له، وحيث يتعدى مدلوله من كونه قاعدة دستورية إلى اعتباره أيضاً عنصراً من عناصر النظام العام الإداري الحديث.

المطلب الثاني: مفهوم الكرامة الانسانية كأحد أهداف الضبط الإداري

تُعد ممارسة الضبط الإداري مظهراً من مظاهر السلطة العامة والذي من شأنه تنظيم وضبط حريات ونشاطات الأفراد من أجل المحافظة على النظام العام من خلال فرض قيود وضوابط عليها لتحقيق الصالح العام. علماً بأن المشرعين الأردني والفرنسي -على غرار التشريعات الأخرى- لم يضعوا تعريفاً لمفهوم النظام العام، بل تم الإشارة إليه كهدف للضبط الإداري؛ كون فكرته مرنه نسبية ومتطورة فهي مسألة متغايرة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأيدولوجيات السياسية والاجتماعية السائدة في الدولة[١].

وفي ضوء ذلك، استقر الفقه والقضاء في القانون العام على أن وظيفة الضبط الإداري تتمثل بالمحافظة على النظام العام، مع الاختلاف في تحديد مضمونه أو عناصره والذي يتضمن مدلولين مادياً ومعنوياً: من جانبه المدلول المادي يشتمل على ثلاثة عناصرهي الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وهذه العناصر تُبقي النظام العام ضمن إطاره المادي، بحيث تقوم سلطات الضبط الإداري بمنع أي إخلال أو مساس مادي في الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة[٢]. ومن جانب آخر، أدى تطور المجتمعات الحديثة وتنوع نشاط الدولة واتساع مجالاته إلى ظهور عناصر جديدة في إطار فكرة النظام العام ليشمل المدلول المعنوي؛ فقد أثرى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر عام ١٩٢٤ مفهوم النظام العام بإضافة عنصر "الأخلاق العامة"[٣].

---

(١)عليشطناوي، القانون الإداري الأردني، ص٣٤٨-٣٥٠.

(٢) تم النص على العناصر الثلاث في القانون الأردني في نصوص متفرقة: نصت المادة الرابعة من قانون الامن العام رقم (١٤) لسنة ٢٠٢٠ "واجبات القوة الرئيسية كما يلي: المحافظة على النظام والامن وحماية الارواح والاعراض والاموال....". وقانون الصحة العامة الذي منح السلطات المختصة صلاحيات واسعة للحيلولة دون سريان الأمراض المعدية وانتشارها. كما نصت الفقرة (أ) من المادة الرابعة من نظام التشكيلات الإدارية رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٩ على أنه تتولى الوزارة اتخاذ التدابير والاجراءات الخاصة بحفظ الأمن والنظام العام والآداب والسلامة العامة. "أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي تم نص عليهم صراحة في قانون الجماعات الإقليمية أن من المهام والصلاحيات التي تتولاها الشرطة المحلية، المحافظة على الأمن والاستقرار والسلامة العامة CGCT, art. L. 2212-2, modifié par la loi "n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 - art. 11. La policemunicipale a pour objet d'assurer "le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques".

(3)CE, 07 novembre 1924, Club indépendant sportif châlonnais, n° 78468, Lebon, p.863.

وفي نهاية القرن العشرين أضاف مجلس الدولة الفرنسي عنصر احترام الكرامة الإنسانية الذي تم الاعتراف بهاكأحد أهداف الضبط الإداري من خلال قضية "الأقزام" التي تتلخص وقائعها في صدور قرار من رئيس بلدية (Morsang-sur-Orge) المتضمن منع مشاهدة عرض "رمي الأقزام" لأجل السلامة الجسدية والكرامة الإنسانية وربطها بحماية النظام العام، حيث أيد مجلس الدولة الفرنسي هذا القرار ورفض الطعن المقدم ضده وأسس ذلك على أنه لا يجوز للقزم أن يكتسب مصدر رزقه من خلال تقاذفه ورميه في المسرح لأن هذا العرض يشكل إهانة لكرامة القزم والمجتمع مما يمسّ النظام العام بمدلوله المادي والمعنوي[1].ومن جانبه اعترف المشرع الأردني بالنظام العام بمدلوله المادي وعنصر الأخلاق والآداب العامة كغاية من غايات الضبط الإداري، بينما الكرامة الإنسانية لم يتم التطرق لها كأحد عناصر النظام العام الحديث.

وعليه، يثار السؤال حول مدى اختلاف مضمون كل من عنصر الكرامة الإنسانية وعنصر الآداب العامة في التشريعين الفرنسي والأردني؟

مما لا شك فيه بأن مدلول الأخلاق والآداب العامة في التشريع الأردني يختلف تماماً عن التشريع الفرنسي، حيث نصت المادة (١٤) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أن "تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب". وتجدر الإشارة إلى وجود مجموعة من القوانين والأنظمة التي تمنح سلطات الضبط الإداري الحق في التدخل لحماية الآداب العامة بمفهومه الواسع، كقانون اللامركزية الذي أناط بالمحافظ صلاحية المحافظة على النظام العام والآداب العامة ومراقبة دور السينما واللهو[2]، وقد أناط المشرع كذلك بالمجالس البلدية صلاحية مراقبة المحلات العامة كالمطاعم والمقاهي والنوادي والملاعب ودور السينما والتمثيل والملاهي العامة[3]. كما حظر المشرع عرض الأفلام السينمائية قبل إجازتها من الأجهزة الإدارية المختصة، كما اعتبر عرض الأشرطة السينمائية المنافية للآداب جرماً يعاقب عليه القانون[4].

وفي حقيقة الأمر، إن النصوص المتقدمة في التشريع الأردني لم تنص صراحة على الكرامة الإنسانية، لكن نستدل منها بأن مفهوم الآداب العامة يشمل احترام العقائد الدينية وتقاليد المجتمع وأعرافه وآدابه، التي تعتبر من مستلزمات احترام الكرامة الانسانية والركيزة الأساسية في المجتمع الأردني. بينما

(1) CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727, Lebon, p.372.

(٢) انظر المادة (٣) من قانون اللامركزية رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٥.

(٣) انظر المادة (٥) من قانون البلديات رقم ٤١ لسنة ٢٠١٥.

(٤) انظر المادتين (٢٧، ٢٨) قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥.

في المجتمع الفرنسي مضمون الآداب والأخلاق العامة متعلق بفكرة الظروف المحلية، فالذي يعتبر مخلاً في منطقة معينة قد لا يعد كذلك في منطقة أخرى، ومع التنبيه إلى أن نطاق تطبيقه أصبح ضيقاً جداً خصوصاً مع دخول مفاهيم جديدة للحقوق والحريات الذي حدّ من تدخل سلطات الضبط الإداري. مما استدعى قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتوسيع مدلول النظام العام ليشمل عنصر احترام الكرامة الإنسانية آخذاً بعين الاعتبار تنوع وتعدد الآراء والمعتقدات الدينية والسياسية السائدة في المجتمع الفرنسي[١].

وتأسيساً على ما تقدم، يستند المدلول المادي والمعنوي للنظام العام على معايير موضوعية تستطيع من خلالها سلطات الضبط الإداري تقدير مدى خطورة النشاط أو الحرية على النظام العام، بينما مضمون الكرامة الإنسانية لا يستند على معيار موضوعي محدد يبين مدى ارتباطها بفكرة النظام العام؛ والسبب في ذلك يكمن في أن ماهية الكرامة الإنسانية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالحقوق والحريات التي يتمتع بها كل فرد، ومع ذلك فإن أي انتهاكللكرامة الإنسانية يمسّ في واقع الحال قيمة الإنسان كإنسان وليس حق أو حرية، لذلك قد تلجأ سلطات الضبط الإداري إلى تقييد حرية أو نشاط من أجل حماية الكرامة الإنسانية[٢]، وبالتالي فإن الخوض في اعتبارها كأحد أهداف الضبط الإداري يثير الكثير من الجدل بين الآراء المتعارضة، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التوسع بمفهوم النظام العام يؤدي حتماً الى توسيع سلطات الضبط الإداري، حيث تستخدم الكرامة الإنسانية مبرّراً لتقيد الحريات والأنشطة من أجل إضفاء المشروعية على قراراتها الضبطية حتى لو لم يحدث اضطراب مادي في النظام العام مما يمسّ لتقييد العديد من الحريات والأنشطة من دون تحديد معيار موضوعي لمفهوم الكرامة[٣]، علماً بأن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعترف بالكرامة الإنسانية عنصراً من عناصر النظام العام والسبب في ذلك أن هذا المبدأ مشار اليه في ديباجة الدستور لسنة ١٩٤٦.

وبالمقابل، الاعتراف بالكرامة الإنسانية كأحد أهداف الضبط الإداري يهدف إلى حماية الأفراد من الغير ومن أنفسهم أيضاً، وتعتبر ضمانة لاحترام القيم والمبادئ الراسخة لدى الفرد والمجتمع؛ فأساس كرامة الإنسان كوجود مادي تمثل جانباً أخلاقياً وقيماً في المجتمع، حيث أن كل إنزال بها يعد تعدياً على هذا المجتمع مما يمسّ النظام العام في جانبه المعنوي ويشمل من جانبه المادي حظر الاعتداء على الفرد وهو بالتالي مرتبط بعنصر الأمن العام الذي يهدف إلى حماية الأفراد من أي اعتداء[٤].

(1) PIASTRA (R.), De l'ordre public, p. 155.

(2) BARANGER (D.), Retour sur Dieudonné, p. 525.

(3)SEILLER (B.), La censure a toujours tort (Victor Hugo), p.129.

(٤) جلطي أعمر، الأهداف الحديثة للضبط الاداري، ص١١٥.

نخلص مما تقدم، أن مفهوم الكرامة الإنسانية كأحد أهداف الضبط الإداري يكتنفه الكثير من الغموض، ويعتمد على معيار شخصي أكثر من موضوعي بمعنى يعتمد تحديد مضمونه على الأشخاص الذين يتعاملون مع هذا المصطلح وهم هيئات الضبط الإداري (المحافظ، رئيس البلدية) والقاضي الإداري "قاضي تجاوز السلطة" الذي يبسط رقابته على مشروعية القرار الضبطي؛ بالنتيجة من الممكن استخدام الكرامة الإنسانية كمبرّر لتقييد أي سلوك أو فعل علماً بأنه ليس كل ما يمسّ الكرامة الإنسانية يعد مساساً بالنظام العام[١]، لذلك لا بد من الأخذ بعين الاعتبار ما أشار إليه الفقيه الفرنسي ChapeauRené إنه " من حيث المبدأ لا مانع من أن يكون القاضي الإداري قاضياً معنوياً بشرط أن لا يفرض القيود إلا بالقدر لازم فقط"[٢].

وبالنتيجة الكرامة بمفهومها الواسع يقصد بها "احترام استقلالية كل شخص، وحق كل شخص في عدم التقليل من قيمته كإنسان أو معاملته بطريقة مهينة أو مذلة"[٣]. ومع التذكير بأن الكرامة بحد ذاتها مضمونها فارغ وغير محدد والسبب في ذلك عدم وجود إطار فلسفي أو قانوني محدد لها، فيتم استخدامها وتوظيفها من قبل الأكاديميين والقضاة والمشرعين –في حال استنفاذ المبررات المنطقية–بما يتناسب والحالة التي أمامهم[٤].

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية الكرامة الإنسانية

تعتبر الحماية القضائية من أهم الضمانات؛ إذ تشكل مانعاً حصيناً من تعسف السلطات والأفراد التي تنتهك الكرامة الإنسانية، والاختلاف في مفهوم الكرامة يعكس مفاهيم مختلفة لحقوق الإنسان في المجتمع وبالتالي يترتب عليه نتائج عملية مهمة بالنسبة لفهم وتطبيق القضاء. وعليه سنتناول دور القضاء الدستوري في حماية الكرامة الإنسانية من خلال المراقبة على دستورية القوانين وتناول نصوص الدستور ذات العلاقة في (المطلب الأول)، وتكريس دور القاضي الإداري في مراقبة مشروعية قرارات الضبط من خلال الموازنة بين احترام الكرامة الانسانية وتقييد الحقوق والحريات العامة في (المطلب الثاني).

(1) BROYELLE (C.), Retour sur Dieudonné, p. 521.
(2) CHAPUS (R.), Droit administratif général, p.710.
(3) CHASKALSON (A.), Human dignity as a constitutional value, p.137.
(4) BAGARIC (M.) &ALLAN (J.), The Vacuous Concept of Dignity, Journal of Human Rights, p.260.

المطلب الأول: رقابة القضاء الدستوريكضمانةلاحترام الكرامة الانسانية

تتجلى أهمية دسترة الكرامة الإنسانية باكتسابها ذات السمو الشكلي والموضوعي للنصوص الدستورية وجعلها تسمو على النصوص القانونية العادية وبالتالي يتعين على كافة السلطات في الدولة عندما تقوم باختصاصاتها أن لا تمسّ مبدأ الكرامة الإنسانية، حيث أن الدستور أحال مسألة تنظيمها إلى السلطة التشريعية التي تملك سنّ القوانين في الحدود التي رسمها لها الدستور وفي حال الخروج عن هذه الأطر تتولى المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصيل الرقابة على هذه القوانين والحكم بعدم دستورية أي نص قانوني أو قانون ينتقص أو يهدر من كرامة الانسان وذلك لأن مناط الرقابة على دستورية القوانين هو حماية القواعد الدستورية والتي منها الكرامة الإنسانية[١]. بالنتيجة؛ فإن بسط الرقابة القضائية على دستورية القوانين (الرقابة السابقة واللاحقة)[٢] ذات العلاقة بالكرامة الإنسانية يختلف باختلاف مفهومها المتباين بحسب المفهوم السائد في النظام القانوني المتبع في كل دولة –كما أشرنا سابقاً– وعليه يتطلب الوقوف على بيان دورالقضاء الدستوري الفرنسي والأردني في حماية الكرامة الانسانية بوجهة نظر كلٌ على حِدَة:

أولاً: موقف القضاء الدستوري الفرنسي:

فقد منح المجلس الدستوري الفرنسي الكرامة الإنسانية قيمة قانونية مساوية للدستور أي اعتبر من ينتهكها كأنه انتهك الدستور نفسه، فدوره متمثل بمراقبة النصوص القانونية التي لا يتعارض تطبيقها مع قواعد الدستور، تطبيقاً لذلك قام المجلس الدستوري الفرنسي بمراجعة مدى دستورية القوانين قبل إصدارها والتي أطلق عليها مسمى "قوانين الطب البيولوجي" وأشار إلى الضمانات التي تكفل حماية الكرامة الإنسانية، وهي سمو الإنسان واحترام كيانه منذ لحظة ولادته، وعدم انتهاك حرمة وسلامة جسده البشري وحظر التعامل المالي فيه وعدم قابليته للاتجار[٣]. كما أوضح المجلس الدستوري مدى دستورية نصوص القوانين التي تكون الكرامة الإنسانية مقرونة بحقوق الإنسان الأخرى مثل الحق في الحياة والحق في مسكن لائق وحرية المعتقد والأديان. وفيما يتعلق بحق الحياة، أكد المجلس الدستوري على ضرورة احترام الكائن البشري منذ لحظة ولادته لكن ثار سؤال حول مسألة تمتع الجنين بالكرامة الإنسانية وعلى إثره تم الطعن في دستورية "قانون الإنهاء الإرادي للحمل" – ما يسمى الإجهاض في

(١) عقيل المولى، الضمانات القانونية والقضائية للكرامة الإنسانية في العراق ولبنان، ص٢٣ –٢٥.

(٢) يتميز المجلس الدستوري الفرنسي ببسط الرقابة السابقة على القوانين أي أن تتم الرقابة على نصوص القوانين قبل إصدارها ودخولها حيز التطبيق وهذا لم يأخذ به المشرع الأردني على رغم من أن هذه الرقابة ترسخ مبدأ المشروعية وتعمل على استقرار المراكز القانونية التي تنشئها القوانين.

(3) Cons. const., 29 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain, précité, consid. § 2.

التشريع الأردني- وذلك لما يترتب عليه من انتهاك لكرامة الجنين، حيث أباح هذا القانون الإنهاء الإرادي لحمل المَرأة التي توجد في حالة ضيق فلها أن تطلب من الطبيب إنهاء حملها، لكن هذا الإنهاء لا يمكن تنفيذه إلا قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من الحمل. وقد انصب الطعن على مدة إباحة الإنهاء الإرادي للحمل كونها تتعارض مع مبدأ الكرامة الانسانية وحق احترام الكائن البشري منذ حياته، إلا أن المجلس الدستوري أقر دستورية النص مشيراً إلى أنه في أحوال معينة يجوز مخالفة هذا المبدأ وذلك عندما يتعلق بحرية المَرأة ورغبتها بالتخلص الإرادي من الحمل وبين أن الذي يتعارض مع حرياتها هو إجبارها على إبقاء هذا الحمل وأن إباحة الإنهاء الإرادي لحملها لا يتعارض مع احترام الكرامة الإنسانية[١].

وفي حكم آخر أكد المجلس الدستوري على ما جاء فيه قانون تنوع المسكن بأنه من حق كل فرد أن يمتلك سكناً حديثاً ولائقاً وهو هدف ذو قيمة دستورية، استناداً الى حقه في أن يعيش حياة عائلية وأن حق تأمين السكن تفرضه مبدأ احترام الكرامة الإنسانية[٢]. وقد أقر المجلس الدستوري قانون حظر النقاب والبرقع في الأماكن العامة وذلك لما يشكل ارتداؤه من خطر على الأمن العام وعلى حرية المَرأة المسلمة لما يتعارض مع المبادئ الدستورية في فرنسا المتمثلة بالحرية والمساواة والكرامة الإنسانية[٣].

ولا بد من الإشارة الى أن الدستور الفرنسي أحال مسألة تنظيم احترام الكرامة الإنسانية وعقاب من ينتهكها إلى القوانين ونخص بالذكر القانون المدني، حيث جاءت المادة ١٦ على أن "القانون يكفل أولوية الشخص، ويحظر أي اعتداء على كرامة الإنسان ويضمن احترام الإنسان من بداية الحياة". وقد تولى من جانبه قانون العقوبات الفرنسي توفير الحماية الجزائية لمبدأ احترام الإنسانية [٤].

(1) Cons. const. 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n° 2001-446 DC, Rec., p.74 , consid §5.

(2) Cons. const., 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat , n° 94-359 DC, Rec., p.176, consid §9.

(3) Cons. const., 7 octobre 2010 , Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, n° 2010-613 DC, Rec.p. 276, consid §5.

(٤) انظر في هذا الشأن: أحكام الكتاب الثاني لقانون العقوبات الفرنسي الجديد والصادر عام ١٩٩٢ والنافذ بدءاً من عام ١٩٩٤ وعنوانه (في الجنايات والجنح ضد الأشخاص)، والباب الأول من هذا الكتاب مكرس للجنايات ضد البشرية وضد الجنس البشري كالإبادة البشرية. انظر مليكة بوصبيع، كرامة الانسان في التشريعين الجزائري والفرنسي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد ٨ عدد١، ٢٠١٩.

ثانياً موقف القضاء الدستوري الأردني:

تُعد الضمانات الدستورية المنصوص عليها في الدستور الأردني مسألة في غاية الأهمية، فقد تم إنشاء المحكمة الدستورية في الأردن بموجب الدستور وتعديلاته لسنة ٢٠١١ من أجل ترسيخ مبدأ الديمقراطية في دولة القانون وضمانة لحماية حقوق الأفراد واستقرار النظام القانوني. حيث نصت المادة ١/٥٩ من الدستور الأردني "على أن تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة "، وجاءت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢ على أن: "تختص المحكمة بما يلي: أ. -الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"، ويكون اختصاصها طبقاً لنص المادة ٦٠ من الدستور والمادتان ٩ /١١ من ذات القانون عن طريق الطعن المباشر والدفع الفرعي[١]. تطبيقاً لما تقدم، قررت المحكمة الدستورية الأردنية في الحكم رقم (٤) لسنة ٢٠١٤ الذي تتلخص وقائعه بقيام المستدعي في الطعن أمام محكمة العدل العليا بقرار لجنة التقاعد المدني وقد استند المستدعي في أسباب طعنه إلى أن قرار لجنة التقاعد مخالف للدستور ولقانون التقاعد المدني وإلى عدم تطبيق نفس القاعدة القانونية في احتساب الراتب التقاعدي بالرغم من تماثل وتساوي المراكز القانونية، وكذلك الطعن بعدم دستورية المادة (١٤/ب) من نظام موظفي وكالة الأنباء الأردنية وتعديلاته رقم (١٧) لسنة ٢٠١٠ وقد استند في أسباب دفعه بعدم دستوريتها إلى أنها تخالف المبادئ الدستورية التي تضمن مساواة الأردنيين أمام القانون. وبناءً عليه قضت المحكمة بالأغلبية بعدم دستورية النص سالف الذكر لأنه يخالف المادة (٦) من الدستور التي تقرر المساواة أمام القانون عندما يتماثلون في المراكز القانونية، وبينت أن مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة سالفة الذكر مؤداه أنه لا يجوز أن تخّل السلطتان التشريعية والتنفيذية في مجال مباشرتهما لاختصاصاتهما التي نص عليها الدستور بالحماية المتكافئة للحقوق جميعاً سواء في ذلك التي ضمنها الدستور أو المشرّع[٢].

وتأسيساً على ما تقدم، يلزم الدستور الأردني السلطات التشريعية والتنفيذية عند سنّ القوانين والأنظمة احترام الحقوق والحريات ومعاملة كافة الأفراد من دون أي تمييز مع تحقيق المساواة بينهم، وأن هذه المسائل مرتبطة ارتباط وثيق بكرامة الإنسان، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في

(١)لا بد من الإشارة الى أن الطعن المباشر يتم مباشرة من قبل احدى الجهات التي تملك حق الطعن المباشر هي الجهات الممثلة للسلطات العامة بدءا من مجلس الأعيان ومجلس النواب وانتهاء بمجلس الوزراء وذلك بمقتضى المادتين (١/٦٠) و(٩/أ) من الدستور وقانون المحكمة الدستورية على التوالي. وعليه فلا بد من توسيع صلاحيات المحكمة الدستورية باعطاء جهات أخرى مثل النقابات والاحزاب السياسية ومؤسسات المجتمع المدني وغيرها الحق في الطعن المباشر.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم (٤) لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية،٥٣٠١.

حكمها رقم (٣٤٧٦) لسنة ٢٠١٤ عندما ردت أحد أسباب التمييز المتضمن بأن " تقرير الخبرة يقوم على إغفال الخبراء عند احتسابهم لقيمة بدل العطل والضرر الذي لحق بالمميز ضدها وقيمة التعويض رغم أن المميز ضدها مصرية الجنسية وأن معدل الكسب ومستوى الدخل للمواطن المصري لا يصل في أحسن الأحوال إلى نصف مستوى الدخل للمواطن الأردني (....) وتجد محكمتنا أن ما ورد بهذا السبب لا يليق بأن يدون في أوراق القضاء الأردني لما فيه من مساسّ بالكرامة الإنسانية وفيه من التمييز العنصري لا يتفق مع المبادئ الأساسية للمساواة على كل من يقيم على التراب الأردني مما يقتضي الالتفات عنه ورده"[١]. وهذا الحكم يؤكد ما جاءت به المادة السادسة من الدستور الأردني وبأن كرامة الانسان تتحقق بإنسانيته من خلال المساواة بين الأفراد وعدم التمييز بينهم.

وفضلاً عن ذلكوفيما يتعلق بموقف المشرع الدستوري الأردني الذي أحال مسألة ضمانة حماية الكرامة الانسانية إلى القوانين ونخص بذكر الحماية الجنائية المتمثلة من جانب بالحماية الموضوعية المنصوص عليها في قانون العقوبات الممتثل إلى مبدأ مشروعية العقوبة المتمثل بـ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فهذا المبدأ يحمي الأفراد من تعسف السلطات العامة فمن لا يأتي بفعل يجرمه القانون لا يسأل جزائياً وأيضاً يحمي عند تجريم الأفعال حق الإنسان في الحياة وفي الملكية والشرف والعرض وحقه في السلامة[٢]. بالإضافة إلى الحماية الإجرائية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تكفل الضمانات المتمثلة بمرحلة التحري والاستدلال والتحقيق وضمانات المحاكمة العادلة وعلاقتها بحماية الكرامة الإنسانية، وفقاً لأحكام المادة (١/١٤٧) من القانون سالف الذكر والمادة (٤/١٠١) من الدستور الأردني "المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قطعي"، ويستدل من هذا المبدأ على أن قانونية البراءة تفترض أن يكون مصدر الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم القانون نظراً لمساسها بالحرية الشخصية للمتهم –من قبض وتوقيف وتفتيش وتحقيق واستجواب– فالقانون وحده هو الذي يجب أن يحكم هذه الإجراءات؛ ففي الدستور الأردني نصت المادة (٧) على أن "الحرية الشخصية مصونة" ونصت المادة (٨) على أنه "لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون". ونصت المادة (١٠) على أن "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون بالكيفية المنصوص عليها". وبالنتيجة؛ يستوجب الموازنة بين تحقيق العدالة الجنائية واحترام الحقوق والحريات الشخصية للمتهم وعدم المساسّ بكرامته وتقييد حريته إلا في الحدود التي رسمها الدستور والقوانين[٣].

---

(١) حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٤٧٦) لسنة ٢٠١٤، منشورات قرارك.

(٢) انظر قانون العقوبات الاردني وتعديلاته الباب الثامن "الجنايات والجنح التي تقع على الانسان المواد ٣٢٦-٣٦٧".

(٣) انظر محمد نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ٢٠٠٥.

ولا بد من التنويه إلى أن احترام حق الإنسان في الحياة ضمانة لمبدأ احترام الكرامة الإنسانية، وعليه، قد يحرم من حياته قبل ولادته مثل إجهاض المَرأة الحامل وبعد ولادته كما في حالة توقيع عقوبة الإعدام عليه وقتله في دافع الشفقة وهو القتل الرحيم، ويتمثل موقف المشرع الأردني من الحالة الأولى بأنه كفل حق الحياة حتى للجنين في بطن أمه وجعل الإجهاض جريمة معاقب عليها في المادة (٣٢١) من قانون العقوبات إلا في الأوضاع المحددة قانوناً[١]. وفيما يتعلق بالحالة الثانية –على نقيض المشرع الفرنسي الذي قام بإلغاء عقوبة الإعدام في ظروف السلم تطبيقاً للبروتوكول السادس من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية[٢]– أبقى المشرع الأردني على عقوبة الإعدام تطبيقاً لنص المادة (١٧) من قانون العقوبات الأردني؛ حيث أن ذلك لا يتعارض مع حماية حق الإنسان في الحياة بل من شأنه أن يوفر حماية فعالة للحياة باعتباره شكلاً من أشكال الردع لكل من تسولت له نفسه الاعتداء على شخص آخر وسلب حياته[٣].

وقد بات من الضروري أن يهتم المشرع في الوطن العربي بشكل عام بالتقدم العلمي الناجم عن الثورة البيولوجية وتطبيقاتها في مجال الطب والوراثة، وفي ضوء ذلك صادقت الأردن مؤخرا على الاتفاقية العربية لمنع ومكافحة الاستنساخ البشري وتم تصديق عليها بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٢٠،إذ تدرك هذه الاتفاقية خطورة الاستنساخ البشري وما ينتج عنه من اعتداء على كرامة وخصوصية الإنسان وتضمنت ديباجتها أهميتها "إذ تتصدى بالتجريم والعقاب لكل حالات الاستنساخ البشري، ولإدراكها أن سوء استخدام علم الأحياء والطب قد يؤدي إلى أعمال تهدد كرامة الإنسان." وعليه إلى جانب قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٨ يتوجب على المشرع الأردني إصدار قانون يؤطر تطبيقات الأخلاقيات الحيوية وينظمها آخذاً بالحسبان التمييز بين متطلبات التقدم العلمي وحرية البحث العلمي وبين احترام الكرامة الإنسانية.

---

(١) حظر المشرع اجهاض إمرأة حامل في المادة (١٢) من قانون الصحة العامة وتعديلاته نصت المادة على ما يلي: "أ.يحظر على أي طبيب وصف اي شيء بقصد إجهاض إمرأة حامل أو إجراء عمليه اجهاض لها، إلا إذا كانت عملية الإجهاض ضرورية لحمايتها من خطر يهدد صحتها أو يعرضها للموت".

(2)Le protocole n. 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, l’article 1 "La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté."

(٣) انظر موقف المشرع الفرنسي والمصري من عقوبة الإعدام وإجهاض المَرأة الحامل: شريف يوسف حلمي خاطر، الحماية الدستورية للكرامة الإنسانية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، ٢٠١١، ص١٠٢-١٨٠.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الضبطيةكضمانة لحماية الكرامة الإنسانية

يهدف الضبط الإداري بصفه عامة إلى حماية النظام العام في المجتمع، وأيضاً يهدف إلى حماية الحرية وليس تعطيلها وهذا الهدف مشروط بعدم تجاوز حدودها التي من الممكن أن تمسّ النظام العام. ويمثل هذا الأخير الأساس الذي ينظم المجتمع كونه يترجم أولوية جماعية تهدف إلى المحافظة على الأمن وسلامة الأفراد وممتلكاتهم والآداب العامة. في حين أن ممارسة حرية أو نشاط معين تعتبر أولوية للفرد ابتداءً، مما يستدعي في بعض الأحيان ضبطها عندما يؤدي إساءة استخدامها إلى المساس بالنظام العام(١). علماً بأن قرار الضبط الإداري لا يعتبر انتقاص من الحرية وذلك لأن القاضي الإداري –حامي الحقوق والحريات–يبسط رقابته على مشروعية قرارات الضبط الإداري للتأكد من أن سبب القرار قائم وصحيح والغاية مقتصرة على حماية النظام العام. وكما أشرنا سابقاً فإن مفهوم الكرامة الإنسانية مفهوم متغير بحسب النظام القانوني لكل دولة مما يترتب على ذلك اختلاف الحماية القضائية، وسنتناول تباعاً دور القضاء الإداري الفرنسي والأردني في حماية الكرامة الإنسانية:

القضاء الإداري الفرنسي الذي يشتهر في خلق قواعد قانونية جديدة، يؤرخ ولادة الكرامة الإنسانية كعنصر من عناصر النظام العام الحديث الى قضية اشتهرت بـ"Lancer de nains" لسنة ١٩٩٥ وتتلخص وقائعها في أن رئيس بلدية "Morsang-sur-Orge" قام بمنع عرض رمي قصار القامة "الأقزام" في قاعات الرقص مسبباً في ذلك أن هذا العرض يمسّ الآداب والأخلاق العامة؛ وعليه تم الطعن بالقرار أمام المحكمة الإدارية الدرجة الأولى بحجة أن هذا المنع يشكل تعدياً على حرية العمل وأن الاقزام يتقاضون مصدر عيشهم من ذلك العرض، وبناءً على ذلك تم فسخ قرار رئيس البلدية، ومن ثم طعن في الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي والذي بدوره أيد قرار رئيس البلدية معللاً في ذلك أن هذا العرض يمسّ الكرامة الإنسانية وليس الأخلاق العامة التي يرتبط مفهومها بالظروف المحلية السائدة في المنطقة، واعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن في ذلك إهانة لكرامة القزم نفسه وبالتالي اعتداء على المجتمع بشكل عام(٢). كما يتعين أن يفهم من هذا الحكم عدم منح رئيس البلدية سلطات واسعة في مجال المحافظة على الآداب العامة، ولذلك أوجد مجلس الدولة الفرنسي فكرة الكرامة الإنسانية كمبرر يخدم من تلقاء نفسه لتقيد ممارسة حق العمل من أجل حماية فئة معينة من الأفراد وهم "الأقزام".

(1) PLANTEY (A.), Définition et principes de l'ordre public, p. 36.
(2) CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, précité.V. GATE (J.), Ordre public, moralité publique et dignité de la personne humaine: quels pouvoirs pour le maire? Quelles obligations?, p. 540.

في حيننجد أن القضاء الإداري الأردني ولكي يتم الاعتراف بالأخلاق والآداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام يشترط بأن تتسم هذه الأفعال بالعمومية بحيث تؤدي هذه الأفعال إلى الإضرار بالمصلحة العامة حيث تقول محكمة العدل العليا: "فإذا كانت الأفعال من شأنها الإضرار بمصالح أفراد معينين بذاتهم فإن منع مثل هذه الأعمال لا يدخل في اختصاص الضبط الإداري لأن وظيفة الضبط الإداري تقتصر على المحافظة على النظام العام، والإضرار بمصالح أفراد معينين بذواتهم لا تعتبر إخلالا بالنظام العام"(١).

مما لا شك فيه بأن احترام الأديان وحرية المعتقد مرتبط ارتباط لصيق بكرامة الإنسان، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية اشتهرت ب" l'affaire Dieudonné" لسنة ٢٠١٤ نسبة للمدعو "Dieudonné M'Bala M'Bala "، ممثل فكاهي وناشط سياسي فرنسي، وقائع القضية تشير إلى أن العرض"Le Mur" – يقصد به الحائط – يتضمن عبارات معادية للسامية ويحرض على العنصرية ويشيد بالتمييز والاضطهاد والإبادة التي ارتكبت خلال الحرب العالمية الثانية، ويسخر من "محرقة اليهود"، بناءً عليه أيد مجلس الدولة الفرنسي قرار رئيس البلدية الصادر بمنع عرض المسرحية بسبب مساسه بالكرامة الانسانية(٢). ويؤكد هذا الحكم مدى أهمية تدخل سلطات الضبط الإداري واتخاذها التدابير الوقائية اللازمة لمنع ارتكاب جرائم من خلال منع العرض وتقييد حرية التعبير بسبب خطورة الكلمات والإيماءات، التي تنتهك الكرامة الإنسانية وبالتالي النظام العام باعتبارها أحد مكوناته(٣)، وكان هذا القرار محل انتقاد فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها رئيس البلدية لم تنطوِ على خطورة كبيرة، وقد بالغ مجلس الدول الفرنسي في تقدير جسامة الأخطار المحتملة، وأن الحظر الكلي للعرض يمسّ حرية التعبير، إذ كان بإمكانه دون حظره أن يحافظ على النظام العام من خلال حذف العبارات التي تتضمن العنصرية والتمييز، دون لجوء إلى منع العرض كلياً، وتم وصف هذا القرار بأن له بعداً سياسياً مع الإشارة إلى أن مصطلح "سياسي" ليس المقصود منه الأحزاب السياسية بل المتعلقة بطريقة توظيف مجلس الدولة الفرنسي لمصطلح الكرامة الإنسانية وربطها بأشكال التمييز والعنصرية واحترام حرية الأديان والعقائد من أجل تكوين حجج موضوعية وإضفاء الشرعية على القرار(٤). ويستدل من ذلك بأن القاضي الإداري يسعى إلى حماية المبادئ والقيم في مجتمع تتباين فيه الأديان والعقائد من خلال اعتبار احترام الكرامة

(١) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨١، منشورات قرارك.

(2) CE, réf., 11 janvier 2014, Sté les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374552.

(3) PAULIAT (H.), Police administrative et prévention des infractions pénales: une confirmation du juge administratif, p.5.

(4) BARANGER (D.), Retour sur Dieudonné, p. 525.

الإنسانية كأحد أهداف الضبط الإداري ومبرّر لتقييد الحقوق والحريات استثناءً وخصوصاً فيما يتعلق بالمسائل الحساسة التي تمسّ ما يعتبر أمر أساسي وجوهري للإنسان وبالنتيجة يضمن المحافظة على النظام العام من أي خلل مادي[١].

وتابع مجلس الدولة الفرنسي المسلك ذاته بخصوص احترام حرية المعتقد والأديان التي تعتبر من الحقوق لصيقة بكرامة الإنسان، تطبيقاً على ذلك من أهم الاحكام التي صدرت مؤخراً، حكم Association de défense des droits de l'Homme collectifالذي فصل في قضية اشتهرت بـburkini عام ٢٠١٦، وقد شغلت هذه القضيةالرأي العام لدى كل من الإعلام الفرنسي والأوروبي والعربي. وفيما يلي وقائع هذه القضية، حيث أصدر رئيس بلدية "Nice" قراراً بمنع وحظر ارتداء "burkini" لباس البحر الاسلامي على شواطئ مدن فرنسا وفي هذا الشأن فقد تقدمت جمعية الدفاع عن حقوق الإنسان بفرنسا بطلب مستعجل أمام المحكمة الإدارية لمدينة Nice بوقف تنفيذ وإلغاء القرار، لكن أيدت المحكمة قرار رئيس البلدية وقضت بأن"الشواطئ الفرنسية ليست المكان المناسب للتعبير عن المعتقدات الدينية والتقاليد، فهو مكان فرنسي وينطبق عليه كل قوانين العلمانية، وظهور النساء بشكل يشير لاتجاه ديني معين يعد انتهاكاً لقواعد البلاد"[٢]. مما دعا إلى الطعن في هذا الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي بصفة مستعجلة، حيث بحث مجلس الدولة في مشروعية ذلك القرار وأشار الى أنه "يتعين على رئيس البلدية التوفيق بين إنجاز مهمته واحترام الحقوق والحريات التي كفلها القانون. ومن ثم فإنه يتعين وضع النظام العام في الاعتبار طبقاً للزمان والمكان المحدد فيه النشاط، ولا يجوز لرئيس البلدية أن يؤسس سلوكه طبقاً لاعتبارات أخرى وأن التضييق من الحريات يتعين أن يتم حال مواجهة خطر ما يهدد النظام العام شريطة أن يكون هذا الخطر ظاهراً"[٣]. ومضيفاً الى "أن مشاعر الخوف والقلق من اعتداءات الارهابية لمدينة Nice التي تمت في الرابع عشر من شهر تموز ٢٠١٦ لا تصلح مبرراً للاعتداء على الحقوق والحريات العامة"[٤]. وبالتالي، قرر مجلس الدولة إلغاء القرار لعدم مشروعيته ولما يتضمنه من مساس بحرية المعتقد والأديان ومن انتهاك للكرامة

(1) FRYDMAN (F.), Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge - À propos de la dignité de la personne humaine, p.1100.

(2) TA Nice, réf., 13 août 2016, Association de défense des droits de l'homme: collectif contre l'islamophobie en France, n°1603470.

(3) CE, réf., 26 août 2016, Association de défense des droits de l'Homme collectif contre l'islamophobie en France, précité, consid. § 5.

(4)CE, réf., 26 août 2016, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, précité., consid. § 6. V. note JESTAZ (P.), Un tsunami pour un burkini, Dalloz, 2016, p. 1697.

الإنسانية فارتداء النساء المسلمات "للبوريكيني" لا يمثل خطراً على النظام العام فهذا القرار يمثل اعتداء على الحقوق والحريات الشخصية واستوجب الإلغاء.

وفي المقابل، قررت المحكمة الإدارية العليا الأردنية – ومن خلال التكييف القانوني للوقائع–تأييد حكم المحكمة الإدارية في القضية رقم (٢٨٧) لسنة ٢٠١٩ القاضي بمشروعية القرار المتضمن الاستغناء عن خدمة عضو هيئة تدريسية الذي قام بتوزيع مادة تعليمية تمسّ الدين والأعراف حيث تقول المحكمة: " أن الطاعن لم يراعِ ذلك في أوراقه التي وزّعها على الطلبة والتي تتضمن ما يتعارض مع ثوابت ومعتقدات المجتمع الدينية والأخلاقية ولاعلاقة لها بالمادة التي يدرّسها وبالتالي لا تندرج تحت حرية الرأي والتعبير... وحيث إن على عضو الهيئة التدريسية القيام بواجباته الجامعية والتقيد بأحكام القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها وفقاً لأحكام المادة (٥٨/أ) من نظام أعضاء الهيئة التدريسية للجامعة، وأن يمتنع عن القيام بأي عمل يتعارض مع مهامه وواجباته الجامعية أو الإساءة إلى سمعة الجامعة أو العاملين بها، فيكون القرار الطعين المشكو منه المتضمن الاستغناء عن الخدمة مع صرف جميع استحقاقاته المالية واقعاً في محله لموافقته للقانون وغير مشوب بالغلو"[١].

كما أقرت محكمة العدل العليا –سابقاً– مشروعية القرارات الإدارية الصادرة حفاظاً على الأخلاق والآداب العامة، وقد جاء في أحد أحكامها إن "إحراز صور ماجنة بقصد البيع أو التوزيع من شأنه أن يشكل خطرا على الآداب والأخلاق العامة. ويكون قرار محافظ العاصمة بربط الشخص محرز هذه الصور، بكفالة حسن سلوك، متفقا وأحكام القانون"[٢]. وقضت في حكم آخر "ما دام الثابت من الأوراق إن المستدعية... متزوجة من أردني ولم تحصل على الجنسية الأردنية ولم تحصل على إقامة بصورة مشروعة وتقوم بإعمال مخلة بالآداب العامة فان القرار المطعون فيه (قرار الإبعاد) يكون متفقاً وأحكام القانون"[٣]. كما وجدت المحكمة أن التشهير بالعرض مسألة تثير المشاعر والاحساسات والفتن بين أفراد مجتمع يحافظ على تقاليد الشرف العائلي[٤]وارتكاب أحد الأفعال الماسة بالأخلاق والمؤدية إلى إيجاد فتنة بين الناس[٥]، كلها وقائع وأسباب تبرر مشروعية القرار الإداري الصادر بالتوقيف.

وبالتأسيس على ما سبق، يبسط القضاء الإداري الأردني رقابته على التكييف القانوني للوقائع وليس على تقدير الإدارة لخطورة الوقائع، ووسع القضاء من مفهوم الأخلاق والآداب العامة آخذاً

(١) حكم محكمة الإدارية العليا في القضية رقم (٢٨٧) لسنة ٢٠١٩، منشورات قرارك.

(٢) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (٩١) لسنة ١٩٧١، منشورات قرارك.

(٣) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم(٤٣٨) لسنة ١٩٩٨، منشورات قرارك.

(٤) حكم محكمة العدل العليا في القضيةرقم (١٣) لسنة ١٩٨٣، منشورات قرارك.

(٥) حكم محكمة العدل العليا في القضيةرقم (٨) لسنة ١٩٧٥، منشورات قرارك.

بعين الاعتبار ما ينبغي للكرامة الإنسانية من تقدير وعناية لتشمل أيضاً احترام حرية المعتقد والأديان بما يتوافق مع المجتمع، ومنع أي اضطراب قد يتسبب الاعتداء عليه خطورة في المجتمع(١). في حين بالمقارنة بالقضاء الإداري الفرنسي يتمثل دوره الإيجابي في بسط رقابته على تقدير خطورة الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها، إذ عن طريق تلك الرقابة يصبح القاضي الإداري "قاض للملاءمة"، حيث يباشر مهمته في هذه الحالة لا بالنظر إلى قواعد القانون فحسب وإنما كذلك إلى الظروف والمعطيات التي أحاطت بالقرار المتخذ ومدى تقدير الإدارة لهذه الظروف وتلك المعطيات، وذلك لأن رقابة الملاءمة متصلة بأهم امتياز من امتيازات الإدارة وهو السلطة التقديرية، علماً بأن القاضي في هذه الحالة يحل محل الإدارة وتصبح هذه الرقابة سلاحاً ذا حدين فإما أن يجد القاضي نقطة التوازن بين ممارسة النشاط أو الحرية والنظام العام أو قد يتم في بعض الأحوال التحيز للإدارة أو "تسييس الأحكام القضائية" بما يتناسب والظروف السائدة، وهذا ما شهده مؤخراً مجلس الدولة الفرنسي وقد تعرض للكثير من الانتقادات بسبب حالة الطوارئ في البلاد حيث وجد نفسه في بعض الأحيان محصناً تحصيناً ذريعاً ضد الحريات العامة من خلال توظيف مصطلح الكرامة الانسانية كمبرر لتقيد الحقوق والحريات(٢).

ختاماً لا بد من الإشارة إلى أن دور القاضي الإداري في حماية الكرامة الإنسانية من أي اعتداء يتأثر بشكل مباشر بالأبعاد الاجتماعية والسياسية والعقائدية في كل دولة؛ إذ نجد أن التشريع والقضاء الإداري الأردني –أسوة بالتشريعات العربية– أضاف عنصر الآداب والأخلاق العامة ووسع من مضمونه باعتباره عنصر حديث للنظام العام لكنه لم يتم تداول عنصر الكرامة الإنسانية كأحد أهداف الضبط الاداري، لكن ذلك لا يشكل تعارضاً بين المفاهيم ولا يعني عدم إمكانية تدخل القاضي الاداري لحماية الكرامة الإنسانية وحرية المعتقد من اعتداء الحريات الأخرى وخصوصاً حرية التعبير والرأي؛ فالتشريعات العربية توسع من نطاق مفهوم النظام العام ونطاق دائرته من عام إلى خاص، بينما القضاء الفرنسي يتحدث عن إضافة عناصر جديدة لمفهوم النظام العام على نطاق العموم وذلك لاعتبارات اجتماعية وسياسية سبق بيانها، وبالنتيجة فإن تطور مفهوم النظام العام مرتبط بشكل رئيسي بالمنظومة القانونية والقضائية لكل دولة وبظروف المجتمع ووعي أفراده(٣).

---

(١) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، عمان، دار الثقافة، ٢٠٠٤، ص٩٦٢.

(2) RENAULT (T.), Quelle critique des juges administratifs ?, pp. 33-37. V. MAGALI (J.), Supprimer la justice administrative, deux siècles de débats, p. 456.

(٣) انظر مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الاداري،٢٠٢٠.

الخاتمة:

إن الدراسة لموضوع الكرامة الإنسانية تشكل أهم الأسس والوسائل التي تؤدي إلى تطوير النظام القانوني لحمايتها، وعليه استعرضت الدراسة الإطار القانوني لحماية الكرامة الإنسانية في القانون العام من خلال دراسة كلا التشريعين الأردني والفرنسي، وقد خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

١) فيما يتعلق بمضمون الكرامة الإنسانية والذي أشبه بما يكون بوعاء فارغ، فيتم توظيف المفهوم بحسب كل حالة تعرض أمام القاضي المختص؛ فيستخدم كمعيار لحل التعارض بين القيم الدستورية المتنازعة وكمبدأ لحماية الأشخاص وأيضاً كحد لحرياتهم بحسب الغاية المرجوة من الحماية إما من أجل أن تعكس متطلباً سياسياً جديداً أو اجتماعياً أو دينياً أو لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي. وبالتالي ليس من السهل تحويله إلى مفهوم قانوني جامع مانع وهذا الأمر لا يعتبر عيباً طالما يتم توظيفه بالطريقة الصحيحة.

٢) مما لا شك فيه، يلعب القضاء الدستوري والإداري دوراً رئيسياً في توفير الحماية الأزمة للكرامة الإنسانية من أي انتهاك؛ فالقاضي الدستوري يضمن عدم اعتداء سلطات الدولة من خلال مراقبة دستورية القوانين والأنظمة والقاضي الإداري حامي الحقوق والحريات يبسط رقابته على مشروعية قرارات الضبط الإداري للتأكد من أن الغاية منها حماية النظام العام. ولكن من خلال استقراء الأحكام القضائية تبين أن القضاء الأردني لا يقوم بحماية الكرامة الإنسانية بشكل مباشر كما يفعل القضاء الفرنسي.

ثانياً: التوصيات

١) نتمنى على القضاء الإداري الأردني استغلال صفة القاضي الإنشائي المتمثلة بخلق وابتداع قواعد قانونية جديدةوخصوصاً في موضوع الضبط الإداري الذي يعد من أكثر المواضيع النسبية والمتطورة، فنلاحظ أن القضاء الاداري الفرنسي هو الجهة التي ساهمت في بلورة مبدأ الكرامة الإنسانية من خلال الاعتراف به كعنصر من عناصر النظام العام الحديث. والقضاء الدستوري الفرنسي من أسبغ على الكرامة الإنسانية قيمة دستورية.

٢) ختاماً، على الرُغم من اختلاف مدلول الكرامة الإنسانية في بعض المسائل في كلا التشريعين إلا أن التجربة الفرنسية قد تكون جيدة لوضع خارطة الطريق لبيان الدور الرئيسي للقضاء في حماية الكرامة الإنسانية، وعليه، توصي الدراسة بضرورة تنوير القضاة بهذا الموضوع الحيوي الهام لأن تقدم الدول اليوم يقاس بمدى الحماية القضائية للكرامة الإنسانية للفرد والتي تعتبر الحجر الأساس لكافة الحقوق والحريات العامة والمحور الرئيسي في دولة القانون.

المراجع

أولاً: الكتب

أ. باللغة العربية

علي شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، عمان، دار الثقافة، ٢٠٠٤.

علي شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، عمان، دار وائل للنشر،٢٠٠٩.

وليد الشناوي، مفهوم الكرامة الإنسانية في القضاء الدستوري: دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤.

ب. بلغات الأجنبية

René CHAPUS, Droit administratif général, Paris, Montchrestien, 15ème édition,2001.

ثانياً: المقالات والأبحاث العلمية

أ. باللغة العربية

شريف خاطر، الحماية الدستورية للكرامة الإنسانية: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، ٢٠١١.

شيرزاد النجار، كرامة الإنسان كقيمة دستورية في الدساتير الحديثة (القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ أنموذجا)، مجلة جامعة النهرين، ٢٠١٨.

فواز صالح، مبدأ احترام الكرامة الإنسانية في مجال الأخلاقيات الحيوية، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد ٢٧، ٢٠١١.

مليكة بوصبيع، كرامة الإنسان في التشريعين الجزائري والفرنسي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد ٨ عدد١، ٢٠١٩.

محمد نجم، حق المتهم أو الظنين في محاكمة عادلة في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلّد ٣٢، العدد ٢٠٠٥،٠١.

مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلد ٠٧، العدد٠١، ٢٠٢٠.

ب. باللغة الأجنبية

Allan, J. & Bagaric, M. (2006) The Vacuous Concept of Dignity. *Journal of Human Rights*, 5(2), p.260.

Baranger, D. (2014) Retour sur Dieudonné, RFDA, p.525.

Broyelle, C. (2014) Retour sur Dieudonné, RFDA, p.521.

Chaskalson, A. Human dignity as a constitutional value, In Kremtzer, D. & Eckart, k. *The concept of human dignity in human rights discourse* (The Hague: Kluwer).

Enders, C. (2010) The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law, RECHTD, 2.

Frydman, F. (2015) Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge - À propos de la dignité de la personne humaine, RFDA, p.1100.

Gate, J. (2016) Ordre public, moralité publique et dignité de la personne humaine: quels pouvoirs pour le maire? Quelles obligations? AJCT, , p. 540.

Glenard, G. (2015) *La dignité de la personne humaine: un ordre de valeurs*?, RFDA, , p.869.

Jestaz, P. (2016) *Un tsunami pour un burkini*, Dalloz .

Magali, J. (2008) *Supprimer la justice administrative, deux siècles de débats*, RFDA.

Pauliat, H. (2016) Police administrative et prévention des infractions pénales: une confirmation du juge administratif, JCP A, no 11.

Piastra, R. (2014) De l'ordre public, Dalloz, p.155.

Seiller, B. (2014) La censure a toujours tort (Victor Hugo), AJDA, , p.129.

Renault, T. (2017) Quelle critique des juges administratifs?, Délibérée, vol. 1,(1),.

Truchet, D. (2015) La dignité et les autres domaines du droit, RFDA, p.1094.

Verpeaux, M. (2020) Contentieux constitutionnel: Normes de référence, Répertoire de contentieux administratif.

ثالثاً: الرسائل

جلطي أعمر، الأهداف الحديثة للضبط الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أطروحة دكتوراه، الجزائر، المنصة القانونية، ٢٠١٦.

عبد الجليل حسن، مبدأ الكرامة الانسانية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية في لبنان، ٢٠١٤.

عقيل المولى، الضمانات القانونية والقضائية للكرامة الانسانية في العراق ولبنان، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية في لبنان، ٢٠١٤.

رابعاً: الأحكام القضائية

أ. المحاكم الأردنية (مرتّبة بحسب تاريخها)

١.حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (٩١) لسنة ١٩٧١، منشورات قرارك.

٢.حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم(٨) لسنة ١٩٧٥، منشورات قرارك.

٣.حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨١، منشورات قرارك.

٤.حكم محكمة العدل العليا في القضيةرقم (١٣) لسنة ١٩٨٣، منشورات قرارك.

٥.حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم(٤٣٨) لسنة ١٩٩٨، منشورات قرارك.

٦.حكممحكمة العدل العليا في القضية رقم (٥٢٣) لسنة ١٩٩٨، منشورات قرارك.

٧.حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم (٤) لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية،٥٣٠١.

٨.حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٤٧٦) لسنة ٢٠١٤، منشورات قرارك.

٩. حكم محكمة الإدارية العليا في القضية رقم (٢٨٧) لسنة ٢٠١٩، منشورات قرارك.

ب. المحاكم الفرنسية (مرتّبة بحسب تاريخها)

1. CE, 07 novembre 1924, Club indépendant sportif châlonnais, n° 78468, Lebon, p.863.
2. Cons. const., 29 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n° 94-343/344 DC, Rec., p.100.
3. Cons. const., 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat , n° 94-359 DC, Rec., p.176.

4. CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n°136727, Lebon, p.372.
5. Cons. const., 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2001-446 DC, Rec., p.74.
6. Cons. const., 07 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, n° 2010-613 DC, Rec., p.276.
7. CE, réf., 11 janvier 2014,Sté les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374552.
8. TA Nice, réf., 13 août 2016, Association de défense des droits de l'homme: collectif contre l'islamophobie en France, n° 1603470.
9. CE, réf., 26 août 2016, Association de défense des droits de l'Homme collectif contre l'islamophobie en France, nos 402742 et 402777, Lebon, p.390.

References

1) Books

a) **Arabic Books**

Shattnawi, A. (2004). *Encyclopedia of administrative justice,* part II, Amman, Dar Al-Thaqafa, Amman,.

Shattnawi, A. (2009). *Administrative law of Jordan*, part I, Amman, Dar Wael for Publishing,.

Alshennawi, W. (2014). *The concept of human dignity in the constitutional judiciary, "comparative analysis*", Dar Al-Fikr and Law, Mansoura,.

b) **French Books**

Chapus, R. (2001). *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 15ème édition, 2001.

2) Articles and Scientific Research

a) Arabic

Al-najjar, S. (2018). Human Dignity as a Constitutional Value in Modern Constitutions (German Basic Law of 1949 as a model), *Al-Nahrain University Journal*.

Bousbai, M. (2019). Human dignity in the Algerian and French legislations, Idjtihad for legal and economic studies, Vol. 8 (1),.

Ibn Abbas, M. (2020). The New Elements of The Public Order in Administrative Law, *ELBAHITH for Academic Studies*, Vol 07, (1) .

Khater, S. (2011). Constitutional protection of the principle of human dignity "comparative study", *Journal of Legal and Economic Research*, Mansoura University.

Najm, M. (2005). The right of the accused person to have a fair trial in the Jordanian law, *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, Vol 32, (1).

b) **French** & English

ALLAN (J.) & BAGARIC (M.), The Vacuous Concept of Dignity, Journal of Human Rights, 2006, 5:2, p.260.

BARANGER (D.), Retour sur Dieudonné, RFDA, 2014, p.525.

BROYELLE (C.), Retour sur Dieudonné, RFDA,2014, p.521.

CHASKALSON (A.), Human dignity as a constitutional value, In KREMTZER (D.) & ECKART (k.), The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse (The Hague: Kluwer).

ENDERS (C.), The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law, RECHTD, 2, 2010.

FRYDMAN (F.), Les vingt ans de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge - À propos de la dignité de la personne humaine, RFDA, 2015, p.1100.

GATE (J.), Ordre public, moralité publique et dignité de la personne humaine: quels pouvoirs pour le maire? Quelles obligations? AJCT, 2016, p. 540.

GLENARD (G.), La dignité de la personne humaine: un ordre de valeurs? RFDA, 2015, p.869.

JESTAZ (P.), Un tsunami pour un burkini, Dalloz, 2016, p.1697.

MAGALI (J.), Supprimer la justice administrative, deux siècles de débats, RFDA, 2008, p.456.

PAULIAT (H.), Police administrative et prévention des infractions pénales: une confirmation du juge administratif, JCP A, 2016, n° 11.

PIASTRA (R.), De l'ordre public, Dalloz, 2014, p.155.

SEILLER (B.), La censure a toujours tort (Victor Hugo), AJDA, 2014, p.129.

RENAULT (T.), Quelle critique des juges administratifs? Délibérée, vol. 1, no. 1, 2017.

TRUCHET (D.), La dignité et les autres domaines du droit, RFDA, 2015 p.1094.

VERPEAUX (M.), Contentieux constitutionnel: normes de référence, Répertoire de contentieux administratif, 2020.

3) Theses

Al-mawla, A. (2014) *Legal and judicial uarantees of human dignity in Iraq and Lebanon*. Master Thesis, Islamic University of Lebanon.

Galati, O. (2016) *Modern objectives of administrative control*. PhD thesis, Algeria, Legal Platform.

Hassan, A. (2014) *The principle of human dignity in public International law.* Master's Thesis, Islamic University of Lebanon.

4) Judicial decisions

a) Jordanian Courts

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (91) of 1971, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (8) of 1975, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (146) of 1981, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (13) of 1983, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (438) of 1998, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Court of Justice in Case No. (523) of 1998, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Jordanian Constitutional Court No. (4) of 2014, Official Gazette, 5301.

Judgment of the Court of Cassation, No. (3476) of 2014, published on the website of Qarark.com.

Judgment of the Supreme Administrative Court in Case No. (287) of 2019, published on the website of Qarark.com.

b) French Courts

CE, 07 novembre (1924), Club indépendant sportif châlonnais, n°78468, Lebon, p.863.

Cons. const., 29 juillet (1994), Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n° 94-343/344 DC, Rec., p.100.

Cons. const., 19 janvier (1995), Loi relative à la diversité de l'habitat, n° 94-359 DC, Rec., p.176.

CE, 27 octobre (1995), Commune de Morsang-sur-Orge, n°136727, Lebon, p.372.

Cons. const., 27 juin (2001), Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n°2001-446 DC, Rec., p.74.

Cons. const., 07 octobre (2010), Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, n°2010-613 DC, Rec., p.276.

CE, réf., 11 janvier (2014), Sté les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala, n°374552.

TA Nice, réf., 13 août (2016), Association de défense des droits de l'homme: collectif contre l'islamophobie en France, n°1603470.

CE, réf., 26 août (2016), Association de défense des droits de l'Homme collectif contre l'islamophobie en France, nos 402742 et 402777, Lebon, p.390.

إشكالية تطبيق النصوص الناظمة لجرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية في التشريع الأردني "دراسة تحليلية"

د. سيف إبراهيم المصاروة *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/٣/٣م. تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٥م.

ملخّص

اختلفت قرارات المحاكم الأردنية في ضوء تجريم الذم والقدح والتحقير في قانون العقوبات رقم(١٦) لسنة ١٩٦٠، وقانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥، وقانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، بين تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات المتعلقة باشتراط تحقق العلانية، وتعليق تحريك دعوى الحق العام على اتخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وإسقاطها تبعاً لإسقاط الحق الشخصي من عدمه على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافاً لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، ومن القرارات القضائية ما ذهبت إلى تطبيق بعض الأحكام الواردة في قانون العقوبات دون الأخرى على هذه الجرائم، فضلاً عن اختلافها في النص الواجب تطبيقه على جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية بين نص المادتين أعلاه، وكذلك بين قانون الاتصالات بحدود المادة (٧٥/أ) منه، وقانون العقوبات بحدود المواد (١٨٨، ١٨٩، ١٩٠) منه، إذا ما وقع الذم والقدح والتحقير عبر الاتصال الهاتفي.وانطلاقاً من وحدة مفهوم جرائم الذم والقدح والتحقير وجوهرها وتجنباً لتعدد الأوصاف الجرمية واختلاف الأحكام الموضوعية والإجرائية لذات الفعل، انتهت الدراسة بجملة من المقترحات أهمها تعديل نص المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية والمادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات على نحو يضمن تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافاً لأحكام المادتين أعلاه، وتخفيض الحدّ الأعلى لعقوبة الحبس المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية إلى سنتين؛ للحدّ من نطاق التوقيف في الجرائم المعاقب عليها بموجب هذه المادة.

الكلمات المفتاحية: المحاكم الأردنية، الذم والقدح والتحقير، قانون العقوبات، قانون الاتصالات، وقانون الجرائم الإلكترونية، القرارات القضائية.

* كلية الحقوق، جامعة مؤتة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Problem of Applying the Texts Organizing the Cyber Crimes of Slander, Libel and Contempt in the Jordanian Legislation

"An Analytical Study"

Dr. Saif Ibrahim Al-Masarweh

Abstract

The decisions of the Jordanian courts varied in the light of incriminating the crimes of slander, libel and contempt in penalties law No. 16 for the year (1960) and communications law No. 13 for the year (1995) as well as the law of cyber crimes No. 27 for the year 2015, between implementing the provisions cited in the penalties law which is related to the condition of publicity, as well as suspending the instate of a lawsuit of public rights for giving the victim the character of the personal claimant and abating litigation based on abating the personal right for the crimes of slander, libel and contempt committed against the provisions in article (75/a) of communication law and article (11) of cyber crimes law. However, some judicial decisions applied some provisions in penalties law without interest in others in relation to these crimes, in addition to variations in the text that should be applied to the cyber crimes of slander, libel and contempt with reference to the two above-mentioned articles as well as the difference between communication law in article (75/a) and penalties law in articles (188,189, 190) if such crimes were committed via mobile phones. According to the unity of the concept of slander, libel and contempt and its core, and to avoiding the pluralism of criminal description and the difference in the objective and procedural judgments for the same action, the study concluded with a number of suggestions, including the amendment of article (11) of cyber crimes law and article (75/a) of communications law in a manner that assures the implementation of the provisions cited in penalties law on slander, libel and contempt crimes committed against the provisions of the above-mentioned articles in addition to reducing the highest limit for the increment penalty enshrined in article (11) of cyber crimes law to become two years in order to reduce the range of apprehension in the crimes published according to this article.

Keywords: Jordanian courts, slander, libel and contempt, penalities law, communications law, cybercrime law, judicial decisions .

المقدمة:

يُعدّ الشرف والاعتبار أغلى ما يملكه الإنسان، وهذا ما حرص المشرّع الأردني على صونه وعدم المساس به، حيث جرّم في قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ أفعال الذم والقدح والتحقير باعتبارها من الجرائم الواقعة على شرف الإنسان وكرامته واعتباره. فعرّفت المادة (١/١٨٨) من قانون العقوبات الذم أنه "إسناد مادة معينة إلى شخص –ولو في معرض الشك والاستفهام– من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تُعرضه إلى بُغض الناس واحتقارهم سواء أكانت تلك المادة جريمة تستلزم العقاب أم لا"، كما عرّفت المادة (٢/١٨٨) من القانون ذاته القدح أنه " الاعتداء على كرامة الغير أو شرفه أو اعتباره –ولو في معرض الشك والاستفهام– من دون بيان مادة معينة".

ونظرًا لتطور وسائل الاتصال وظهور الوسائل الإلكترونية وما توفره من سرعة انتقال المعلومات وسهولة تداولها، واستخدام بعض الناس هذه الوسائل في ذم وقدح وتحقير غيرهم، فقد ذهب المشرّع الأردني إلى تجريمها في قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥، إذ نصّت المادة (٧٥/أ) منه على أنه "كل من أقدم بأيّ وسيلة من وسائل الاتصال على توجيه رسائل تهديد أو إهانة أو رسائل منافية للآداب أو نقل خبراً مختلقاً بقصد إثارة الفزع يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن (٣٠٠) دينارٍ ولا تزيد على (٢٠٠٠) دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين". وتتحقق الإهانة بكلّ ما من شأنه المساس بكرامة وشرف أو اعتبار المعتدى عليه، إذ تشمل جميع الأفعال التي تعدّ ذماً أو قدحاً أو تحقيراً[١].

وكذلك في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، فنصّت المادة (١١) منه على أنه "يُعاقب كلّ من قام قصداً بإرسال أو إعادة إرسال أو نشر بيانات أو معلومات عن طريقة الشبكة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو أيّ نظام معلومات تنطوي على ذم أو قدح أو تحقير أيّ شخص بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار".

وتخضع جرائم الذم والقدح والتحقير في قانون العقوبات لأحكام موضوعية، إذ يُشترط أن يقع الذم أو القدح على صورة من الصور الواردة في نص المادة (١٨٩) من قانون العقوبات، ويجوز للذام أو القادح إثبات صحة ما عزاه للمعتدى عليه في حالات محددة[٢]، ويُعدّ نشر الذم أو القدح مشروعاً في

(١) انظر قرار محكمة صلح جزاء إربد رقم (٢٠٢١/٩٨٩) تاريخ ٢٠٢١/٢/٤، وقرار محكمة صلح جزاء عمان رقم(٢٠٢٠/١٨١١٣) تاريخ ٢٠٢١/١/٢٧، قرارك garark.com

(٢) المواد (١٩٢، ١٩٤، ٣٦٢) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

بعض الحالات[1]، وكذلك ظروف تخفيف العقوبة أو اسقاطها[2]. وأخرى إجرائية حيث يتوقف تحريك دعوى الحق العام على اتخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وتسقط هذه الدعوى بإسقاط المشتكي (المعتدى عليه) حقه الشخصي.

مشكلة الدِّراسة:

في ضوء تجريم الذم والقدح والتحقير في قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠وقانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥، وقانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥ تظهر مشكلة الدراسة في اختلاف قرارات المحاكم الأردنية بين تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات المتعلقة بضرورة تحقق العلانية، وتعليق تحريك دعوى الحق العام على اتخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وإسقاطها تبعًا لإسقاط الحق الشخصي من عدمه على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافاً لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، فضلاً على ما ذهبت إليه بعض القرارات القضائية من تطبيق بعض الأحكام الواردة في قانون العقوبات دون الأخرى على هذه الجرائم.

وكذلك اختلاف قرارات المحاكم الأردنية في تكييف واقعة إرسال رسالة ذم أو قدح أو تحقير عبر وسيلة إلكترونية لم يشاهدها إلا المُرسِل والمُرسَل إليه، في حين أنها تشكل مخالفة لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات أو مخالفة لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، واختلافها أيضًا بين تطبيق قانون الاتصالات بحدود المادة (٧٥/أ) منه، وقانون العقوبات بحدود المواد (١٨٨، ١٨٩، ١٩٠) منه، إذا ما ارتكبت جرائم الذم والقدح والتحقير عبر الاتصال الهاتفي.

أهمية الدِّراسة:

تظهر أهمية الدراسة في اختلاف قرارات المحاكم الأردنية في تكييف واقعة الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية، وما إذا كانت تشكل مخالفة لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات أو مخالفة لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية أم لا؟ وكذلك اختلافها في تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات من عدمه، أو تطبيق بعضها دون الآخر على هذه الواقعة الجرمية، مما يترتب عليه تعدد الأوصاف الجرمية واختلاف الأحكام الموضوعية والإجرائية والعقوبة

(١) المادتان (١٩٨، ١٩٩) من قانون العقوبات.
(٢) المادة (٣٦٣) من قانون العقوبات.

لذات الفعل، على الرغم من أن مفهوم جرائم الذم والقدح والتحقير واحد، وجوهرها واحد سواء ارتكبت بوسيلة اتصالات إلكترونية أم تقليدية.

هدف الدّراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى الوقوف على ما إذا كان نص المادتين (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، و(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية قد أتيا بنموذج تجريمي مستقل وجديد بالكامل لأفعال الذم والقدح والتحقير، حيث تنسلخ هذه الجرائم عن الأحكام الواردة في قانون العقوبات، أو كانا ليكملا نقصًا في وسيلة ارتكاب جرائم الذم والقدح والتحقير فقط، وبالتالي تسري عليها الأحكام الواردة في قانون العقوبات.

منهج الدّراسة:

اعتمدت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بعرض النصوص القانونية الناظمة لجرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية، وتحليلها والتعليق عليها؛ للكشف عن كيفية معالجتها لهذه الجرائم، متناولاً قرارات المحاكم الأردنية؛ لبيان نهجها عند استنادها إلى هذه النصوص.

تقسيم الدّراسة:

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، متناولاً في الأول العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية، وسيكون في مطلبين الأول لبيان مدى تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية، والثاني لبيان مدى اشتراط العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية، أما المبحث الثاني فتناولت فيه تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية، وسيكون في مطلبين الأول حول آلية تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية، والثاني بيان أثر إسقاط الحق الشخصي على دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية.

وفي الخاتمة تم إبراز أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها هذه الدراسة.

المبحث الأول: العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية

بوصف العلانية الركن المميّز لجريمتي الذم والقدح[١] في قانون العقوبات الأردني رقم(١٦) ١٩٦٠[٢]، حيث إن خطورتهما لا تكمن في العبارات المشينة ذاتها وإنما في إعلانها[٣]، فيثار التساؤل حول مدى تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية؟ وإذا ما كان الجواب بالإيجاب، فهل يُشترط توافر العلانية لقيام هذا الجرم وفقاً لنص المادتين (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، و(٧٥/أ) من قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥؟

وعليه، سأقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين متناولاً في الأول مدى تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية، والآخر مدى اشتراط العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية.

المطلب الأول: مدى تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية

يقصد بالعلانية مكاشفة شخص عما يريده ليعلم به شخص آخر أو أن يصل إلى علم الجمهور أمور أو وقائع معينة وصولاً حقيقياً أو حكمياً[٤]، أو هي اتصال علم الجمهور بفعل أو قول أو كتابة أو تمثيل[٥].

---

(١) خلافاً لجريمة التحقير إذا ما وقعت بكتابة أو رسم فيجب أن لا يكونا علنيين وفقاً لصريح نصّ المادة (١٩٠) من قانون العقوبات الأردني إذ جاء فيها "التحقير هو كل تحقير أو سباب –غير الذم والقدح– يوجه إلى المعتدى عليه وجهاً لوجه بالكلام أو الحركات أو بكتابة أو رسم لم يجعلا علنيين...". وتطبيقاً لذلك قضت محكمة صلح جزاء شرق عمان بقرارها رقم (٢٠١٩/١٠١٣٠) تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٣ أنه "وعليه تجد المحكمة أن أحد اسباب التمييز بين جرائم التحقير والذم والقدح هو توافر العلانية، حيث تجد المحكمة أن جريمة التحقير... بل تتطلب سباب وكل ما يمس بكرامة وشرف واعتبار المشتكي، وأن يتم توجيه هذه العبارات للمشتكي وجهاً لوجه بالكلام أو الحركات أو بكتابة أو رسم لم يجعلا علنيين، وعليه فإن جرم التحقير لا يشترط توافر العلانية، أما فيما يتعلق بجرمي الذم والقدح فتجد المحكمة أن هذين الجرمين يتطلبان عنصر العلانية...".

(٢) المادة (١٨٩) من قانون العقوبات.

(٣) انظر: د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣، ص٢٩٩؛ د. مازن الحلبي، الوسيط في جرائم النشر والصحف في الذم والقدح والتحقير، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، طبعة ٢٠٠٤، ص٢٨.

(٤) د. إبراهيم حسن، ركن العلانية في جريمة القذف بين القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص٤٨.

(٥) د.كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ٦٢.

وفي نطاق جريمتي الذم والقدح يقصد بالعلانية اتصال عبارات الذم والقدح إلى علم الجمهور اتصالاً حقيقياً أو حكمياً، ويُراد بالجمهور هنا أفراد غير معينين حيث لا توجد بينهم وبين المعتدى عليه صلات مباشرة كالقرابة والصداقة وغيرها تفرض عليهم واجب الاحتفاظ بما يُقال أو يدور بينهم(١)؛ فالعلانية قد تكون حقيقية (فعلية) وذلك عندما يعلم جمهور الناس بالعبارات المشينة بصرف النظر عن الوسيلة التي يتم بها العلم، وقد تكون حكمية وهي التي يفترض القانون تحققها إذا ما توافرت قرينة نصّ عليها القانون(٢).

واستنادًا لنصّ المادة (١٨٩) من قانون العقوبات الأردني فإن الذم أو القدح لا يستلزم العقاب إلا إذا وقع على صورة من الصور الآتية(٣):

١- الذم أو القدح الوجاهيّ، ويشترط أن يقع في مجلس بمواجهة المعتدى عليه، أو في مكان يُمكن لأشخاص آخرين أن يسمعوه قل عددهم أو أكثر، فقد يكونون شخصين أو ثلاثة أو أكثر.
٢- الذم أو القدح الغيابيّ، وشرطه أن يقع في أثناء الاجتماع بأشخاص كثيرين مجتمعين، أو منفردين وذلك بغياب المعتدى عليه.
٣- الذم أو القدح الخطيّ، وشرطه أن يقع بما يُنشر ويذاع بين الناس، أو بما يُوزع على فئة منهم من الكتابات، أو الرسوم، أو الصور الاستهزائية، أو مسودات الرسوم، أو بما يُرسل إلى المعتدى عليه من المكاتيب غير المغلفة وبطاقات البريد.
٤- الذم أو القدح بواسطة المطبوعات، وشرطه أن يقع بوساطة الجرائد والصحف اليومية، أو المؤقتة، أو بأيّ نوع كان من المطبوعات ووسائط النشر.

ووفقاً لنصّ المادة(٧٣) من قانون العقوبات تعدّ وسائل للعلانية: ١- الأعمال والحركات إذا حصلت في محل عام، أو مكان مُباح للجمهور، أو معرض للأنظار. ٢- الكلام أو الصراخ سواء جهر

(١) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة ٢٠٠١، ص٣٥٩.

(٢) د. عادل عزام سقف الحيط، جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص١١٨.

(٣) للمزيد من التفصيل حول صور العلانية انظر: د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص٣٠٠ وما بعدها، د. محمد عودة الجبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص٣٩٤ وما بعدها، إبراهيم طه الزايد، نطاق المسؤولية الجزائية عن جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة من خلال المواقع الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص٥٠ وما بعدها.

بهما أو نقلاً بالوسائل الآلية بحيث يسمعها في كلا الحالتين من لا دخل له في الفعل. ٣- الكتابة والرسوم والصور اليدوية والشمسية والأفلام والشارات والتصاوير على اختلافها إذ ما عرضت في محل عام، أو مكان مباح للجمهور، أو مُعرّض للأنظار.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الأردني وإن لم يحيل صور وقوع الذم والقدح المنصوص عليها في المادة (١٨٩) من قانون العقوبات على وسائل العلانية الواردة في المادة (٧٣) من القانون ذاته إلا أن هذه الصور بذاتها علانية بحكم القانون، حيث إنها من بين الوسائل التي اعتبرتها المادة (٧٣) علانية، ويكون تطبيق هذه الوسائل على جريمتي الذم والقدح في نطاق المادة (١٨٩)[١].

وبهذا قضت محكمة استئناف عمان بقرارها رقم (٢٠١٦/١١٣٢١) تاريخ ٢٠١٦/٣/٢٢ إذ جاء فيه "وحيث يفهم من سياق المادة (١٨٩) سالفة البيان لا بدّ من توافر علانية الإسناد في جريمتي الذم أو القدح، حيث إن الثابت أن القرار المستأنف قد انتهى إلى إدانة المشتكى عليه بجرم القدح المنصوص عليها والمعاقب عنها بأحكام المادة (٣٥٩) عقوبات، وأن ما عوّل عليه في قضائه استناداً إلى أقوال المشتكية فإنه يكون معيناً إذ هو لم يأتِ بما يفيد توافر العناصر القانونية لهذه الجريمة لا سيما العلانية، وهي من الأركان الأساسية التي لا تقوم جريمة القدح أو الذم إلا بها"[٢].

وبالرجوع إلى قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥ نجد أن المادة (٢) منه عرّفت الاتصالات أنها "نقل أو بث أو استقبال أو إرسال الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو البيانات مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية أو الراديوية أو الضوئية أو بأيّ وسيلة أخرى من الأنظمة الإلكترونية".

في حين حدّد قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥ ثلاث وسائل لارتكاب جرائم الذم والقدح والتحقير بصراحة نصّ المادة (١١) منه، وهي: الشبكة المعلوماتية، والموقع الإلكترونيّ، ونظام معلومات، ويقصد بالشبكة المعلوماتية ارتباط بين أكثر من نظام معلومات لإتاحة البيانات والمعلومات والحصول عليها، ويستوى أن تكون شبكة عامة أو خاصة، أما الموقع الإلكترونيّ فهو عبارة عن حيّز لإتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد، أما نظام معلومات

(١) د.كامل السعيد، المرجع السابق، ص٦٠و٦١.

(٢) انظر أيضا قرار محكمة استئناف إربد رقم (٢٠١٨/٥٣٨٣) تاريخ ٢٠١٨/٣/١١، وقرار محكمة بداية الطفيلة بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/١٧) تاريخ ٢٠١٩/٢/٥، وقرار محكمة بداية شرق عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٩٧) تاريخ ٢٠٢٠/١/٦، قرارك.

فهو مجموعة من البرامج والأدوات المعدة لإنشاء البيانات أو المعلومات إلكترونيًا، أو إرسالها أو تسلمها أو معالجتها أو تخزينها أو إدارتها أو عرضها بالوسائل الإلكترونية[١].

ومما تقدم يتبين إمكانية تحقق طرق العلانية عبر الوسائل الإلكترونية، كالأعمال والحركات وفقاً لنصّ المادة (١/٧٣) من قانون العقوبات، نظراً لإتاحة الوسائل الإلكترونية تقنية نقل الصورة من مستخدم لآخر في أيّ مكان في العالم، وذلك إذا ما تمت بصورة يستطيع معها أن يشاهدها أيّ شخص موجود في محلّ عام، أو مكان مُباح للجمهور، أو مُعرّض للأنظار، فصفة المكان العام يمكن أن تنطبق على العالم الافتراضيّ[٢].

وبصورة الكلام والصراخ عن طريق الوسائل السلكية، أو الراديوية، أو الضوئية[٣]، أو الوسائل الإلكترونية[٤]، كمواقع التواصل الاجتماعي وغرف الدردشة، إذا ما سمع عبارات الذم أو القدح من لا دخل له في الفعل، إذ أورد المشرّع في الفقرة الثانية من المادة (٧٣) من قانون العقوبات مصطلح الوسائل الآلية.

وكذلك بصورة الكتابة والرسوم والصور والأفلام والشارات والتصاوير إذا ما عُرضت أو بيعت أو عُرضت للبيع أو وُزِعت أو نُشرت عبر مجموعات (الواتس أب)، أو الشبكة المعلوماتية، أو نظام معلومات، إذ أضاف المشرّع الأردنيّ إلى نهاية المادة (٣/٧٣) من قانون العقوبات بموجب القانون المعدل رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٧ عبارة "أو نُشرت بوسائل إلكترونية تُمكّن العموم من قراءتها أو مشاهدتها دون قيد".

وفي هذا الصدد قضت محكمة بداية عجلون بصفتها الاستئنافية أنه "... مع العلم أن المشرّع وفي المادة (٣/٧٣) عقوبات قد بيّن العلانية وما هي وسائلها، إذ أشار أن الكتابة والتصوير والرسوم إذا عرضت في محل عام أو مكان عام أو نُشرت بوسائل إلكترونية يمكن للعموم مشاهدتها دون قيد، حيث إن هذه الوسائل تعد من صور العلانية، وحيث أن أشقاء وأهل المشتكية وحسب تقاليد المجتمع الأردني

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

(٢) حسنين عبد المجيد حسين زلوم، جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء الخاصة، عمان، الأردن، ٢٠١٦، ص٧٤.

(٣) د. أيمن بن نواف الهواوشه، مدى إباحة الدفاع الشرعي في جريمة الذم والقدح والتحقير، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مركز بحوث الشرق الأوسط، العدد ٣٣، ٢٠١٣، ص٤٣٤-٤٣٥.

(٤) رزق الله الشقيرات، الصعوبات الناشئة في تطبيق أحكام جرائم الذم والقدح والتحقير عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٩، ص٧٣ وما بعدها.

التي تؤخذ بعين الاعتبار يمكن لهم مشاهدة الرسائل التي تصل لابنتهم دون قيد، وبالتالي فإن ركن العلانية متحقق بفعل المستأنف"[١].

كما قضت محكمة صلح جزاء إربد بقرارها رقم (٢٠١٩/٤٥٢٥) تاريخ ٢٠١٩/١٠/١٤ أنه "وكذلك فإن العلانية متصورة في جرائم الذم والقدح الإلكترونية بواسطة ورقة، فيتصوّر أن تكون بواسطة البريد الإلكتروني، وكما هو متصوّر أن تكون بواسطة الصحف فيتصور أن تكون بواسطة المواقع الإلكترونية، وذلك بنشر عبارات ذم وقدح أو نشر صور يتم تنزيلها على المواقع الإلكترونية، أو صور كاريكاتورية، وحيث إن المواقع الإلكترونية عرضه للإطلاع عليها من قبل مرتادي شبكة المعلومات، أيّ أن الغاية من العلانية تكون متوفرة، ومما يدفع للقول إنه ليس هناك ما يمنع من اعتبار شبكة المعلومات من وسائل العلانية كالموقع الإلكترونيّ المتاح للجمهور وفق المادة (٧٣) من قانون العقوبات وأن ما ينشر عبر هذه الشبكة من باب العلانية لاتحاد الغاية بينهما..."[٢].

المطلب الثاني: مدى اشتراط العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية

انتهيت في المطلب الأول أنه يُشترط للمعاقبة على جريمتي الذم والقدح في قانون العقوبات الأردني تحقق العلانية، وأن الأخيرة يمكن تصوّرها عبر الوسائل الإلكترونية، ولكن هل يُشترط لقيام جريمتي الذم والقدح بحدود المادتين (٧٥/أ) من قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥[٣]، و(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥[٤] تحقق العلانية؟

(١) قرار رقم (٢٠١٩/٥٥٦) تاريخ ٢٠١٩/٤/٩، قرارك.

(٢) انظر أيضاً قرار محكمة صلح جزاء العقبة رقم (٢٠١٩/٢٨٩٨) تاريخ ٢٠٢٠/٧/٢٧، وقرار محكمة صلح جزاء غرب عمان رقم (٢٠٢٠/٥١٤) تاريخ ٢٠٢١/٢/٢٢، قرارك.

(٣) تنص هذه المادة على أنه "كلّ من أقدم بأيّ وسيلة من وسائل الاتصال على توجيه رسائل تهديد، أو إهانة أو رسائل منافية للآداب، أو نقل خبر مختلفاً بقصد إثارة الفزع يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن (٣٠٠) دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين".

(٤) تنص هذه المادة على أنه "يُعاقب كل من قام قصداً بإرسال أو إعادة إرسال أو نشر بيانات أو معلومات عن طريق الشبكة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو أي نظام معلومات تنطوي على ذم أو قدح أو تحقير أي شخص بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار".

وفي الإجابة على هذا التساؤل ذهب رأيّ فقهي إلى أن المشرّع الأردني وبتجريمه الذم والقدح في قانوني الاتصالات والجرائم الإلكترونية قد تحرر من ركن العلانية المطلوب في قانون العقوبات، فإذا ما وقع الذم والقدح عبر الوسائل الإلكترونية فلا يُشترط العلانية لقيام الجريمة[١].

وبهذا قضت محكمة بداية مأدبا بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠١٩/٩٩٥) تاريخ ٢٠١٩/١٠/٢٩ إذ جاء فيه "تجد محكمتنا في القانون نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على أنه... وحيث إن الجرم المسند للمشتكى عليه هو جرم مخالفة المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية وهو نصّ خاص قد ورد بقانون خاص نظّم العلاقة الإلكترونية بين الأفراد وأيّ مراسلات تتم من خلالها وأيّ تجاوز لهذه العلاقة، وحيث لم يرد في متن المادة أيّ إشارة، أو تصريح لوجوب العلانية لقيام المساءلة الجزائية بحق المشتكى عليه الذي يُعد مخلاً بهذه العلاقة بأيّ فعل إلكترونيّ، ولا يمكن القول باعتبار العلانية ركنًا من أركانه كجرمٍ ولا مجال لتطبيق المادة (١٨٨) من قانون العقوبات التي أوجبت العلانية ركنًا أساسيًا لهذا الجرم، وحيث ورد نصّ خاص وهو أولى بالتطبيق كان على محكمة الدرجة الأولى مراعاة ذلك وإعادة وزن البيّنة، لذا وتأسيسًا على ما تقدم تقرر محكمتنا وعملاً بأحكام المادة (١٠/ب/١) من قانون محاكم الصلح فسخ القرار المستأنف وإعادة الأوراق لمصدرها لإجراء المقتضى القانونيّ"[٢].

وفي نطاق المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات قضت محكمة صلح جزاء ناعور بقرارها رقم (٢٠١٩/٨٦٤) تاريخ ٢٠٢٠/٦/٣٠ أنه "وبعد سماع الدعوى والاطلاع على ما تقدّم فيها من بيّنات ومرافعات وتدقيق النصوص القانونية تجد المحكمة ما يلي: ثالثاً: أركان الجريمة: إن الأركان الواجب توافرها لتحقق المسؤولية الجزائية وفق نصّ المادة (٧٥) من قانون الاتصالات بموجب فقرتها (أ) هي: الركن الماديّ...، الركن المعنويّ...، ونشير إلى أن المشرّع لم يشترط توافر عنصر العلانية مطلقًا في هذه الجريمة وفق ركنها الشرعي الناطق بما فيه والمثبّت أعلاه؛ لأن العلاقة في هذه الجريمة هي علاقة مباشرة بين المُرسِل والمُرسَل إليه، ولا شأن للغير في الاطلاع عليها، مما يقتضي البحث في توافر الأركان المتقدمة لتحديد مجازاة المشتكى عليهما ومدى مسؤوليتهما عما أُسند إليهما"[٣].

---

(١) انظر: د. عبدالإله النوايسه، جرائم تكنولوجيا المعلومات، شرح الأحكام الموضوعية في قانون الجرائم الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، ص٣٤٧ وما بعدها؛ أسامه المناعسه وجلال الزعبي، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٥، ص٣٣٥.

(٢) انظر أيضًا قرار محكمة بداية إربد بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٨/٨٦٧٦) تاريخ ٢٠١٨/٧/٢٣، قرارك.

(٣) انظر أيضًا قرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/٤٨٨١) تاريخ ٢٠١٨/١١/٧، قرارك.

بينما ذهب اجتهاد قضائيّ آخر إلى ضرورة توافر العلانية لقيام جريمتي الذم والقدح المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية، فقضت محكمة استئناف إربد بقرارها رقم (٢٠١٨/١٤٧٤٠) تاريخ ٢٠١٨/١١/٢٦ أنه "تجد محكمتنا وبالرجوع على أحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، وحيث إن الركن الماديّ لجرائم الذم والقدح يتمثل بالعلانية وأن ما أقدمت عليه المستأنف ضدّها إرسال العبارات التي تم ذكرها سالفًا على (الماسنجر) الخاص بالمشتكي مما يفقد هذا الجرم ركنه الماديّ المتمثل بالعلانية".

كما قضت محكمة استئناف عمان بقرارها رقم (٢٠١٨/١٧٠٨١) تاريخ ٢٠١٨/٤/١٥ أنه "وعليه تجد محكمتنا أن الشروط التي يجب توافرها في المادة (١٨٩) من قانون العقوبات لكي يستلزم الذم العقاب غير متوافرة بحق المشتكى عليه (المدعى عليه) بالحق الشخصي في هذه القضية، ذلك أن تطبيق (الواتس آب) هو تطبيق خاص لا يطّلع عليه بالعادة إلا صاحبه، وإن اطلاع النيابة العامة أو المحكمة عليها في معرض تقديمها كبينات لا يمكن اعتباره بمثابة علانية للذم، الأمر الذي يتعيّن معه إعلان عدم مسؤولية المستأنف عن جرم الذم المسند إليه، وحيث إن محكمة الدرجة الأولى قد توصلت بقرارها الطعين إلى خلاف ما توصلت إليه محكمتنا فيكون قرارها مخالفًا للقانون وأسباب الاستئناف المشار إليها في مطلع قرارنا ترد عليه وتنال منه مما يتوجب فسخه"[1].

وبالمقابل من القرارات القضائية ما ذهبت إلى التمييز بين إذا ما كان الذم والقدح المرتكب عبر وسيلة إلكترونية يستطيع العامة الاطلاع عليه ومشاهدته، أو كان بين المُرسِل والمُرسَل إليه فقط بحيث لا يستطيع العامة الاطلاع عليه ومشاهدته، فيطبّق على الحالة الأولى نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، في حين يطبّق على الحالة الأخيرة نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات.

فقضت محكمة بداية الرصيفة بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠٢٠/٦٥) تاريخ ٢٠٢٠/١/٨ أنه "وحيث إن الرسائل موضوع الشكوى على فرض الثبوت تم إرسالها عن طريق (الواتس آب) وكانت مقتصرة من جهة الاطلاع عليها على المُرسِل والمُرسَل إليه ولم تكن متاحة لاطلاع الجمهور،

(١) انظر أيضًا قرار محكمة صلح جزاء مأدبا رقم (٢٠١٩/١٩٥١) تاريخ ٢٠١٩/٩/٢٦، وقرار محكمة صلح جزاء شرق عمان رقم (٢٠١٩/١٠١٨٧) تاريخ ٢٠٢٠/٩/٣٠، وقرار محكمة صلح جزاء غرب عمان رقم (٢٠٢٠/١٤٠٧) تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٧، وقرار محكمة صلح جزاء الزرقاء رقم (٢٠٢٠/٩١٣٠) تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٩، قرارك.

فإن الأفعال المسندة للمستأنف ضدهن على فرض الثبوت تشكّل بالتطبيق القانونيّ جرمًا مخالفة المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، وليس جرمًا مخالفة أحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية".

كما قضت محكمة بداية مأدبا بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠١٨/٤٨٣) تاريخ ٢٠١٨/٥/٦ أنه "إذ إن المشرع قد استلزم لإنزال حكم المادة (١١) أن يقع الفعل المجرم بموجبها بواسطة الشبكة المعلوماتية، أو الموقع الإلكتروني يستطيع العامة الاطلاع عليه وقراءته وإعادة نسخه وإرساله، ولما كان الفعل المقترف وعلى فرض ثبوته من قبل المشتكى عليه هو إرسال رسالة عبر (الماسنجر)، وهذا ثابت من خلال شهادة المشتكي كشاهد للحق العام، ولما كانت رسائل (الماسنجر) رسائل خاصة لا يتمكّن من مشاهدتها إلا المُرسِل والمُرسَل إليه ولا يمكن للعامة الاطلاع عليها مما يجعل فعل المستأنف الأول وعلى فرض الثبوت يخرج من حكم المادة (١١)" [(١)].

وخلافًا لما سبق ذهب اجتهاد قضائيّ إلى أن استخدام تطبيق (الواتس آب)، أو (الماسنجر) وغيرهما من مواقع التواصل الاجتماعي لتوجيه رسالة تتضمن ذمًا أو قدحًا ولم يطّلع عليها إلا المُرسِل والمُرسَل إليه إنما يشكّل مخالفة لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية وليس مخالفة لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، إذ إن تحديد النصّ الواجب التطبيق يكون على أساس وسيلة ارتكاب الجريمة، فإذا ما تم ارتكاب جرم الذم أو القدح باستخدام شبكات الاتصالات فيطّبق نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، وإذا ما تم ارتكابه باستخدام الشبكة المعلوماتية، أو الموقع الإلكترونيّ، أو نظام معلومات فيطّبق نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية.

فقضت محكمة بداية إربد بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠٢٠/٤٥٩) تاريخ ٢٠٢٠/١/٧ – بشأن الاستئناف المقدّم الذي كان لسبب واحد مفاده أن المسج ما بين المشتكي والمستأنف ضده كان مباشرة دون أيّ جروب ولن تتوافر له العلانية– أنه "وعن سبب الاستئناف نجد أن الفعل الذي أقدم عليه المستأنف ضده وعلى فرض الثبوت بتوجيه رسائل إهانة عبر تطبيق الواتس آب إنما يندرج تحت مخالفة أحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، ويخرج عن كونه فعلاً مخالفاً لمقتضيات المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات".

وقضت أيضًا محكمة بداية السلط بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠١٧/٨٦٠) تاريخ٢٠١٧/٨/٦ أنه "وبتطبيق معيار التفرقة بين القانونين الوارد ذكره على الأفعال المرتكبة من قبل المشتكى عليه نجد بأن المشتكى عليه قام بإرسال رسائل عن طريق تطبيق الماسنجر للهاتف الخلوي

(١) انظر أيضًا قرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٦/٣٨٢٨٠) تاريخ ٢٠١٦/١٠/١٨، وقرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٥/٤٠٠٧٦) تاريخ ٢٠١٥/١١/٥، قرارك.

للمشتكي يتضمن ذم وقدح وتحقير بحقه، أيّ قام باستخدام الشبكة المعلوماتية عن طريق تعبئة الإنترنت في ذلك، فيكون الجرم المرتكب من قبله والحالة هذه مشمولاً بأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية وبدلالة المادة الثانية من ذات القانون، وليس أحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات التي حصر المشرع نطاق الملاحقة بها على الجرائم التي ترتكب عن طريق استخدام شبكات الاتصالات المرخصة في المملكة وفقاً لأحكام القانون"[١].

وفي هذا الصدد أرى أن قيام المشرّع الأردني بتجريم الذم والقدح والتحقير في قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، وقبله قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥ ليشمل بالتجريم وسائل جديدة في ارتكاب هذه الجرائم، فأمام ظهور وسائل الاتصالات، واتساع نطاق استخدام الوسائل الإلكترونية التي لم تعدّ تستوعبها النصوص العقابية التقليدية ما كان على المشرّع إلا تجريمها بموجب قانون خاص. ولعل ذلك يظهر جليًا في الأسباب الموجبة لسّن قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة٢٠١٥ إذ جاء في البند الثاني منها "معالجة الثغرات والنقص التشريعي في التصدي للجرائم التقليدية التي تُرتكب باستخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية، ومن الأمثلة على تلك الجرائم: الاستعانة بالشبكة المعلوماتية، أو أيّ نظام معلومات للتهديد، أو الذم أو القدح وغيرها".

وبذلك فإن نصّ المادتين (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، و (٧٥/أ) من قانون الاتصالات ما كانا إلا ليكملا نقصًا في وسيلة ارتكاب جرائم الذم والقدح والتحقير التي اعتدّ المشرع بشأنها مسبقًا بوسائل محددة حصرًا لا تقع إلا ضمن حيّز مادي، ولم يأتيا بنموذج تجريمي مستقل وجديد بالكامل لهذه الجرائم بحيث تنسلخ عن سائر الأحكام الواردة في قانون العقوبات[٢].

وعليه، فإن ركن العلانية اللازم لقيام جريمتي الذم والقدح في قانون العقوبات ما زال مطلوبًا لقيام هذا الجرم إذا ما ارتكب عبر الوسائل الإلكترونية، فالعلانية هنا مفترضة؛ نظرًا لطبيعة الوسائل الإلكترونية، واتساع نطاق استخدامها بين أفراد المجتمع مما يكون من شأن إساءة استخدام هذه الوسائل واعتبارها وسيلة لتوجيه الذم أو القدح المساس بالمكانة الاجتماعية للمعتدى عليه وتعريضه لبغض الناس واحتقارهم، والنيل من شرفه وكرامته واعتباره.

(١) انظر أيضًا قرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٥/٣٣٦٦٤) تاريخ ٢٠١٥/٩/٢١ بشأن تطبيق نص المادة(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على واقعة إرسال رسائل ذم وقدح من ايميل خاص إلى آخر خاص، قرارك.
(٢) انظر قرار محكمة بداية اربد بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٧٣٧٤) تاريخ ٢٠٢٠/١١/٢٥، قرارك.

ولعلّ ما يؤكد أيضًا ضرورة تحقق العلانية لقيام جريمتي الذم والقدح الإلكتروني قيام المشرّع الأردني بتعديل نصّ المادة (٣/٧٣) من قانون العقوبات بموجب القانون المعدل رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٧ بإضافة عبارة "أو نُشرت بوسائل إلكترونية تمكّن العموم من قراءتها أو مشاهدتها دون قيد" إلى آخرها. فضلاً عن تشديده عقوبة هذا الجرم بموجب المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية فجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، ورفع الحدّ الأدنى والأعلى لكلّ منهما[١]، إذا ما قورن ذلك بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات للجرم ذاته[٢]. وما هذا إلا استجابة لنصّ المادة (٢١) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة ٢٠١٢ التي صادق عليها الأردن، إذ جاء فيها "تلتزم كلّ دولة طرف بتشديد العقوبات على الجرائم التقليدية في حال ارتكابها بواسطة تقنية المعلومات"[٣].

وبالتالي، فإن القول بعدم تطلب العلانية لقيام جريمتي الذم والقدح المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية يؤدي إلى اختلال مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة، فمَن يقوم بذم أو قدح شخص برسالة مرسلة عبر (الواتس آب)، أو (الماسنجر)، أو (التويتر)، أو غيرها من مواقع التواصل الاجتماعي ولم يشاهدها إلا الطرفان فقط ستكون عقوبته أشد ممن ذم، أو قدح شخص في مجلس يحضره عشرة أشخاص مثلاً، رغم ما لهذه الواقعة من مساس بالمكانة الاجتماعية للمعتدى عليه، والنيل من كرامته وشرفه واعتباره. كما يتبع ذلك جواز توقيف المعتدي في الواقعة الجرمية الأولى، فالحدّ الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات[٤]، خلافاً للواقعة الجرمية الأخيرة، فالحدّ الأعلى لعقوبة الحبس سنة إذا كان الجرم ذمًا، وثلاثة أشهر إذا كان قدحاً[٥]، إذ إنه وفقاً لنصّ المادة (٢/١١٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ لا يجوز التوقيف في الجنح إلا إذا كان معاقبًا عليها بالحبس لمدة تزيد على سنتين، ولذلك أرى تخفيض الحدّ الأعلى لعقوبة الحبس الواردة في نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية إلى سنتين؛ للحدّ من نطاق التوقيف في جرائم الذم والقدح والتحقير المعاقب عليها بنصّ المادة سالفة الذكر.

---

(١) تنص هذه المادة على أنه "يُعاقب كل من قام قصدًا... بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار"، أما الحدّ الأعلى لعقوبة الحبس فهو ثلاث سنوات وفقاً لنص المادة (٢١) من قانون العقوبات.

(٢) انظر في عقوبة جرائم الذم والقدح والتحقير المواد (١٩١، ١٩٣، ١٩٦، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠) من قانون العقوبات.

(٣) المنشورة في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥١٦٢)، صفحة (٢٥٨٢)، تاريخ ٢٠١٢/٦/١٧.

(٤) المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، والمادة (٢١) من قانون العقوبات.

(٥) المادتان (٣٥٨، ٣٥٩) من قانون العقوبات.

وإذا ما قيل أن نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات يكون واجب التطبيق على رسائل الذم والقدح المرسلة عبر مواقع التواصل الاجتماعي (الواتس آب)، أو (الماسنجر)، أو (التويتر)، أو غيرها التي لم يشاهدها إلا المُرسِل والمُرسَل إليه[1]، فإنني أرى خلاف ذلك إذ ينطبق على هذه الواقعة الجرمية نصّ المادة (١٩٠) من قانون العقوبات بدلالة المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية التي جاء فيها "كلّ من ارتكب أيّ جريمة معاقب عليها بموجب أيّ تشريع نافذ باستخدام الشبكة المعلوماتية، أو أيّ نظام معلومات، أو موقع إلكترونيّ، أو اشترك، أو تدخل، أو حرّض على ارتكابها بالعقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع". فنصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات ما كان إلا ليكّمل نقصًا في وسيلة ارتكاب جرائم الذم والقدح والتحقير التي لم تستوعبها النصوص العقابية التقليدية وليس للتخلي عن العلانية، حيث إن قانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥ سابقًا في صدوره قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥، ووفقاً للمادة (٢) من قانون الاتصالات تعني الأخيرة نقل، أو بث، أو استقبال، أو إرسال الرموز، أو الإشارات، أو الأصوات، أو الصور، أو البيانات مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية، أو الراديوية، أو الضوئية، أو بأيّ وسيلة أخرى من الأنظمة الإلكترونية.

ولعلّ ما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه محكمة الجنايات الكبرى بقرارها رقم (٢٠١١/١٢٧٥) تاريخ ٢٠١٢/١١/٢٩ في أن قيام المتهم بتصوير المجني عليه أثناء الاعتداء الجنسي عليه بواسطة الجهاز الخلوي الذي كان بحوزته، ثم نشر مقاطع الفيديو التي تم تصويرها بين الناس إنما يشكّل بالتطبيق القانونيّ سائر أركان وعناصر جريمة جنحة توجيه رسائل إهانة بواسطة وسيلة من وسائل الاتصالات وفقاً لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات.

كما أنه بتجريم الذم والقدح والتحقير في المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وتحديد وسائل الإسناد في هذه الجرائم باستخدام الشبكة المعلوماتية، أو الموقع الإلكتروني أو نظام معلومات، لم يُعدّ بالإمكان تطبيق نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة بأيّ من هذه الوسائل، حيث ينحصر نطاق تطبيق هذا النص على رسائل الذم والقدح والتحقير المرسلة عبر وسائل الاتصالات من غير الوسائل المذكورة أعلاه، وبالمقابل إذا ما ارتكبت جرائم الذم

(١) محمد سليمان عقله الخوالده، الطبيعة الخاصة لجرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مجلد ٢٨ عدد٢، ٢٠٢٠، ص٣٠٧.

والقدح والتحقير بالوسائل الأخيرة فيكون نص المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية واجب التطبيق عليها.

وفي هذا الإطار يستشهد الباحث بقرار الديون الخاص بتفسير القوانين رقم (٨) لسنة ٢٠١٥ الوارد بخصوص بيان إذا ما كان النشر على المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الإجتماعي الذي يتضمن قدحاً أو ذماً أو تحقيراً مشمولاً بحكم المادتين (٤٢) و (٤٥) من قانون المطبوعات والنشر، أم بحكم المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية حيث جاء فيه " أن جرائم الذم والقدح المرتكبة أو المقترفة خلافاً لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الإجتماعي تسري عليها هذه المادة والمادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وليس المادتين (٤٢) و(٤٥) من قانون المطبوعات والنشر".

واتساقًا مع ما تقدم وتجنبًا لاختلاف القرارات القضائية في تطلب العلانية من عدمه في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة بوسائل الاتصالات والوسائل الإلكترونية، وتطبيق بعض الأحكام الواردة في قانون العقوبات دون الأخرى على هذه الجرائم[1]، وانقسام هذه القرارات أيضًا بين تطبيق نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على واقعة إرسال رسالة ذم، أو قدح، أو تحقير عبر مواقع التواصل الاجتماعي لم يشاهدها إلا المُرسِل والمُرسِل إليه، وما يترتب على ذلك من تعدد الأوصاف الجرمية لذات الفعل مع اختلاف العقوبة. أقترح تعديل نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية بحيث يكون تحقق العلانية شرطًا لقيام جريمتي الذم والقدح المرتكبة عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو الموقع الإلكتروني، أو أيّ نظام معلومات كأن يتم إضافة عبارة "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات" إلى بداية هذه المادة.

وكذلك تعديل نصّ الفقرة (أ) من المادة (٧٥) من قانون الاتصالات بإلغاء كلمة (الإهانة) الواردة فيها على أن يتم إضافة فقرة جديدة إلى هذه المادة تقضي بتجريم الذم والقدح والتحقير المرتكب بوسائل الاتصالات، مع ضمان تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح، وحصر نطاق تطبيق نصّ هذه الفقرة على جرائم الذم والقدح والتحقير التي تُرتكب بوسائل الاتصالات من غير الوسائل الواردة في المادة(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وتكون عقوبة هذه الجرائم ذات العقوبة المنصوص عليها

(١) انظر قرار محكمة بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/١٩٥٧) تاريخ ٢٠٢٠/١١/٨، حيث طبعت المحكمة نص المادة (١٩٨) من قانون العقوبات المتعلق بحالات النشر المشروع للذم أو القدح على واقعة ذم وقدح وتحقير خلافاً لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية. وقرار محكمة بداية الرصيفة بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/١٩٢٨) تاريخ ٢٠١٩/١٢/١٨ حيث طبعت نص المادة (٣/١٨٨) المتعلق بعدم اشتراط ذكر اسم المعتدى عليه صريحاً على واقعة ذم وقدح وتحقير خلافاً لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية.

في المادة الأخيرة على أن يكون الحد الأعلى لعقوبة الحبس سنتين، وقد يكون نصّ الفقرة المقترحة كالتالي "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية يُعاقب كل من أقدم على ذم، أو قدح، أو تحقير شخص باستخدام وسيلة من وسائل الاتصالات بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار ".

وبالتالي يكون من شأن هذا الاقتراح الأخير، فضلاً عمّا سبق شمول الذم والقدح والتحقير بالتجريم إذا ما تم عبر الاتصال الهاتفيّ، فقد اختلفت القرارات القضائية بين إذا ما كانت هذه الواقعة الجرمية تشكّل مخالفة لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات[١]، أو مخالفة لأحكام المادة (١٩٠) من قانون العقوبات[٢]، كون أن نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات تضمن تجريم إرسال رسائل إهانة عبر وسائل الاتصالات، وليس الاتصال الهاتفيّ.

المبحث الثّاني: تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية

بارتكاب الجريمة ينشأ للدولة حق بمعاقبة مرتكبها، إلا أن الحكم بالإدانة وإنزال العقوبة بحق الجاني لا يكون إلا من خلال دعوى الحق العام، وتعدّ النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل في تحريك هذه الدعوى، ولها سلطة تقديرية في ذلك؛ كونها نائبة عن المجتمع، وأمينة على مصالحه في اتخاذ كلّ ما يلزم لملاحقة المتهم ومقاضاته وتطبيق العقوبة بحقه، فالجريمة إذا ما وقعت تشكّل اعتداءً على حقّ المجتمع في سلامة مكوناته، ولكن آثر المشرّع في بعض الجرائم رعاية مصلحة معينة، فترك لغير النيابة العامة تقدير تحريك دعوى الحق العام من عدمه إذ اشترط اتخاذ المجني عليه صفة المدعي الشخصي؛ ليتسنى للنيابة العامة تحريك دعوى الحق العام في بعض الجرائم.

وعليه، سأقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين متناولاً في الأول آلية تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية، والآخر أثر إسقاط الحق الشخصي على دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية.

---

(١) انظر قرار محكمة حكم جزاء غرب عمان رقم (٢٠١٨/٩٨٥٧) تاريخ ٢٠٢٠/٩/٣٠.

(٢) انظر قرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٢/٢٥٩٩) تاريخ ٢٠١٢/١/٣٠، وقرار محكمة صلح جزاء إربد رقم(٢٠٢٠/٧٧٧٨) تاريخ ٢٠٢٠/٩/٢٩.

المطلب الأول: آلية تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية

تنصّ المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ على أنه "تتوقف دعاوى الذم والقدح والتحقير على اتخاذ المُعتدى عليه صفة المدعي الشخصي". وتنصّ المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ على أنه "١-أ- في جميع الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجزائية وجود شكوى، أو ادّعاء شخصي من المجني عليه، أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراء في الدعوى إلا بعد وقوع هذه الشكوى أو الادّعاء. ٢- في الدعوى الجزائية الواردة في البند (أ) من الفقرة (١) من هذه المادة: أ- يسقط الحق في تقديم الشكوى، أو الادّعاء الشخصي بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ علم المجني عليه بوقوع الجريمة، ولا أثر لهذا السقوط على الحقوق المدنية للمجني عليه. ب- إذا لم يقم المشتكي بمتابعة هذه الشكوى مدة تزيد على ثلاثة أشهر فعلى محكمة الصلح إسقاط دعوى الحق العام تبعًا لذلك".

ومن النصوص سابقة الذكر يتضّح أن المشرّع الأردني قد فرض قيدًا على حرية النيابة العامة في تحريك دعوى الحق العام الناشئة عن جرائم الذم والقدح والتحقير المنصوص عليها في قانون العقوبات، حيث اعتبر من اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي بالحق الشخصي شرطًا لقبول دعوى الحق العام، وملاحقة المتهم جزائيًا[1]، وبالتالي يكون المشرّع قد أناط بالمعتدى عليه تقدير مدى تحريك دعوى الحق العام من عدمه في مواجهة الجرم الذي مسّ بشرفه وكرامته، أو عرّضه إلى بغض الناس واحتقارهم.

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠١٨/٥٩٥٩) تاريخ٢٠١٨/١٠/٢٨ أنه "وفي ذلك تجد محكمتنا أن المشرّع قد أوجد قيودًا على حرية النيابة العامة، أو مَن يقوم مقامها بتحريك دعوى الحق العام في بعض الحالات ومنها دعاوى الذم والقدح والتحقير، بحيث لا تملك النيابة العامة تحريك دعوى الحق العام إلا بعد إزالة القيد، والذي يتمثل باتّخاذ المشتكي

(١) للمزيد من التفصيل انظر: د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الخامسة، ٢٠١٩، ص١٩٨-٢١٧؛ د. حسن محمد أمين جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، الجزاءان الأول والثاني، (د.ن)، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص٨٩- ٩٩.

صفة المدعي بالحق الشخصي في جرائم الذم والقدح والتحقير وفقاً لما أشارت إليه المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات"[١].

ويسقط حق المعتدى عليه في تقديم الادّعاء الشخصي بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بوقوع جرم الذم أو القدح أو التحقير، كما تسقط دعوى الحق العام بحق المشتكى عليه إذا لم يقم المشتكى (المعتدى عليه) بمتابعة شكواه مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

فقضت محكمة بداية إربد بصفتها الاستئنافية أنه "لذا فإنه والحالة هذه يجب إعمال نصّ المادة(٢/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بإسقاط دعوى الحق العام بحق المشتكى عليه؛ لعدم متابعة المشتكي شكواه، كونه لم يحضر منذ أكثر من ثلاثة أشهر كون جرائم الذم والقدح والتحقير والتهديد المسندة للمشتكى عليها المستأنف ضدها من الجرائم المتوقفة على تقديم شكوى، وتسقط بإسقاط الحق الشخصي، وتسقط لعدم متابعة المشتكي لشكواه لمدة تزيد على ثلاثة أشهر"[٢].

ولكن في ضوء تجريم الذم والقدح والتحقير في المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية -كما أسلفنا سابقًا- يُثار التساؤل حول آلية تحريم دعوى الحق العام في جرائم الذم القدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام هاتين المادتين، وفيما إذا كان يُشترط لملاحقة مرتكب هذا الجرم اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخص كما هو الحال في قانون العقوبات أم لا؟

فذهب رأي فقهي إلى أنه لا يُشترط لتحريك دعوى دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، حيث جاء قانونياً الاتصالات والجرائم الإلكترونية خاليين من النصّ على شرط تعليق تحريك الدعوى على اتّخاذ صفة المدعي الشخصي ولو أراد المشرّع ذلك لنصّ عليه صراحة[٣].

(١) انظر أيضاً قرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٦٥٠) تاريخ ٢٠٢٠/٨/٢٣، وقرار محكمة بداية الرصيفة بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/١٢٤) تاريخ ٢٠٢٠/١/٢٦، قرارك.

(٢) قرار رقم (٢٠٢٠/٥١٤٢) تاريخ ٢٠٢٠/٦/١٤، قرارك.

(٣) انظر: د. عبدالإله النوايسة، المرجع السابق، ص٣٥٥؛ محمد غالب أبو رمان، ومحمد أحمد الرحامنه، وشريف فائق نقشبندي، التنظيم القانوني لجريمة الذم الإلكتروني في التشريع الأردني، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، العدد (٦٤)، ٢٠١٨، ص٢٢٠.

وبهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز بصفتها الجزائية بقرارها رقم (٢٠١٩٩/٦٤٨ تاريخ٢٠١٩/٣/٤ أنه "لما كانت الجرائم المسندة للمشتكى عليه الذم والقدح والتحقير خلافًا للمواد (١٨٨، ١٨٩، ١٩٠) من قانون العقوبات وبدلالة المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وأن هذه الجرائم من الجرائم التي لا تتوقف الملاحقة فيها على اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصي وفقاً للمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية التي جاء فيها...، وحيث إن محكمة بداية جزاء عمان بصفتها الاستئنافية توصلت بقرارها إلى أن الدعوى موضوع هذه القصية لا تتوقف على اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصيّ وإعادة القضية إلى محكمة صلح جزاء عمان، فيكون قرارها بإعادة الدعوى إلى محكمة الصلح موافقًا للقانون على اعتبار أن محكمة صلح جزاء عمان لم تدخل بموضوع الدعوى، وقضت بوقف الملاحقة؛ لسبب شكلي وهو عدم اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصي".

وقضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠٢٠/٢٦٣٠) تاريخ ٢٠٢٠/١١/٢٩ أنه "هذا بالإضافة إلى أن جنحة نشر بيانات تنطوي على ذم وقدح وتحقير من خلال الموقع الإلكتروني وفقًا لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية لا تتوقف على شكوى مما يجعل من أسباب الاستئناف لا تردّ على القرار المستأنف"[(١)].

بينما ذهب اجتهاد قضائي آخر إلى أن تحريك دعوى الحق العام، وملاحقة الجاني في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتبكة خلافًا لأحكام المادتين (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، و(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية يتطلب اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، فهذه الجرائم لا تخرج عن جرائم الذم والقدح والتحقير المنصوص عليها في قانون العقوبات التي يُشترط للملاحقة الجزائية بشأنها اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، إذ لم يرد في نصّ المادتين المذكورتين أعلاه أيّة أحكام خاصة بهذا الشأن.

فقضت محكمة الرصيفة بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠٢٠/٤٣٩) تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٥ أنه "وحيث لم يأتِ المشرّع في المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على الحظر القانوني المتمثل بعدم جواز الملاحقة في دعاوى الذم والقدح والتحقير إلا بناءً على اتّخاذ المجني عليه صفة الادّعاء بالحق الشخصي، لكنه في الوقت نفسه لم يقصِ صراحة هذا الحظر القانوني مما يقتضي تفعيل الأصل العام بخصوص ذلك الحظر القانوني؛ لأنه لا يجوز الالتفات عن هذا الخطر بشأن الملاحقة طالما لم

(١) انظر أيضا قرار محكمة بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢١/١٧٦) تاريخ ٢٠٢١/١/٢٦، وقرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٦٤) تاريخ ٢٠٢٠/٢/٥، وقرار محكمة بداية شرق عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/٤٠٦٢) تاريخ ٢٠١٩/١١/٤، قرارك.

يرد نصّ في قانون الجرائم الإلكترونية، على خلاف ذلك فافتراض الخروج على الأصل العام افتراضًا دون وجود نصٍّ تشريعي يحول هذا الافتراض إلى استثناء حقيقي هو افتراض غير قانوني؛ لأن من شأنه إفراغ الأصل العام من مضمونه دون ورود استثناء عليه...، وبناءً على ما تقدم، وحيث إن سكوت النصّ ما هو إلا دلالة واضحة على ترك هذا الموضوع ضمن الأصل العام ويحيلنا بالضرورة إلى النصّ العام"[1].

وفي نطاق المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات قضت محكمة صلح جزاء عمان[2] أنه "من خلال ما تقدم تتوصل المحكمة إلى نتيجة مفادها وقف ملاحقة المشتكى عليهما عن جرم مخالفة قانون الاتصالات؛ لعدم اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصي فور قيد الشكوى، ولا يصحح ذلك اتّخاذها بعد قيد الشكوى لتعلق ذلك الإجراء بالنظام العام، لذلك وتأسيسًا على ما تقدم تقرر المحكمة ما يلي: أولاً: عملاً بأحكام المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات وبدلالة المادة (٧٥) من قانون الاتصالات والمادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وقف ملاحقة المشتكى عليهما عن جرم توجيه رسائل إهانة عبر وسيلة اتصال؛ لعدم اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصي فور قيد الشكوى".

وبشأن سقوط الحق في تقديم الادّعاء الشخصي بعد مرور مدة ثلاثة أشهر من تاريخ علم المعتدى عليه بوقوع جرم الذم أو القدح أو التحقير المرتكب بوسائل إلكترونية، قضت محكمة استئناف عمان[3] أنه "إن الجرائم المسندة للمستأنفة وعلى فرض ثبوتها تعدّ من الجرائم التي تتوقف الملاحقة فيها على تقديم شكوى أو الادّعاء بالحق الشخصي، وحيث إن الثابت من أوراق هذه الدعوى أن الجرائم المسندة للمستأنفة قد وقعت بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٧ و ٢٠١٦/٦/١٥، وقد علمت بها المشتكية وتقدمت بشكواها بتاريخ ٢٠١٧/٣/٧ لدى مدعي عام عمان، أيّ أن المشتكية قد تقدمت بهذه الشكوى بعد مرور المدة القانونية المضروبة في المادة (٣/٢/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وحيث قدّمت الشكوى بعد مرور المدة الزمنية فكان يتوجب على المدعي العام إسقاط دعوى الحق العام؛ لعلّة مرور الزمن المانع من سماعها استنادًا لنصّ المادة (٣/٢/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية".

---

(١) انظر أيضًا قرار محكمة صلح جزاء القصر رقم (٢٠٢٠/٢٣٦) تاريخ ٢٠٢٠/٩/٧، وقرار محكمة بداية الرصيفة بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٧٧٩) تاريخ ٢٠٢٠/١٠/٢٢، وقرار محكمة بداية شرق عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/٥٢) تاريخ ٢٠١٩/١/١٥، وقرار محكمة بداية المفرق بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٨/٢٧٧١) تاريخ ٢٠١٨/١٢/٢٦، وقرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٧/٤٠٩٥) تاريخ ٢٠١٧/١/٣٠، قرارك.

(٢) قرار رقم (٢٠١٦/٧٣٢٨) تاريخ ٢٠١٨/١٢/٣٠، قرارك.

(٣) قرار رقم (٢٠١٨/٢٩٤٠٩) تاريخ ٢٠١٨/٦/٢٥.

وانطلاقًا مما تم ذكره في المبحث الأول من أن نصّ المادتين (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، و(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية لم يأتيا بتنظيم قانوني جديد بالكامل لجرائم الذم والقدح والتحقير بحيث تنسلخ عن جميع الأحكام الواردة في قانون العقوبات، وإنما أعاد تنظيم بعض الأحكام المتعلقة بهذه الجرائم والمرتبطة بوسيلة ارتكابها وعقوبتها فقط، أرى خضوع المادتين المشار إليهما أعلاه لحكم المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات، فيُشترط لملاحقة مرتكب جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي.

كما أن ما جاء في المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات يمثل قاعدة إجرائية تتعلق بآلية تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير خلافًا لما ورد في المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية إذ يمثل قواعد موضوعية تتعلق بوسيلة ارتكاب الجريمة والعقوبة المقررة لها، مما يعني أن نصّ المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات أولى بالتطبيق على جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية طالما لم يرد في قانوني الاتصالات والجرائم الإلكترونية نصًا إجرائيًا يلغي ما جاء في المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات، فوفقًا لنصّ المادة (٥) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ لا يجوز إلغاء نصّ تشريعي إلا بتشريع لاحق ينصّ صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نصّ يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظّم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرّر قواعده ذلك التشريع.

وما يساق أيضًا كدليل على أن المشرّع الأردني لو أراد أن تكون ملاحقة مرتكب جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية دون اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي لنصّ على ذلك صراحة، قيامه بإيراد بعض الأحكام الإجرائية في قانون الجرائم الإلكترونية كالمتعلقة بالدخول إلى الأماكن والتفتيش والضبط والمصادرة[١]، وإقامة دعوى الحق العام والحق الشخصي على المشتكى عليه أمام المحاكم الأردنية إذا ارتكبت أيّ من الجرائم المنصوص عليها في قانون الجرائم الإلكترونية باستخدام أنظمة معلومات داخل المملكة، أو ألحقت أضرارًا بأيّ من مصالحها، أو بأحد المقيمين فيها، أو ترتبت آثار الجريمة فيها كليًا أو جزئيًا، أو اُرتكبت من أحد الأشخاص المقيمين فيها[٢].

(١) المادة (١٣) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥.

(٢) المادة (١٧) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥.

المطلب الثاني: أثر اسقاط الحق الشخصي على دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية

تنص المادة (٥٢) من قانون العقوبات على أنه "إن صفح المجني عليه يسقط دعوى الحق العام والعقوبات المحكوم بها التي لم تكتسب الدرجة القطعية في أيّ من الحالات التالية: ١-إذا كانت إقامة الدعوى تتوقف على اتّخاذ صفة الادّعاء بالحق الشخصي، أو تقديم شكوى".

وكون تحريك دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير المنصوص عليها في قانون العقوبات يتوقف على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، فإن قيام المشتكي (المعتدى عليه) بإسقاط حقه الشخصي يكون من شأنه إسقاط دعوى الحق العام. وتطبيقًا لهذا قضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم (٢٠٢٠/٧٨٣) تاريخ ٢٠٢٠/٨/١٧ أنه "وفي ضوء أن المشتكية أسقطت حقها الشخصي عن المستأنف ضدهم فإنه يتم إسقاط دعوى الحق تبعًا لذلك عملاً بالمادة(١/٥٢) من قانون العقوبات المعدل رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٧"[١].

أما بخصوص جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام المادتين (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، و(١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وفيما إذا كان يترتب على إسقاط المشتكي حقه الشخصي سقوط دعوى الحق العام، فقد اختلفت قرارات المحاكم الأردنية بشأن ذلك تبعًا لاختلافها في توقف الملاحقة الجزائية في جرائم الذم والقدح والتحقير على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي من عدمه كما بيّنا ذلك سابقاً.

فذهبت بعض القرارات القضائية إلى أنه لا يجوز إسقاط دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة بوسائل إلكترونية تبعًا لإسقاط الحق الشخصي؛ كون ملاحقة هذه الجرائم لا تتوقف على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، فضلاً عن خلو قانون الجرائم الإلكترونية من النصّ على سقوط دعوى الحق العام بإسقاط الحق الشخصي.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية أنه[٢] "وعليه وحيث إن جرم إرسال رسائل تنطوي على التحقير خلافًا لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية ليس من الجرائم

(١) انظر أيضًا قرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٤٣١) تاريخ ٢٠٢٠/٥/٢٨، وقرار محكمة بداية الكرك بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/٤٣٨) تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٣، وقرار محكمة بداية السلط بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٨/٣٢٧٦) تاريخ ٢٠١٨/١١/٧، قرارك.

(٢) قرار رقم (٢٠٢٠/٦٤) تاريخ ٢٠٢٠/٢/٥، قرارك.

التي تتوقف ملاحقتها على اتّخاذ المعتدى عليه صفة الادّعاء بالحق الشخصي، وليس من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥٢) عقوبات، كما أن المادة (٣٣٥) من الأصول الجزائية لا تنطبق على وقائع هذه القضية، لهذا فإن الجرم المسند للمستأنف ضده لا يجوز إسقاط دعوى الحق العام عنه تبعًا لإسقاط الحق الشخصي، لذا فإن القرار المستأنف جاء مخالفًا للأصول والقانون، وأن أسباب الاستئناف ترد عليه وتنال منه مما يتعيّن فسخه، ومن ثم إصدار القرار المناسب".

كما قضت محكمة بداية الكرك بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم(٢٠٢٠/١٢٧٠) تاريخ٢٠٢٠/١١/١٥ أنه "تجد محكمتنا أن الجرم المسند للمستأنف ضدها هو نشر ما يحتوي على ذم وقدح وتحقير بواسطة الشبكة الإلكترونية بحدود المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وهو ليس من الجرائم التي تسقط بالإسقاط وفق أحكام المادتين (٥٢، ٥٣) من قانون العقوبات، إضافة إلى أن قانون الجرائم الإلكترونية لم يتضمن النصّ على أن الجرم الواقع خلافًا لأحكام المادة (١١) يسقط بإسقاط المشتكى لحقه الشخصي، وأن المشرّع لو أراد إسقاط هذا النوع من الجرائم بإسقاط الحق الشخصي لأورد نصًا يفيد ذلك"[١].

وفي نطاق المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات نجد أن محكمة صلح جزاء غرب عمان ذهبت إلى اعتبار إسقاط المشتكي لحقه الشخصي من الأسباب المخففة التقديرية وليس سببًا لإسقاط دعوى الحق العام فقضت أنه[٢] "تقرر المحكمة عملاً بأحكام المادة (١٧٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية إدانة المشتكى عليه بجرم إرسال رسائل إهانة بوسيلة اتصالات خلافًا لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات والحكم عليه بالحبس شهراً والرسوم، ونظرًا لاعتراف المشتكى عليه، والذي سّهل على المحكمة مهمتها وأسهم في تحقيق عدالة ناجزة، ولإسقاط المشتكية حقها الشخصي الأمر الذي تعتبره المحكمة من الأسباب المخففة، لذا تقرر المحكمة وعملاً بأحكام المادة (١٠٠) من قانون العقبات تخفيض العقوبة المحكوم بها لتصبح الحبس أسبوعاً واحداً، والرسوم".

بينما ذهب اتجاه قضائي آخر إلى إسقاط دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة بوسائل إلكترونية في حال إسقاط المشتكى حقه الشخصي، فقضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية[٣] أنه "تجد محكمتنا أن جرم الذم والقدح والتحقير المعرف في المواد (١٨٨ و ١٨٩ ١٩٠) من قانون العقوبات هو ذات الجرم الوارد في نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية حيث لم

(١) انظر أيضًا قرار محكمة بداية اربد بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٩/١١٦٩٢) تاريخ ٢٠١٩/٩/١٢، قرارك.
(٢) قرار رقم (٢٠٢٠/٧٣٠٣) تاريخ ٢٠٢١/١/٣١.
(٣) قرار رقم (٢٠٢٠/٢٨٠) تاريخ ٢٠٢٠/٢/١١.

يرد أي تعريف لعناصر هذا الجرم في المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وعليه تكون ذات أحكام القانون المنطبقة على جرم الذم والقدح والتحقير في قانون العقوبات منطبقة على المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وهو بالتالي يسقط بإسقاط الحق الشخصي، وهو ما ذهبت إليه محكمة الدرجة الأولى وتؤيدها محكمتنا على ما توصلت إليه، وبالتالي فإن أسباب الاستئناف لا ترد على القرار المستأنف ومستوجبًا للرد".

كما قضت محكمة بداية إربد بصفتها الاستئنافية بقرارها رقم(٢٠٢٠/٧٣٧٤) تاريخ٢٠٢٠/١١/٢٥ أنه "وحيث إن جرائم الذم والقدح والتحقير هي من الجرائم التي تتوقف الملاحقة فيها على شكوى المتضرر، أو اتّخاذه لصفة الادّعاء بالحق الشخصي، ولما كانت المادة (٥٢) من قانون العقوبات قد جعلت من إسقاط الحق الشخصي من قبل المجني عليه في مثل هذه الجرائم سببًا لإسقاط دعوى الحق العام، وحيث إن ما ورد في المادة (٥٢) من قانون العقوبات يُعدّ من قبيل القواعد التقليدية التي لم تأتِ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية بما ينسخ حكمها، أو يستوجب تركها وفقًا للتأصيل الذي سبق بيانه من حيث إن ما جاءت به المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية هو دور تكميليّ لا دور مستقل بالكامل، فإن ذلك يعني أن المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية تخضع لحكم المادة (٥٢) من قانون العقوبات بالتبعية لخضوع الجرائم التي جاءت المادة (١١) لتكملها إلى تلك المادة، ويكون إسقاط الحق الشخصي في جرائم إرسال رسائل تنطوي على الذم والقدح والتحقير باستخدام وسيلة إلكترونية من الجرائم التي يترتب على إسقاط الحق الشخصي فيها إسقاط دعوى الحق العام"[١].

وفي إطار المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات قضت محكمة صلح جزاء شمال عمان بقرارها رقم(٢٠٢٠/٥٥٨٦) تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٠ أنه "وبتطبيق القانون على الوقائع تجد المحكمة وبالرجوع للقواعد العامة أن ما ورد به نصّ خاص يكون الأولى بالتطبيق من غيره من النصوص الأخرى في أيّ تشريع آخر باعتباره قانوناً خاصاً، وأن القانون الخاص يقيّد القانون العام، وأما فيما يتعلق بأيّ مسألة أخرى لم يرد بشأنها نصّ بالقانون الخاص يتم الرجوع إلى الأحكام العامة بقانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية باعتبارهما الشريعة العامة للأحكام الموضوعية والإجرائية الجزائية، ومن ضمن ذلك إسقاط دعوى الحق العام على ضوء إسقاط الحق الشخصي بالجرائم التي

(١) انظر أيضًا قرار محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠٢٠/١٠٦١) تاريخ ٢٠٢٠/١١/٩، وقرار محكمة صلح جزاء شمال عمان رقم (٢٠١٩/١٠٢٣٨) تاريخ ٢٠٢٠/١٠/٥، وقرار محكمة بداية السلطة بصفتها الاستئنافية رقم (٢٠١٨/٣٢٧٦) تاريخ ٢٠١٨/١١/٧، قرارك.

تتوقف الملاحقة فيها على تقديم شكوى كما هو الحال بجرم الذم والقدح والتحقير...، وهنا تجد المحكمة أن النص العام لم يفرّق فيما إذا تم الذم والقدح بواسطة وسيلة اتصالات أم لا، كما تجد المحكمة أن نصّ المادة (٧٥) من قانون الاتصالات وهو النص الخاص لم يتطلب بأن يتم تقديم ادّعاء بالحق الشخصي، ولم يتم الذكر صراحة بهذا القانون فيما يتعلق بتقديم ادّعاء بالحق الشخصي من عدمه، وعليه وعلى ضوء عدم ذكر قانون الاتصالات، وهو القانون الخاص فيتم الرجوع إلى قانون العقوبات فيما يتعلق بإسقاط دعوى الحق العام لإسقاط الحق الشخصي..." (١).

وبهذا الصدد أرى إسقاط دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائل الإلكترونية إذا ما أسقط المشتكى (المعتدى عليه) حقه الشخصي، إذ إن جرائم الذم والقدح والتحقير المنصوص عليها في قانوني الاتصالات والجرائم الإلكترونية لا تختلف عن تلك المنصوص عليها في قانون العقوبات إلا من حيث وسيلة ارتكابها، فمفهومها وجوهرها واحد، والمشرّع عند إقراره إسقاط دعوى الحق العام في جرائم الذم والقدح والتحقير تبعاً لإسقاط الحق الشخصي في قانون العقوبات إنما راعى المصلحة الخاصة للمشتكى (المعتدى عليه) وغلّبها على المصلحة العامة، باعتبار أن الضرر الخاص الذي يصيب المشتكى من هذه الجرائم يفوق ذلك الضرر العام الذي يصيب المجتمع، مما يتعيّن معه مراعاة المصلحة الخاصة للمشتكي في جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية وذلك بإسقاط دعوى الحق العام في هذه الجرائم تبعًا لإسقاط المشتكي حقه الشخصي.

وأضف إلى ذلك أن المشرّع الأردني بتعديله نصّ المادة (٥٢) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة١٩٦٠ بموجب القانون المعدل رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٧ قد توسع في نطاق إسقاط دعوى الحق العام تبعاً لإسقاط الحق الشخصي، فرتّب على صفح المجني عليه إسقاط دعوى الحق العام إذا كان موضوعها إحدى الجنح المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة أعلاه، التي هي بطبيعة الحال ليست من الجرائم التي يتوقف تحريك دعوى الحق العام فيها على اتّخاذ صفة الادّعاء الشخصي، أو تقديم شكوى، وما هذا التوجّه من المشرّع الأردني إلا تفعيلاً للعدالة الجزائية التصالحية كوسيلة بديلة لتسوية دعاوى الحق العام.

ومما سبق أقترح تعديل نص المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على نحو تكون معه ملاحقة جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة بوسائل الاتصالات والوسائل الإلكترونية معلقة على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وإسقاط دعوى الحق العام في هذه الجرائم تبعًا لإسقاط المشتكي حقه الشخصي، كأن يتم إضافة عبارة "مع مراعاة أحكام

(١) انظر ايضا قرار محكمة صلح جزاء إربد رقم (٢٠٢٠/١٢٢٨) تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٥.

قانون العقوبات" إلى بداية نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وعبارة "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية" إلى نصّ المادة (٧٥) من قانون الاتصالات على النحو الذي سبق بيانه في المطلب الثاني من المبحث الأول.

وبذلك نتجنب التضارب في تكييف الممارسات وتعدد الأوصاف الجرمية لذات الفعل وما يتبعه من اختلاف الأحكام، فتسري على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية كافة الأحكام الواردة في قانون العقوبات، التي لم يرد بشأنها تنظيم خاص في نصّ المادتين أعلاه، كالمتعلقة بمفهوم الذم والقدح والتحقير، وتطلب العلانية في جريمتي الذم والقدح، وتعليق تحريك دعوى الحق العام على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وسقوط هذه الدعوى تبعاً لإسقاط الحق الشخصي، والحالات التي يجوز فيها للمعتدى إثبات صحة ما عزاه للمعتدى عليه، وكذلك حالات النشر المشروع للذم والقدح وغيرها من الأحكام.

الخاتمة:

بعد أن انتهيت من دراسة موضوع إشكالية تطبيق النصوص الناظمة لجرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية في التشريع الأردني، صار لزامًا بيان أهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليها الدراسة، وهي كالآتي:

النتائج:

أولاً: تصوّر تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح الإلكترونية بحدود نصّ المادة (٧٣) من قانون العقوبات الأردني، حيث أورد المشرّع في الفقرة الثانية منها الوسائل الآلية، وأضاف بموجب القانون المعدل رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٧ عبارة "بوسائل إلكترونية تُمكّن العموم من قراءتها أو مشاهدتها دون قيد" إلى نهاية الفقرة الثالثة من المادة ذاتها.

ثانياً: اختلاف قرارات المحاكم الأردنية بين تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات المتعلقة بضرورة تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح، وتعليق تحريك دعوى الحق العام على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وإسقاطها تبعًا لإسقاط الحق الشخصي من عدمه على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، فضلاً عن ما ذهبت إليه بعض قرارات المحاكم الأردنية من تطبيق بعض الأحكام الواردة في قانون العقوبات (كالمتعلقة بمفهوم الذم والقدح والتحقير، ومدى جواز إثبات صحة ما عزاه المعتدي إلى المعتدى عليه، وحالات النشر المشروع للذم والقدح) دون الأخرى على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام المادتين أعلاه.

ثالثاً: اختلاف قرارات المحاكم الأردنية في النصّ الواجب التطبيق على واقعة إرسال رسالة ذم أو قدح أو تحقير بوسيلة إلكترونية لم يشاهدها إلا المُرسِل والمُرسَل إليه بين نصّ المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات، ونصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، واختلافها أيضًا بين تطبيق قانون الاتصالات بحدود المادة (٧٥/أ) منه، وقانون العقوبات بحدود المواد (١٨٨، ١٨٩، ١٩٠) منه، إذا ما أُرتكبت جرائم الذم والقدح والتحقير عبر الاتصال الهاتفيّ.

المقترحات:

أقترح على المشرّع الأردني ما يلي:

أولاً: تعديل نصّ المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية على النحو التالي:

١- إضافة عبارة "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات" إلى بداية هذه المادة، مما يفضي إلى تطبيق كافة الأحكام الواردة في قانون العقوبات على جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو أي نظام معلومات، التي لم يرد بشأنها تنظيم خاص بموجب هذه المادة كالمتعلقة بمفهوم الذم والقدح والتحقير، وضرورة تحقق العلانية في جريمتي الذم والقدح، وتعليق تحريك دعوى الحق العام على اتّخاذ المعتدى عليه صفة المدعي الشخصي، وإسقاطها تبعًا لإسقاط الحق الشخصي، وحالات جواز إثبات صحة موضوع الذم أو القدح، وكذلك حالات النشر المشروع للذم والقدح وغيرها من الأحكام.

٢- تخفيض الحدّ الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنتين؛ للحدّ من نطاق التوقيف في جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة خلافًا لأحكام هذه المادة.

ثانياً: تعديل نصّ المادة (٧٥) من قانون الاتصالات على النحو التالي:

١- حذف كلمة الإهانة الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة.

٢- إضافة فقرة جديدة إلى هذه المادة تقضي بتجريم الذم والقدح والتحقير المرتكب بوسائل الاتصالات مع ضمان تطبيق الأحكام الواردة في قانون العقوبات السابق ذكرها في المقترح الأول، وحصر نطاق تطبيق نصّ هذه الفقرة على جرائم الذم والقدح والتحقير التي تُرتكب بوسائل الاتصالات من غير الوسائل الواردة في المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية، وتكون عقوبة هذا الجرم ذات العقوبة المنصوص عليها في المادة أعلاه من قانون الجرائم الإلكترونية، على أن يكون الحدّ الأعلى لعقوبة الحبس سنتين كما هو في المقترح الأول. كأن يكون نصّ هذه الفقرة "مع مراعاة أحكام قانون العقوبات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية يُعاقب كلّ من أقدم على ذم، أو قدح، أو تحقير شخص باستخدام وسيلة من وسائل الاتصالات بالحبس مدّة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) ألفي دينار".

المراجع

أولاً: الكتب:

د. إبراهيم حسن، ركن العلانية في جريمة القذف بين القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

أسامه المناعسه وجلال الزعبي، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٥.

د. عادل عزام سقف الحيط، جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١١.

د. عبدالإله النوايسه، جرائم تكنولوجيا المعلومات، شرح الأحكام الموضوعية في قانون الجرائم الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة ٢٠٠١.

د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

د. مازن الحلبي، الوسيط في جرائم النشر والصحف في الذم والقدح والتحقير، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، طبعة ٢٠٠٤.

د. محمد عودة الجبور، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.

د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الخامسة، ٢٠١٩.

د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣.

د. حسن محمد أمين جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، الجزاءان الأول والثاني، (د.ن)، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

إبراهيم طه الزايد، نطاق المسؤولية الجزائية عن جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة من خلال المواقع الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١١.

حسنين عبد المجيد حسين زلوم، جرائم الذم والقدح والتحقير الإلكترونية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسراء الخاصة، عمان، الأردن، ٢٠١٦.

رزق الله الشقيرات، الصعوبات الناشئة في تطبيق أحكام جرائم الذم والقدح والتحقير عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٩.

ثالثاً: الأبحاث العلمية:

د. أيمن بن نواف الهواوشه، مدى إباحة الدفاع الشرعي في جريمة الذم والقدح والتحقير، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مركز بحوث الشرق الأوسط، العدد ٣، ٢٠١٣.

محمد سليمان عقله الخوالده، الطبيعة الخاصة لجرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مجلد ٢٨ عدد٢، ٢٠٢٠.

محمد غالب أبو رمان، ومحمد أحمد الرحامنه، وشريف فائق نقشبندي، التنظيم القانوني لجريمة الذم الإلكتروني في التشريع الأردني، مجلة دراسات الجامعة عمار ثليجي الأغواط، الجزائر، العدد (٦٤)، ٢٠١٨.

References:

First, books:

Hassan, I. *Publicity section in the crime of defamation between criminal law and Islamic law*. The Science House for Millions, Beirut, Lebanon, first edition, 2009.

Al-Mana'she, O. and Al-Zou'bi, J.(2015) *Electronic information systems technology Crimes: A comparative study*. The House of culture, Amman, Jordan, second edition..

Al-Hait, A. (2011) Crimes of defamation, dispraise and humiliation committed through electronic media. The House of culture, Amman, Jordan, first edition..

Al-Nawaiseh, A. (2017) *Information technology crimes, explanation of the objective provisions in the Cyber-crime law*. Wa'el Publishing House, Amman, Jordan, first edition.

Al-Sa'id, O.(2001) Explanation of the Penal Code, Special Section, Al-Nahda Al-Arabiya House, Cairo, Egypt, Edition in

Al-Sa'id, K. (2002) *Explanation of the penal code, crimes against honor and freedom*. International scientific house and the House of Culture, Amman, Jordan, first edition.

Al-Halabi,M. (2004), *The mediator in publishing crimes and newspapers in defamation, dispraise and contempt,* The Legal Library, Damascus, Syria.

Jabour, M. (2012) *Crimes against persons: A comparative study*. Wa'el Publishing House, Amman, Jordan, second edition.

Nammour, M.(2019) Origins of criminal procedures, explanation of the code of criminal procedures. The House of Culture, Amman, Jordan, Fifth Edition.

Nammour, M.(2013) Explanation of the penal code, special section, part one, crimes against persons. the House of Culture, Amman, Jordan, fifth edition, 2013.

Jokhdar, H. (1993) *Explanation of the Jordanian criminal procedure code: A comparative study.* First and second parts, first edition.

Second, university theses and dissertations:

Al-Zayid, I. (2011) , *Scope of criminal responsibility for crimes of defamation and dispraise committed via websites*. Master thesis, The Faculty of Law, Middle East University, Amman, Jordan, 2011.

Abdul-Majeed, H.Zalloum, H. (2016) , *Electronic csrimes of defamation and dispraise in the Jordanian law: A Comparative study*. Master thesis, Faculty of Law, Al-Esra' Private University, Amman, Jordan, 2016.

Al-Shokairat, R.(2009) *The emerging difficulties in applying the provisions of the crimes of defamation, slander and contempt via the Internet: A comparative study*. Master thesis, the Faculty of Higher Legal Studies, Amman Arab University, Jordan,.

Third, scientific researches:

Al-Hawawsheh, A. (2013) The Extent of Permissibility of Sharia Defense in the Crime of Defamation, Slander and Contempt. The Journal of Middle East *Research*, Ain Shams University, Middle East Research Center, No. 3.

Al-Khawaldeh, M.(2020) The special nature of the crimes of defamation, slander and humiliation committed through social networking sites. *The Journal of the Islamic University of Sharia and Legal Studies,* Vol. 28, (2).Abu Romman, M. , Al-Rahamneh, M. and Naqshbandi, S. (2018), The legal regulation of the crime of electronic defamation in the Jordanian Legislation. *The Journal of University Studies Ammar Tholaji Al-Aawat, Algeria*, (64).

مدى إمكانية الطعن على القرارات الإدارية النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي بعيب إساءة استعمال السلطة دراسة مقارنة

د. أيمن يوسف الرفوع *

د. بلال حسن الرواشدة

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/٣/٩م. **تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٥م.**

ملخص

خلصت هذه الدراسة إلى التعريف بالجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وإلى طبيعة القرارات الصادرة عنها حيث حسم المشرع الأردني هذه الطبيعة بنص المادة ٨/أ/٥ من قانون القضاء الإداري باعتبارها قرارات إدارية استنادًا إلى المعيار الشكلي وهو بذلك ساير النهج المتبع لدى مجلس الدولة المصري والفرنسي في هذا الشأن ولعل التساؤل الذي أثارته هذه الدراسة هو مدى إمكانية الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة بسبب الشبه القانوني الذي يجمعها مع الأحكام القضائية. حيث ساهمت هذه الدراسة في الإجابة على هذا التساؤل من خلال إبراز ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين في الأردن وكان من أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة اعتناق المشرع الأردني من ناحية والفقه والقضاء الإداريين للمعيار الشكلي كما جاءت الدراسة بتوصية هامة مفادها "ضرورة السماح للهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي إمكانية سحب قراراتها المعيبة أسوةً بالقرارات الإدارية الأخرى وبما لا يخل بمبدأ استقرار المعاملات أو يشكل اعتداء على الحقوق المكتسبة."

الكلمات الدالة: القرار الإداري، الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، عيب إساءة استعمال السلطة.

* كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Possibility of Appealing Against the Final Administrative Decisions Issued by Administrative Authorities with Jurisdiction Due to The Defect of Abuse of Power: A Comparative Study

Ayman Yousef Al-Rfou

Bilal Hassan Al-Rawashdeh

Abstract

This study aimed at introducing the administrative authorities with jurisdiction and the nature of the decisions issued by them. The Jordanian legislator has resolved this nature in the provision of Article 5/A/8 of the Administrative Justice Act as administrative decisions based on the formal criterion, which is in line with the approach followed by the Egyptian and French State Council in this regard. This study has raised the question of the extent to which it is possible to appeal against this type of decision with the fault of abuse of authority because of the paralegal that combines it with the jurisprudence. The study has answered this question by highlighting what jurisprudence and administrative judiciary have settled in Jordan. One of the most important findings of this study is the Jordanian legislator's and jurisprudence and the administrative judiciary's embrace of the formal criterion.. The study has also recommended "The necessity to allow administrative authorities to withdraw their defective decisions, similar to other administrative decisions, in a manner that does not violate the principle of stability of transactions or a violation ofthe acquired rights."

Keywords: Administrative decision, Administrative authorities with jurisdiction, The defect of abuse of power.

تمهيد:

لقد ساهم القضاء الإداري في جميع الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ومنها الأردن في تقويم أعمال الإدارة وإلزامها بعدم الخروج على أحكام القانون ولما كانت القرارات الإدارية من أهم مظاهر التعبير عن إرادة السلطة التنفيذية بتحقيق المصلحة العامة تحت مظلة مبدأ المشروعية الذي يعد المعيار الذي تراقب على أساسه القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية فلقد آثرنا الحديث عن نوع مميز من هذه القرارات يشترك في إصداره عنصر قضائي ومدى إمكانية الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة وما رافق هذه الإشكالية من اختلاف فقهي وقضائي باعتبار أن العنصر القضائي لا يحتمل هذا النوع من الطعن لما فيه من مساس بالسلطة القضائية. وحتى نتمكن من الإجابة على التساؤل الذي أثرناه في مشكلة الدراسة آثرنا تحليل الاتجاهات القضائية وكذلك الأحكام القضائية عن أهمية ومجال تطبيق هذا العيب على هذا النوع من القرارات. ويقصد بعيب إساءة استعمال السلطة كما عرفه الفقيه الفرنسي (لافيرير) بأنه استعمال رجل الإدارة سلطته لتحقيق غرض غير الذي من أجله منح هذه السلطة[١].

سنتناول هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث، نتحدث في المبحث الاول عن التعريف بالجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وموقف المشرع الأردني والتشريعات المقارنة منه في حين نتحدث في المبحث الثاني عن موقف الفقه من إمكانية الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة، أما في المبحث الثالث فنتناول موقف القضاء الإداري من إمكانية الطعن على هذا النوع من القرارات وستشمل دراسة هذه المباحث مصر والأردن كدراسة مقارنة وفرنسا على سبيل الاستدلال.

أهمية الدراسة:

تنعقد أهمية الدراسة من الناحيتين النظرية والعملية حيث تكمن أهميتها النظرية من خلال الرأي الفقهي الغالب وكذلك المشرع في اعتبارها قرارات إدارية استنادًا للمعيار الشكلي وبالتالي خضوعها للنظرية العامة للقرارات الإدارية في حين تبدو أهميتها العملية من خلال مدى إمكانية الطعن عليها في جميع أسباب الطعن الواردة في التشريعات المعنية أم أنها مستثنية من الطعن بعيب إساءة استعمال

(١) أشار إلى هذا التعريف الطماوي، نظرية التعسف، ط٣، ص٦٨، انظر كذلك الهايشة، مقال، الإساءة والتعسف، ج٢، https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=670366، لمزيد من الاطلاع انظر بحر، الكبار محمد .(2008) . الانحراف بالسلطة و أثره في القرار الإداري: دراسة مقارنة .(أطروحة دكتوراه). جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، https://search.emarefa.net/detail/BIM-368725

السلطة كون قراراتها خاصة بهيئات لها اختصاص قضائي مع أنها لجان إدارية واختصاص القضاء الإداري بنظرها استنادًا إلى طبيعتها القانونية، وما يميز هذه الدراسة أنها تناولت مدى إمكانية الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة حيث أثبتت أن القضاء الإداري قد استقر على أن هذا العيب قد يعيب هذا النوع من القرارات كباقي القرارات الأخرى وذلك لصعوبة تصور هذا العيب منفصلًا عن باقي العيوب الأخرى، لكن احتمال وقوعه بمثل هذه القرارات نادر وقليل.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في طبيعة اختصاص المحاكم الإدارية في الأردن والذي يقتصر على الطعون في قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقط دون غيرها باعتبار أن قراراتها تشكل اختصاصًا قضائيًا مانعًا، الأمر الذي يوجب التمييز بينها وبين الهيئات الإدارية الصرفة من جهة والهيئات ذات الاختصاص القضائي من جهة أخرى لاختلافهما من حيث موضوع نشاط كل منهما إضافة إلى عناصر تشكيلهما وتبدو إشكالية أخرى وهي أن المشرع الأردني لم يحدد لنا ما إذا كانت الطعون في القرارات الإدارية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي يمكن أن تستند إلى جميع عيوب القرارات الإدارية العادية الواردة في قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ وذلك أسوةً بما نصت عليه بعض التشريعات العربية كقانون مجلس الدولة المصري الذي استبعد عيب إساءة استعمال السلطة من أوجه عدم المشروعية التي تجيز الطعن في القرارات الصادرة عن هذه الجهات، إضافة إلى إشكالية فقدان هذه الجهات ولايتها فيما يتعلق في إلغاء وسحب قراراتها متى كانت معيبة كون هذه القرارات ذات صفة قضائية بحيث تنتهي مهمة هذه الجهات بصدور قرارها في الموضوع لكنها لا تملك بعد ذلك النظر فيه كونها لم تعد صاحبة ولاية.

منهجية الدراسة:

استندت هذه الدراسة إلى المنهج الوصفي وكذلك التحليلي لجميع الآراء الفقهية والأحكام القضائية للوصول إلى الاتجاه الغالب والمحمود إضافة إلى ما جاء به المشرع في التشريعات المقارنة إضافة إلى اتباع المنهج المقارن للدول ذات التجربة الأوسع والأشمل والمتمثلة بمصر والاستشهاد بمواقف الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا على سبيل الاستدلال لا المقارنة العميقة إضافة إلى بلد الدراسة الأردن.

المبحث الأول: ماهية الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي والتطور التشريعي من الطعن عليها بعيب إساءة استعمال السلطة

يقصد بالجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، الجهات أو الهيئات الإدارية التي يدخل في تشكيلها عنصر قضائي، وتكون مختصة غالبًا بالتأديب مثل مجلس تأديب المدرسين المساعدين والمعيدين بالجامعات المصرية، والذي يتكون من نائب رئيس الجامعة لشؤون الدراسات العليا، وأحد أعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق، ومستشار مساعد بمجلس الدولة، ويشكل مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس من أحد نواب رئيس الجامعة، وأستاذ من كلية الحقوق ومستشار من مجلس الدولة يندب سنوياً[١].

ويقصد بها كذلك تلك الجهات الإدارية التي يصدر عنها ما يشبه أحكام المحاكم، فهي تتشكل من رجال الإدارة ولكنها تمارس التحقيق والاستماع إلى البينات وتصدر قرارات تفصل في خصومات أقرب ما تكون للخصومة القضائية، ومن الأمثلة عليها في الأردن مجالس التأديب ولجان الاعتراض على تقدير الضريبة.[٢]

ويعرفها آخر بانها "الجهات الإدارية التي خولها القانون سلطه الفصل في المنازعات وتحوز قراراتها قوه الأمر المقضي ومن أمثلتها لجان التوفيق في المنازعات ولجان الطعن الضريبي ولجان التصالح في المنازعات المتعلقة برسوم الشهر العقاري و لجنة الإصلاح الزراعي. "[٣]

وللتمييز بين الهيئة التي تعتبر ذات اختصاص قضائي والهيئة الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقد تحدث اتجاه فقهي[٤] من أن العديد من اللجان والمجالس والهيئات التي تعتبر هيئات ذات اختصاص قضائي تصدر قرارات قضائية، وأن العديد من اللجان والمجالس والهيئات التي تعتبر "هيئات إدارية" أو "هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي" تصدر كلتاهما قرارات إدارية، شأن القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية مباشرة، وذلك أيًا كان تشكيلها أي حتى ولو شارك فيها عنصر قضائي، بل ولو

---

(١) خليفة، الانحراف، ص١٣١- ١٣٢، وراجع كذلك المادة (١٥٤) من قانون تنظيم الجامعات رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٢، أشار إليه ذات المؤلف.

(٢) الخلايلة، القضاء الإداري، ص١٢٤

(٣) عامر، الوضع القانوني، مقال، تاريخ الزيارة (٣٠-٦-٢٠٢١)،
https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2016/06/12/406733.html

(٤) العيادي، مقال، تاريخ الزيارة ٣٠-٦-٢٠٢١، http://www.acrseg.org/40182 ، لمزيد من الاطلاع انظر عبد الرزاق، أطروحة ماجستير، الطبيعة القانونية، تاريخ الزيارة ٢-٧-٢٠٢١
https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-425886

كان هو العنصر الغالب في التشكيل، ويختص القضاء الإداري وحده بالطعن على قرارات هذه اللجان الإدارية سواء بالإلغاء أو بالتعويض أو الوقف أو التأويل، دون أن يكون للقضاء العادي أي اختصاص في هذا الشأن، ومن أمثلة هذه اللجان لجنة القسمة والاعتراضات بوزارة الأوقاف، لكن المشرع قد يمنح القضاء العادي استثناء النظر في هذه الطعون ومثال ذلك الطعن في قرارات هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل، أما اللجان القضائية فهي هيئات يمنحها القانون سلطة الفصل في خصومة على أساس قاعدة قانونية تتعلق بمركز قانوني ومثالها اللجان القضائية للإصلاح الزراعي ومجلس تأديب أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي ، وللتمييز بين اللجنة التي تعتبر هيئة ذات اختصاص قضائي وتصدر قرارات قضائية، ومجرد اللجنة الإدارية أو اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي، فإن الأمر يكون واضحًا ولا يحمل لبسًا أو غموضًا إذا أفصح المشرع صراحة عن قصده عند إنشائها بالنص على أنها هيئة إدارية تصدر قرارات إدارية أو أنها هيئة قضائية تصدر قرارات قضائية، فالأمر يكون محسومًا. فإن لم يفصح المشرع عن رأيه، فإن الفقه والقضاء ذهبوا في طريق التمييز بينهما إلى ثلاثة معايير أولها شكلي مضمونه الاعتداد بتشكيل اللجنة فإن كان تابعًا لسلطة قضائية كان القرار قضائيًا، وإلا كان القرار إداريًا. وثانيها موضوعي والعبرة فيه بموضوع القرار بصرف النظر عن الهيئة التي أصدرته، فالقرار القضائي يقوم في نظر أصحاب هذا المعيار متى كان موضوعه حسم خصومه بين طرفين على مسألة قانونية، ويحوز قوة الأمر المحكوم فيه، وذهب المعيار الثالث إلى أن العبرة بما تكشف عنه مجموع نصوص القانون الذي أنشأ اللجنة، وما إذا كان المشرع يبغي إنشاء لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي أم يبغي إنشاء هيئة قضائية تصدر قرارات إدارية وهو معيار يراعي أيضًا وجود المعيارين السابقين ولا يغفل وجودهما.

ولقد أخذ مجلس الدولة المصري بشأن الأعمال الإدارية التي تصدر عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي بالمعيار الشكلي حيث اعتبرها بمثابة قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء حيث تبنى هذا المسلك في قوانينه المتعاقبة وحتى قانونه الحالي النافذ.

أما عن موقف المشرع المصري من الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة فقد استبعد في قانون مجلس الدولة عيب إساءة استعمال السلطة من أوجه عدم المشروعية التي تجيز الطعن في القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وذلك بموجب نص المادة ١٠ من قانون المجلس البند ثامنًا والذي ينص على "الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيبًا في الشكل أو

مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها." وقد لاقى هذا الموقف من المشرع تأييدًا من بعض الفقهاء الذين رأوا أن المشرع قد تعمد إغفال ذكر عيب إساءة استعمال السلطة في صدر القرارات التي تصدر عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي وذلك كما يقول اتجاه فقهي[١] بأن إساءة استعمال السلطة لا يتأتى إلا من الأفراد الموكل إليهم تنفيذ هذه السلطة، أما الاختصاص بالطعون في قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فهي خاصة بهيئات لها اختصاص قضائي مع أنها لجان إدارية.

أما موقف المشرع الأردني في قانون محكمة العدل العليا الملغى رقم ١١ لعام ١٩٨٩ فلم تكن محكمة العدل العليا آنذاك تختص بنظر هذا النوع من القرارات ولعل السبب وراء ذلك يعود إلى طبيعة هذه الأعمال فهي تصدر عن جهات إدارية ولذلك تعد وفقًا للمعيار الشكلي قرارات إدارية في حين أنها من الناحية الموضوعية تعد أحكامًا قضائية. إلا أن الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا وفقًا للمعيار الشكلي على أن هذه الأعمال تعد قرارات إدارية يجوز الطعن بها بالإلغاء ومن هنا حسم المشرع الأردني الأمر ونص صراحة على ذلك في قانون محكمة العدل العليا الملغى رقم ١٢ لعام ١٩٩٢ وكذلك نص في قانون القضاء الإداري الأردني النافذ حاليًا رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ على اختصاص المحكمة الإدارية بنظر هذه الطعون حيث نصت المادة ٨/أ/٥ (الطعون في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل)[٢].

واستنادًا لذلك فإن المحكمة الإدارية بموجب قانونها النافذ تختص بحسب نص المادة الخامسة بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات النهائية الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل[٣].

ونؤكد أن موقف المشرع الأردني قبل صدور قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ يرى أن هذا النوع من القرارات لا يمكن الطعن بها بالإلغاء بالنظر إلى مضمونها الذي يشبه مضمون أحكام المحاكم. إلا أن المشرع الأردني قد تدخل بنص صريح على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في مشروعية هذه القرارات من خلال قانون محكمة العدل العليا لسنة ١٩٩٢ الملغي وقد استمر على ذات النهج بقانون القضاء الإداري لسـنة ٢٠١٤.

(١) طبيلة، القطب، العمل القضائي، ج١، سنة ١٩٦٥، ص١٥٨.

(٢) القبيلات، الوجيز، ط٢، ص١٨٢.

(٣) انظر المادة الخامسة الفقرة أ البند الثامن من قانون القضاء الإداري الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤.

ونرى أن المشرع الأردني في هذا النص قد أفرد للطعون في قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقرة خاصة كون هذه الهيئات تصدر قرارات لتمارس اختصاصًا قضائيًا مانعًا كون هذه القرارات الصادرة عنها لا تعد قرارات إدارية بمعنى إفصاح الجهة الإدارية أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني بغية تحقيق الصالح العام، بل هي قرارات (ذات طبيعة قضائية) من ذات طبيعة الأحكام التي تنصرف آثارها وحجيتها لأطراف الخصومة التي فصل فيها القرار دون مساس بطبيعة الخصومة وأطرافها، لذلك حرص المشرع على خصها في فقرة خاصة صراحة للدلالة على تمييزها عن غيرها كون اختصاص المحكمة الإدارية يقتصر على الطعون في قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقط دون غيرها من الجهات الأخرى لذلك كان من الضروري التمييز بين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي والهيئات الإدارية الصرفة من جهة والهيئات ذات الاختصاص القضائي من جهة أخرى وهو ما أبديناه سابقًا.

ويشير اتجاه فقهي[1] إلى أن الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي تختلف عن الهيئات الإدارية الصرفة؛ من حيث موضوع نشاط كل منهما، فالنشاط الرئيسي للأولى يعتبر نشاطاً قضائياً في حين أن نشاط الهيئات الإدارية البحتة هو نشاط إداري. كما أن الأولى مشكلة في غالبيتها من عناصر غير قضائية ويصدر بتشكيلها قرار من الجهة الإدارية المختصة وتعتبر القرارات التي تصدرها قرارات إدارية تخضع للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري وليست أحكامًا قضائية. كما تختلف الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي عن الهيئات ذات الاختصاص القضائي حيث يقصد بالثانية كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية التي يحددها القانون، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري المصري والأردني.

ومن الملاحظات الجديرة بالذكر من خلال النص الوارد في قانون القضاء الأردني أن المشرع لم يحدد لنا ما إذا كانت الطعون في القرارات الإدارية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي يمكن أن تستند إلى جميع عيوب القرارات الإدارية العادية الواردة في قانون القضاء الحالي وذلك أسوة بما نص عليه المشرع المصري في قانون مجلس الدولة والذي استبعد عيب إساءة استعمال السلطة من أوجه عدم المشروعية التي تجيز الطعن في هذا النوع من القرارات.

ويرى الباحثان أن موقف المشرع الأردني جاء منسجمًا مع المعيار الشكلي الذي تبناه القضاء الإداري الأردني من اعتبار هذا النوع من القرارات قرارات إدارية تخضع للنظرية العامة للقرارات

(١) كنعان، القضاء، ط٤، ص١٥٣

الإدارية وبالتالي خضوعها لجميع أسباب الطعن الواردة في المادة ٧ من قانون القضاء الإداري بما فيها عيب إساءة استعمال السلطة، ذلك أن المشرع الأردني لو أراد استبعاد هذا العيب الأخير لنص على ذلك صراحة، الأمر الذي يؤكد أن النص يؤخذ على إطلاقه ويعد هذا اتجاه محمود للمشرع الأردني لبسط رقابة القضاء الإداري على أي عمل قانوني يعد من قبيل القرارات الإدارية وفي هذا حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم علاوة على خلق حالة من التوازن بين موقف المشرع والقضاء. وما يؤيد ذلك الأحكام القضائية التي لاحقت هذا النوع من القرارات الإدارية كما سنرى لاحقًا عند حديثنا عن موقف القضاء الإداري في الأردن من هذه المسألة.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإداري من الطعن على القرارات الإدارية ذات الصبغة القضائية بعيب إساءة استعمال السلطة ومن نظرية الغلو المرتبطة بركن الغاية في القرار

حقيقة الأمر أن عيب الانحراف بالسلطة لا يمكن الاستناد إليه للطعن في حكم إداري، فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي على الاتجاه، الذي حاول أن يجعل من هذا العيب سبباً للطعن بالنقض، في العديد من أحكامه اللاحقة وأول أحكامه في هذا الخصوص، حكمه الصادر في ٦ مارس سنة ١٩٥٣ في قضية (دالوز سنة ١٩٥٤، ص١٤٨) حيث جاء فيه أنه "لا يمكن الاستناد إلى عيب الانحراف بالسلطة توصلاً إلى الطعن بالنقض في حكم إداري".[١]

لقد رأى بعض الفقه بحق أن هذا القول من مجلس الدولة الفرنسي لا يمكن تبريره من الناحية النظرية المجردة، ولكن يمكن الدفاع عنه من الناحية العملية لأنه من العسير تصور استغلال القاضي لسلطته. ولكن هؤلاء الفقهاء يقررون مع ذلك أن هذا الاعتبار إذا صدق بالنسبة إلى المحاكم الإدارية بمعنى الكلمة والتي تتوافر فيها كافة الضمانات القضائية، فإنه يصبح محل شك بالنسبة إلى بعض المجالس الإدارية ذات الاختصاص القضائي، والتي لا تتوافر فيها ضمانات المحاكم، لاسيما إذا ما تعرضت للحكم على بعض النظراء أو المنافسين، فحينئذ يكون من الخطر إنكار هذا الوجه من أوجه الطعن[٢].

أما مجلس الدولة المصري فقد تطور قضاؤه في هذه المسألة وسلك مسلكًا مغايرًا لمجلس الدولة الفرنسي، ولقد أحسن صنعًا بذلك حيث أصبحت محاكم هذا المجلس تختص دون غيرها بالفصل في

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦ مارس سنة ١٩٥٣ في قضية (Abbé Giloteaux) مجموعة دالوز سنة ١٩٥٤، ص١٤٨، أشار إليه الطماوي، القضاء، (قضاء التأديب) ص ٧٢٣

(٢) الطماوي، نظرية التعسف، ص٣٥٥- ٣٥٦.

الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي، عملًا بنص البند ثامنًا من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة[1].

لقد ثار جدل فقهي حول جواز الطعن بالانحراف بالسلطة على قرارات هذه اللجان ولقد كان مرد هذا الخلاف إلى طبيعة هذه القرارات فهي قرارات يدخل في تشكيلها عناصر قضائية. والسبب الثاني هو أن قانون مجلس الدولة المصري لم يذكر عيب الانحراف بالسلطة كوجه للطعن على قرارات هذه اللجان، حيث جاء نص المادة العاشرة منه على النحو الآتي:

"الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيبًا في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها."

ولقد انقسم الفقه في شأن الطعن في هذا العيب أو استناداً إليه على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويرى أنصاره عدم جواز إلغاء قرارات هذه اللجان تأسيسًا على عيب الانحراف بالسلطة.

ونأخذ من هذا الاتجاه ما تفضل به الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي[2] حيث يرى سيادته أن الذين قالوا بجواز الطعن بقرارات هذه اللجان استنادًا إلى عيب الانحراف بالسلطة بأنهم لن يستمروا بذلك بعد صدور القرار الأخير بتنظيم مجلس الدولة، وذلك على أساس أن المشرع كان واضحاً كل الوضوح في تمييزه بين الطعون في القرارات النهائية من ناحية والطعون في قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي من ناحية أخرى. فلقد غاير بصريح العبارة في أوجه الطعن بالإلغاء التي يبنى عليها الطعن في كل نوع.

فإذا كان المشرع قد ذكر عيب الانحراف بالسلطة بالنسبة للطعون في القرارات النهائية، فإنه لم يذكره بالنسبة للطعون في قرارات هذه اللجان، ولقد قصد المشرع بذلك أن يغاير في الحكم بينهما، ولو أنه أراد أن يسوى بينهما، لما كان في حاجة إلى أن ينص على "مرجع الطعن في الحالة الأولى- القرارات النهائية- ليعود بعد قليل وينص على "مرجع الطعن" في الحالة الثانية- قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي... وكل ذلك في نفس المادة ونفس الموضع.

---

(١) مادة رقم ١٠ فقرة ٨ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) فهمي، القضاء الإداري، ط٤، ص٧٤٥.

ومفاد ما تحدث به الدكتور مصطفى أبو زيد أن المشرع فرق في الحكم بين قرارات اللجان ذات الاختصاص القضائي والقرارات النهائية، وتوصل من ذلك إلى أنه إذا كان من الجائز الطعن على القرارات النهائية استنادًا لعيب الانحراف بالسلطة فإن ذلك لا يسرى على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

كما أن أنصار هذا الاتجاه قد احتكموا إلى قانون مجلس الدولة كذلك من ناحية أخرى، حيث يرى هذا الاتجاه أن هذا المجلس لم يرد بنصوصه ما يفيد جواز الطعن للانحراف بالسلطة على قرارات تلك اللجان، حيث أن المشرع كان على علم تام بهذه المشكلة قبل إصدار قانون مجلس الدولة، وحيث أنه لم ينص على جواز الطعن على تلك القرارات استناداً إلى عيب الانحراف بالسلطة، فإنه قد حسم الأمر برفض أن يكون الانحراف بالسلطة وجهاً للطعن على تلك القرارات، ولا اجتهاد مع صراحة النص[١].

وهناك من هذا الاتجاه أيضًا من استند إلى الأعمال التحضيرية لقانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٩ وذلك لأن إغفال ذكر عيب الانحراف بالسلطة في صدد هذه القرارات كان متعمدًا، فقد ذكر وزير العدل وأثناء مناقشة مشروع القانون في البرلمان أن "إساءة استعمال السلطة... لا يتأتى إلا من الأفراد الموكل إليهم تنفيذ هذه السلطة كالوزراء ومديري المصالح ومن إليهم، أما هذه المادة فهي خاصة بهيئات لها اختصاص قضائي مع أنها لجان إدارية... وإذا قلنا إن هذه اللجان قد تسيء استعمال السلطة، كان هذا نصاً غير مفهوم بل غير ذي موضوع[٢].

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الفقهي الغالب والذي يجيز الطعن على قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي استناداً إلى عيب الانحراف بالسلطة وقد ساق هذا الاتجاه العديد من المبررات، كان أولها: ما تتمتع به هذه الجهات من سلطة تقديرية يكون من الممكن معها تصور وقوع عيب الانحراف بالسلطة.

كما استند هذا الاتجاه إلى ذات النص التشريعي الذي استند إليه الاتجاه المعارض ولكن بطريقة مختلفة، حيث يرى هذا الاتجاه أنه لا يصح الاستناد إلى عدم النص على هذا العيب صراحة لتبرير عدم جواز الطعن على قرارات تلك اللجان، حيث إن الطعن بالانحراف بالسلطة في هذه الحالة ليس إلا تطبيقًا للاختصاص العام لمجلس الدولة بشأن الطعون في القرارات النهائية، وقد ذكرت الفقرة قبل

---

(١) جمال الدين، الدعاوي الإدارية، دعوى الإلغاء سنة ١٩٩١، ص٣٦٤.

(٢) طبيلة، العمل القضائي، مرجع سابق، ص١٥٨، أشار إليه الدكتور/خليفة، الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص١٣٤.

الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة أنواعاً هذه العيوب وكان من بينها الانحراف بالسلطة[١].

ويرى هذا الاتجاه أن القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وعلى الرغم من تشكيل هذه الهيئات من عناصر تمثل قمة الجهاز الإداري في أغلب الأحيان بالإضافة إلى ما فيها من تمثيل قضائي، ورغم أن إجراءات هذه الهيئات لا تختلف كثيرًا عن إجراءات المحاكم التأديبية، فإن قراراتها تبقى إدارية ويجوز الطعن عليها بالانحراف بالسلطة، لأن هذه الجهات ليست محاكم بالمعنى الصحيح ولا تتقيد بإجراءات التقاضي العادية ولا يتوفر لدى أعضائها ضمانات القضاء، كما أنه قد يكون لها أحياناً سلطة تقديرية، ومن ثم فإن احتمال التعسف والانحراف قائم وإن كان نادر الوقوع، وترتيبًا على ذلك فإن قراراتها تعتبر قرارات إدارية ينطبق عليها نص المادة العاشرة، البند الخامس من قانون مجلس الدولة[٢].

وهناك من هذا الاتجاه من يضيف أن الانحراف بالسلطة في مثل هذه الحالة غير مستبعد، حيث يضعف التشكيل وتقل الضمانات، ومن البعيد جدًا أن يقال عن هيئات هذا وضعها أنها هيئات قضائية، ولو افترضنا أن هذه الهيئات تتوافر فيها ضمانات التشكيل والإجراءات، فإن الانحراف بالسلطة وإن كان مستبعداً فيها إلا أنه ليس عديم الحدوث كون الانحراف ملازماً للطبيعة البشرية[٣].

كما أن جانبًا من هذا الفقه المؤيد لجواز الطعن بالانحراف بالسلطة على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي. يستند لاعتبارات عملية لأن ما يصدر عن تلك اللجان لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً وفقاً للمعيار الشكلي في التمييز ما بين العمل القضائي والعمل الإداري، والذي يكون العمل بموجبه إدارياً إذا كان صادراً عن إحدى الهيئات الإدارية وفقاً لأشكال وإجراءات إصدار الأعمال الإدارية. وهذا ينطبق على القرارات التي تصدر عن اللجان المذكورة. ومن ثم تخضع قراراتها لكل ما تخضع له سائر القرارات الإدارية من أوجه الطعن ومن بينها عيب الانحراف في استعمال السلطة. كما أن تشكيل تلك اللجان الذي يغلب عليه العنصر الإداري يجعلها تفتقد إلى الاستقلال والحيدة، مما يؤثر في قراراتها التي قد يشوبها الانحراف بالسلطة. لذلك فإن مقتضيات

(١) حافظ، القضاء الإداري، ص٤٥٢.

(٢) الطماوي، القضاء الإداري، ص٢٤٠.

(٣) أبو العينين، الانحراف التشريعي، ص٣٥٨.

العدالة توجب إخضاع تلك القرارات للطعن عليها بالانحراف بالسلطة كونه العيب الذي يواجه عنت الإدارة وتعسفها[١].

كما أن هناك جانباً آخر من هذا الفقه الذي يجيز الطعن بالانحراف بالسلطة على قرارات هذه اللجان من يستند إلى تفسير ذات النص التشريعي ولكن بطريقة مغايرة للفقه المعارض لهذه الإجازة، حيث يتوسع هذا الاتجاه بتفسيره للنص التشريعي ويرى أن عدم النص على عيب الانحراف بالسلطة كوسيلة من وسائل الطعن في قرارات تلك اللجان ليس معناه عدم إمكان الاستناد إليه للطعن في القرارات المذكورة، وإنما يرجع عدم النص إلى أن هذا العيب نادر الحدوث وصعب التبرير في حالة السلطة المقيدة، واختصاص هذه اللجان هو اختصاص مقيد أصلاً، لأن مهمتها تطبيق القانون. وحيث يكون لهذه اللجان نصيب من السلطة التقديرية، فإنه عندئذ يمكن تصور عيب الانحراف بالسلطة، وإذا وجد فعلاً فإنه يكون مبرراً لإلغاء القرار الذي صدر معيباً به[٢].

وفي تقديرنا للخلاف الفقهي فنرى وعلى الرغم من أن حجج الاتجاه الأول والذي يرفض ويرى عدم جواز الطعن بهذا العيب على قرارات هذه اللجان هي أقوى برهاناً وأكثر حكمة وتفصيلاً ودقة من مبررات الاتجاه الذي يجيز الطعن بهذا العيب على قرارات هذه اللجان، ويرى الباحثان أنه من الضروري مسايرة الاتجاه الثاني وتأييده فيما ذهب إليه في جواز الطعن بهذا العيب على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي وما طرحه من مبررات تكاد تكون منطقية على الرغم من احتماليتها في المضمون مضيفاً إليها أن في إخضاع تلك القرارات للطعن عليها بالانحراف بالسلطة من شأنه توسيع نطاق الرقابة القضائية عليها وهذا التوسيع هو هدف أساسي من أهداف هذا البحث، لما له من عظيم الأثر في حماية حقوق الأفراد من انحراف الإدارة بسلطتها، لأنه من مصلحة الأفراد توسيع نطاق الرقابة على قرارات الإدارة لا تضييقها، وإذا أضفنا إلى كل ما سبق أن ما يصدر عن تلك اللجان قرارات وليست أحكاماً طبقاً للمعيار الشكلي؛ ذلك لأن القول بعدم خضوع تلك القرارات للطعن عليها بالانحراف في السلطة يكون قد فقد سنده، ويتنافر مع ما جرى عليه العمل الإداري، ويترتب عليه الإضرار بالأفراد الذين قد يصيبهم عسف وانحراف تلك الهيئات في استعمال سلطتها أو لا يكون أمامهم ملاذاً حيث أغلق باب الطعن بالانحراف أمامهم على الرغم من ظهور هذا العيب بشكل سافر في القرار، كما أننا نتفق مع الاتجاه الثاني في أن هذه اللجان ليست محاكم بالمعنى الدقيق، حيث لا

(١) خليفة، الانحراف، مرجع سابق، ص١٣٨.

(٢) ليلة، الرقابة القضائية، ص٤٣١.

يتوافر فيها ضمانات الحيدة والاستقلال لما تختلف فيه بالنظر إلى طبيعة تشكيلها والإجراءات التي تتبع أمامها، الأمر الذي قد يتصور وقوع عيب الانحراف بالسلطة عند ممارسة هذه اللجان لأعمالها.

وغني عن القول أن الباحثين لم يجدا أي خلاف فقهي أردني حول قبول الطعن على قرارات الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي بعيب إساءة استعمال السلطة وهذا يؤكد اتفاق الفقه حول رؤية المشرع بإخضاع مثل هذه القرارات لجميع أوجه الطعن دون استثناء[1]

وتجدر الإشارة على أنه وبالرغم من اتفاق عدد كبير من الفقهاء على أن مسألة الغلو من المسائل المتصلة بعيب إساءة استعمال السلطة إلا إن الخلاف قد وقع بينهم حول طبيعة هذه الصلة وكذلك حول تحديد العيب المشوب بالغلو.

ولقد قام هناك خلاف فقهي مصري حول تحديد عيب القرار الإداري المشوب بالغلو، مع ملاحظة أن هذا العيب يتصل بالمشروعية الداخلية للقرار الإداري، فمن الطبيعي استبعاد عيبي الشكل والاختصاص، ومن ثم تبقى أحد عيوب السبب أو المحل أو الغاية وجهاً لإلغاء القرار المشوب بالغلو، حيث انقسم الفقه حول ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، ونحن هنا لسنا بصدد الحديث عن نظرية الغلو ومبدأ التناسب ولكن كان لابد من التعرض ولو باليسير للآراء الفقهية التي تحدثت في هذا المجال.

الاتجاه الأول: يرى أن الغلو يتصل بعيب الانحراف بالسلطة، وهذا الاتجاه يمثله عدد كبير من الفقهاء وعلى الرغم من اتفاقهم على ذلك إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة هذه الصلة، فرأي منهم يرى أن استعمال المحاكم لكلمة الغلو هو بديل لاستعمال التعسف أو الانحراف[2]، على اعتبار أن السلطة تمارس اختصاصاً تقديرياً لا مقيداً.

والرأي الثاني من هذا الاتجاه يتجه إلى الربط بين الملاءمة في القرار الإداري والتناسب بين سبب القرار ومحله، وعلى ذلك فليس للقاضي أن يبحث في أهمية الذنب وأهمية الجزاء في القرارات التأديبية، إلا إذا كان يملك في الأصل الرقابة على الملائمة ذاتها، أي أن هذا الرأي يرى أن الغلو يعد قرينة على عيب الانحراف بالسلطة في حالة إذا لم يحقق هذا القرار حسن سير المرافق العامة ومقتضيات المصلحة العامة.

---

(١) لمزيد من الاطلاع أنظر كنعان، القضاء، مرجع سابق، ص١٥١-١٥٦، قبيلات، الوجيز، مرجع سابق، ص١٨٢-١٨٧، الخلايلة، القضاء، مرجع سابق، ص١٢٣٣-١٢٤

(٢) الطماوي، القضاء الإداري، ص٧٢٩ وما بعدها، وكذلك راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٥ق، في ١٩٩٠/٢/١٧. محب مجدي، موسوعة الأحكام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص١٢٣٣.

الاتجاه الثاني: يرى أن الغلو يتصل بعنصر السبب، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه[١] أن الرقابة على الغلو في تقدير الجزاء لا يندرج في عيب الانحراف وإنما هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، حيث يرى هذا الاتجاه أن المحكمة الإدارية العليا قد طبقت نظريتها في الغلو على سائر صور الجزاءات التأديبية، حتى ما صدر منها من المحاكم التأديبية بينما يتعذر نسبة عيب الانحراف بالسلطة إلى أحكام هذه المحاكم في ضوء غلبة العنصر القضائي في تشكيلها، وعلى ذلك يخلص هذا الاتجاه إلى القول بأننا بصدد قاعدة قانونية من صنع القضاء الإداري نفسه استناداً إلى دوره الإنشائي ومقتضاها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي ألا يشوب تقديره غلو.

الاتجاه الثالث: يرى أن الغلو يتصل بعنصر المحل (عيب مخالفة القانون)، فالغلو لديهم لا يخلو أن يخرج عن أحد أمرين، فإما أن يبنى الإلغاء على أساس من مخالفة القرار للقانون أو على أساس إساءة استعمال السلطة وحيث يتعذر نسبة عيب إساءة استعمال السلطة إلى المحاكم التأديبية أو إلى مجالس التأديب، فالرأي الراجح لديهم أن إلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون في روحه ومعناه، باعتبار أن المشرع وقد نص على عدد من الجزاءات وليس على جزاء واحد إنما قصد إلى أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب صدقاً المخالفة المرتكبة[٢].

أما عن رأي الباحثين في هذا الخلاف فإننا نؤيد الرأي الذي تحدث به الدكتور سامي جمال الدين[٣]، حيث فسر أحكام القضاء الإداري الخاصة بالغلو بأنها لا تتصل بأي من عنصر السبب والمحل، بقدر ما تتصل بعنصر الغاية، ولكنها لا تعني أن الغلو هو بذاته الانحراف بالسلطة، وإنما هو فقط وسيلة لإثبات عيب الغاية كقرينة على إساءة استعمال السلطة، إلا أنه لا يتفق في الوقت ذاته مع هذا المسلك من جانب القضاء الإداري، إذ يتعين عليه التزام الدقة في استخدام الاصطلاحات والالتجاء إلى الأسس القانونية الصحيحة، كما أننا نرى أن بسط الرقابة على الأحكام التي يكون فيها غلو هو نوع من أنواع توسيع حدود الرقابة وهي الفكرة التي نتبناها عندما يثور أي خلاف، وهدفنا من ذلك أن التأديب يجب أن يضع في اعتباره فاعلية الإدارة مع عدم إهدار مقتضيات الضمان مما يزيد من حماية حقوق وحريات الأفراد.

---

(١) راجع عبد العال، فكرة السبب، ص١٨٤-١٨٩، البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٤٠-٤٤٢، كذلك راجع حكم مهم وهو حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٥ق، تاريخ ١٩٩٠/٥/١٩. محب، مجدي، موسوعة الأحكام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٥٢٢.

(٢) حسن التأديب، ص٢٨٢.

(٣) جمال الدين، الوسيط، مرجع سابق، ص٦٤٠.

ومنطق الضمان مبدأ تتطلبه ضرورات مبدأ المشروعية والالتزام بأحكام القانون لما فيه من مراعاة ضمانات للموظف العام تحول دون التعسف أو المغالاة في الجزاء أو مخالفة القانون حيث يرى البعض تغليب الطابع القضائي للتأديب لما يتميز به القضاء من حياد واستقلالية يكفلان حماية الموظف العام في مواجهة الإدارة بسلطاتها الكبيرة والمتزايدة[1].

وعلى الرغم من اختلاف الفقه المصري بين مؤيد ومعارض لقضاء المحكمة الإدارية العليا، إلا أن أحكام القضاء الإداري اضطرت إلى الأخذ بنظرية الغلو.

المبحث الثالث: القضاء الإداري وموقفه من إمكانية الطعن على القرارات الإدارية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي بعيب إساءة استعمال السلطة والغلو باعتباره قرينة على الانحراف

لقد جاءت أحكام محاكم مجلس الدولة المصري قاطعة حول هذا الجدل الفقهي وانتهت كما سنرى من خلال محكمة القضاء الإداري ومن خلال المحكمة الإدارية العليا إلى حسم هذا الجدل والنزاع لصالح جواز الطعن على قرارات هذه اللجان بالانحراف بالسلطة، كما أن القضاء الإداري في مصر قد حسم منذ نشأته موضوع تكييف هذه القرارات الصادرة عن اللجان المذكورة بأنها قرارات إدارية، ولقد تبنى المشرع المصري هذا التكييف في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة.

لذلك وعطفاً على ما تقدم من تبريرات فقهية فقد قررت محكمة القضاء الإداري جواز الطعن بالانحراف بالسلطة على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي ويستنتج ذلك من أحد أحكامها والذي كان موضوعه الطعن على أحد تلك القرارات حيث انتهت بعد بحث عيب الانحراف بالسلطة إلى عدم توافره في القرار المطعون فيه، وهذا يعتبر تسليماً منها بأنه من الممكن قانوناً تحقق عيب الانحراف بالسلطة في القرارات الصادرة عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وأنه من الجائز الاستناد إليه لإلغائها[2].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على معيار التمييز بين الهيئات القضائية واللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في حكم لها بقولها "تتميز الهيئات القضائية عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي- لا تعد اللجنة من الهيئات القضائية إذا افتقدت القواعد الأصولية التي

(١) رسلان، وجيز، ط٣، ص٦٢٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٥٠/٥/٧، المجموعة السنة الرابعة، ص٣١٠. أشار إليه الدكتور خليفة، عبد العزيز، عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص١٣٧.

تهيمن على التشكيلات القضائية، كأن يغلب على تشكيلها الطابع الإداري، وألا يكون تشكيلها وترا، وألا يتلاقى طرفا الخصومة أمامها، كأن يكون من يدعى لإبداء دفاعه أمامها هو أحد الخصوم دون الآخر– ما يصدر عن مثل هذه اللجنة هو قرار إداري صادر عن لجنة أو هيئة إدارية لها اختصاص قضائي، يقبل الطعن فيه أمام محاكم مجلس الدولة– إسباغ المحكمة الدستورية العليا وصف (هيئة ذات اختصاص قضائي) على إحدى اللجان؛ وصولا إلى مباشرة ولايتها في بحث دستورية ما يحال إليها من هذه اللجنة، لا يعني أن قراراتها تعد أحكاما قضائية، مما تنحسر عنه بالتالي ولاية محاكم مجلس الدولة.(١)

وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن "قرارات مجلس تأديب الطلاب هي قرارات إدارية صادرة عن جهة إدارية ذات اختصاص قضائي ينعقد الاختصاص بالفصل في الطعون المقامة بطلب إلغائها لمحكمة القضاء الإداري وليس المحكمة الإدارية العليا عملًا بنص الفقرة الثامنة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة"(٢).

كما جاءت المحكمة الإدارية العليا مؤيدةً للاتجاه الذي يرى جواز الطعن بعيب الانحراف بالسلطة على قرارات هذه اللجان حين قضت "بأن المشرع إذا لم يذكر عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها... إنما سكت عن ذكر هذا العيب لمجرد استبعاد وقوعه في قرارات تلك الجهات بحكم أنها قرارات ذات طبيعة قضائية، أو لصعوبة تصوره منفصلاً عن عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون، وعلى هذا الأساس فإنه لا حجة من القول بأن عيب الانحراف ليس من العيوب التي يجوز الاستناد إليها في مهاجمة قرارات الجهات ذات الاختصاص القضائي"(٣).

وهذا ما أخذت به محكمة العدل العليا السابقة في حكم لها بقولها "... إن قرارات الهيئات المختصة بتسوية المنازعات التقاعدية _ووفقًا لما استقر عليه اجتهاد الفقه والقضاء_ هي قرارات لها

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ٥ من مارس سنة ١٩٩٨ الطعن رقم ٣٦٧٥ لسنة ٤٠ القضائية (عليا) https://www.elmodawanaeg.com/

(٢) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢٧. موسوعة أحكام محكمة الإدارية العليا المصرية في خمسين عامًا (١٩٥٥-٢٠٠٥)،٥ أجزاء، دار محمود للنشر والتوزيع، إعداد الدكتور مجدي محمود محب حافظ، الجزء الرابع، ص٢٠٥٣.

(٣) المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٤٦ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٧١/٤/١٧، المجموعة عن السنة ١٥ سنة من١٩٦٥-١٩٨٠، بند٨٣، ص١٥٢. أشار إليه كذلك الطماوي، قضاء الإلغاء، ١٩٩٦، مرجع سابق، ص٢٢٠.

صفة القرارات القضائية وأن الجهة التي أصدرتها لا تملك أن تعيد النظر فيها بعد اكتسابها الدرجة القطعية لأنها بذلك تكون قد حازت على قوة الشيء المحكوم فيه..."[١]

كما اعترفت المحكمة الإدارية الأردنية لنفسها في حكم حديث نسبيًا لها بالاختصاص بالنظر بالطعون بقرارات لجان التقاعد رغم صبغتها القضائية حيث قضت "تختص المحكمة الإدارية بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي وذلك سندًا لنص المادة (٥/أ/٨) من قانون القضاء الإداري"[٢].

كما قضت في حكم آخر "تعد لجنة التقاعد العسكري جهة إدارية ذات اختصاص قضائي ترفع ولايتها عن القرار بمجرد إصدارها له بعد توقيعه من الأعضاء..."[٣].

ولقد تأثرت محكمة العدل العليا السابقة بأحكام القضاء الإداري المصري، في مفهوم القرارات التأديبية وذلك من خلال تطور قضائها في هذا المجال وخاصة في حالة رقابة هذه المحكمة على ملاءمة الجزاء التأديبي (قضاء الغلو).

ولقد نص قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ الملغى في المادة رقم ٩ الفقرة (أ) في البند رقم (١١) أن هذه المحكمة تختص "في الطعن في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل".

كما نصت ذات المادة من ذات الفقرة في البند رقم (٤) أن هذه المحكمة تختص في "طلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من قبل السلطات التأديبية".

كما أن المادة ١٤٧ من نظام الخدمة المدنية رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ قد نصت في الفقرة (أ) بأن "يؤلف مجلس تأديبي لاتخاذ الإجراءات التأديبية بحق موظفي الفئات الأولى والثانية والثالثة برئاسة أمين عام وزارة العدل وعضوية كل من:

١- أمين عام الديوان.

٢- مستشار من ديوان التشريع والرأي يسميه رئيس ديوان التشريع والرأي."

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية، قرارها رقم ٨٢/١٣٥، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، ص٣٣٥.

(٢) المحكمة الإدارية، الحكم رقم ٢٤١ لسنة ٢٠١٤، تاريخ ٢٠-٥-٢٠١٥، قسطاس.

(٣) المحكمة الإدارية، الحكم رقم ٣٥٦ لسنة ٢٠١٦، تاريخ ٢١-١١-٢٠١٦، قسطاس.

وفي الفقرة (ه/١) "تطبق على كل من رئيس وأعضاء (المجلس التأديبي) أحكام رد القضاة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات...".

فبعد أن كانت محكمة العدل العليا السابقة لا تأخذ بالرقابة على ملائمة الجزاء التأديبي، فلقد تطور قضاؤها حديثاً وأصبحت تأخذ بهذه الرقابة وهي بهذا التحديث قد سايرت مجلس الدولة الفرنسي والمصري في فرض ولايتها على الطعون في القرارات التأديبية وتحاول التوسع في نطاق هذه الولاية.

ومما تقدم نلاحظ أن أحكام هذه المحكمة الحديثة نسبياً تقرر مبدأ الرقابة على تقرير مقدار العقوبة الجزائية بالنسبة للموظفين وقد استقر اجتهادها على ذلك فقد قررت: "أنه وإن كان للسلطة المختصة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مشروعية هذه السلطة التي هي سلطة تقديرية، هو أن لا يشوب استعمال هذه السلطة غلو في إيقاع العقوبة، إذ يجب أن يكون هناك ملائمة بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ولمحكمة العدل العليا الحق في مراقبة مقدار العقوبة وما إذا كانت تتلاءم والذنب الذي اقترفه الموظف"[١].

وطالما أنه لا يوجد غلو في تقدير الجزاء أو العقوبة التأديبية فإن المحكمة تسلم بصحة القرار، فقد قضت: "أن المحكمة التأديبية تستقل بتقدير العقوبة الملائمة للذنب المقترف ولا سبيل للتدخل في ذلك طالما أن العقوبة المفروضة تتناسب وجسامة الذنب المنسوب للمستدعى، وتدخل في الحدود القانونية المنصوص عليها في تعليمات الإجراءات التأديبية[٢].

أما إذا كان هناك غلو في تقدير العقوبة التي تفرضها السلطة التأديبية على الموظف فإن المحكمة تتصدى لرقابة ملائمة قرار سلطة التأديب من حيث مقدار الجزاء الذي يرتبه، فقد قررت المحكمة: ".... للسلطة التأديبية صلاحية تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مشروعية هذه السلطة التقديرية رهن بألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه القانون من التأديب، وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على قسوة شديدة أو الإفراط المسرف في الشفقة فكل

(١) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (٧٩/٨٥)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (٥) لسنة ١٩٨٠ص٦٠٨، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها محكمة عدل عليا المنشور في نقابة المحامين الأردنيين خلال ٣٥ سنة (١٩٥٣-١٩٨٧) جزأين، اعداد المحامي الأعرج، موسى، ص٥٥٦.

(٢) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (٨٦/٤٣)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العد (٥، ٦) لسنة ١٩٨٧، ص ٨٦٧، مجموعة المبادئ للمحامي: الأعرج، موسى، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٧٩٠.

من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق ويتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب، وعليه فإذا كان الجزاء مشوباً بالغلو فيخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة محكمة العدل العليا"[1].

وبالتأسيس على ما سبق يعد القرار الذي يوقع عقوبة تأديبية لا تتناسب مع جسامة الأفعال المنسوبة للموظف غير مشروع، ولم تتردد محكمة العدل العليا عن إلغاء هذه الطائفة من القرارات التأديبية، فقد قضت "وحيث إن قرار العزل الذي استند إليه معالي الوزير كان هو لسبب تكرار تأخر المستدعي عن الدوام الرسمي وعدم توقعه على دفتر الدوام لتأخره عن الساعة المحددة لموعد هذا الدوام المقرر، فإننا لدى الرجوع إلى ملف المستدعي نجد أن الأيام التي تغيب فيها عن الدوام الرسمي في المدة التي قضاها في الوظيفة وهي تسع سنوات لا تتجاوز الأربعة أو الخمسة أيام، وكذلك تأخره عدة دقائق عن الموعد الذي يجب أن يصل فيه إلى الدائرة صباحاً في بعض الأيام التي لا تزيد عن الثلاثة، وحيث أنه وإن كان للسلطة المختصة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء إلا أن مشروعية هذه السلطة وهي سلطة تقديرية هو ألا يشوب استخدام هذه السلطة غلو في إيقاع العقوبة إذ يجب أن يكون هناك ملائمة بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وحيث أن لمحكمتنا الحق في أن تراقب مقدار العقوبة ما إذا كانت هذه العقوبة تتلاءم والذنب الذي اقترفه الموظف فإننا استناداً لذلك نرى أن العقوبة التي فرضت على المستدعي وهو عزله والاستغناء عن خدماته لا تتلاءم والذنب الذي نسب إليه؛ ذلك أن عقوبة العزل من الوظيفة هي بداية عقوبة قاسية لا يجوز تطبيقها إلا إذا كان الذنب الموجه للموظف ذنباً خطيراً يجعل بقائه في الخدمة مضر بالمصلحة العامة، وحيث أن الذنب الذي نسب للمستدعي ليس من الخطورة في شيء فإن محكمتنا بناء على ذلك تقرر إلغاء قرار عزل المستدعي المطعون به"[2].

---

(١) حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم (٨٥/٧٤)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١-٣ لسنة ١٩٨٦، (سبق الإشارة إليه) ص٣، وبنفس المعنى انظر حكمها في القضية رقم (٨٦/٣١) نفس المجلة العدد ٣-٤ لسنة ١٩٨٧، ص٥٠٠، وكذلك حكمها رقم (٨٠/٧٨) نفس المجلة العدد ٧ لسنة ١٩٨١، ص١٢٥٧. مجموعة المبادئ للمحامي الأعرج، موسى، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص (١٠٤٢، ١٠٩٠، ٨٤٤).

(٢) محكمة العدل العليا حكمها رقم (٨٥٥/ ٧٩) الصادر في ١٩٨٠/٦/٢٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٥ لسنة ١٩٨٠، ص٦٠٨، مجموعة المبادئ للمحامي الأعرج، موسى، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٨٠١، وحكمها في ١٩٩٢/١١/٢٥، نفس المجلة، ١٩٩٣، ص١٠٩، وكذلك حكمها في١٩٩٢/١١/١٠، نفس المجلة لعام ١٩٩٣، ص١١٢. وكذلك انظر قرارها رقم (٢٠٠٦/١٣) (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٦/٢/٢١، منشورات مركز عدالة، مرجع سابق، بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١٩، وكذلك حكمها رقم (١٩٩٧/٩٤) (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٧/٧/١٦، المنشور على الصفحة ٦٩٠ من عدد المجلة القضائية بتاريخ ١٩٩٧/١/١. منشورات مركز عدالة، مرجع سابق، بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٩.

ونلاحظ أن عدم المشروعية في هذه الحالة تتمثل في عدم التناسب بين جسامة الأفعال المنسوبة للموظف وبين نوع ومقدار الجزاء التأديبي.

لكل ما تقدم وبعد استقراء بعض أحكام محكمة العدل العليا الأردنية كان من المهم أن نشير إلى أنه يحمد لهذه المحكمة بسط رقابتها على الملاءمة بين جسامة الفعل ومقدار الجزاء، وأنها حرصت على أن توضح أنها ما تزال تعمل في نطاق المشروعية وأنها ترى أن الجزاء المشوب بالغلو يجعل القرار الإداري غير مشروع، ولما كانت أوجه المشروعية معروفة وليس بينها عيب اسمه الغلو، ولما كان قرار السلطة يتسم بسلطة التقدير فإن اصطلاح الغلو برأينا وقياساً على ما تحدثت به بعض أحكام مجلس الدولة المصري وعلى حد قول أغلب فقهاء القانون الإداري في مصر الذي استعملته محكمة العدل العليا، لا يعني إلا أنه عيب الانحراف بالسلطة.

ولعلنا نستند في ذلك إلى بعض أحكام هذه المحكمة حيث قضت في حكم لها "أن إدانة المستدعي بالإهمال واللامبالاة، وعدم إيضاح الموقف بشكل كاف للموكل والتقاعس عن إقامة الدعوى الموكل بإقامتها ومعاقبته من قبل مجلس نقابة المحامين، بمنعه من مزاولة المهنة مدة ثلاثة أشهر فيه غلو يشوبها بعيب إساءة استعمال السلطة بعدم الملائمة بينها وبين الذنب المرتكب"(١).

وكذلك حكمها الذي قضت فيه "لمجلس نقابة المحامين كسلطة تأديبية سلطة تقديرية بفرض العقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات المنصوص عليها في المادة ٦٣ المعدلة من قانون نقابة المحامين شريطة أن لا يتعسف باستعمال صلاحياته بإيقاعها"(٢).

كما أنه يجب التنويه أن هذه المحكمة قد نصت على أن اصطلاح السلطة التأديبية يختلف عن اصطلاح المجالس التأديبية فقد قضت "أن مدلول عبارة المجالس التأديبية، يختلف عن مدلول عبارة (السلطات التأديبية) إذ أن رئيس الجامعة كسلطة تأديبية تشمله عبارة (السلطات التأديبية) ولكنه لا يدخل ضمن عبارة (المجال التأديبية)..." (٣).

---

(١) محكمة العدل العليا رقم (٩٢/٦٨)، ص١٦٠٧، سنة ١٩٩٢، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين من (١٩٨٨-١٩٩٢) إعداد المكتب الفني، ١٩٩٢/٧/١٩، ص٥٨.

(٢) محكمة العدل العليا رقم (٩٢/١٠٩)، ص١٦٢٦، سنة ١٩٩٢، نفس المجموعة السابقة في ١٩٩٢/٩/٢٩، ص١٢٩.

(٣) محكمة العدل العليا رقم (٩١/٥٨)، ص١٦٢٩، لسنة ١٩٩٢، نفس المجموعة السابقة في١٩٩١/١٢/٣١، ص١٩٢.

على أنه من المهم أن نذكر أن هذه المحكمة في قانونها الملغى رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ قد اختصت بنظر الطعون سواء أكانت صادرة من سلطة تأديبية أو عن مجلس تأديبي، وفي هذا تطور لهذه المحكمة، حيث إنها في قانونها المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ لم تكن تختص في نظر الطعون في القرارات الصادة من السلطات التأديبية بل كانت تختص فقط في القرارات الصادرة عن المجالس التأديبية(١).

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا الأردنية كدرجة ثانية والتي انشئت بموجب قانون القضاء الإداري النافذ حاليًا بقولها "حيث إن لجنة التقاعد العسكري هي لجنة ذات جهة قضائية تنتهي مهمتها بصدور قرار في الموضوع وبالتالي لا تملك أن تعيد النظر فيه بعد ذلك لأنها لم تعد صاحبة ولاية في ذلك..."(٢)

ونرى من خلال هذه الأحكام أن القضاء الإداري في الأردن قد استقر على أن هذا النوع من القرارات لا تملك جهة إصداره سحبها ولو كانت باطلة أي أنه بمجرد إصدار هذه الهيئات لتلك القرارات تستنفذ ولايتها ولا يكون الطعن في قراراتها إلا بالطريق الذي نظمه المشرع.

وتأكيداً لذلك فقد تعددت أوجه إلغاء القرارات الإدارية فإذا شاب تلك القرارات أي عيب من عيوب الإلغاء فإن القضاء سوف يلغيها، وتطبيقاً لنص المادة (٧) من قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤، فإن أوجه إلغاء القرارات الإدارية التأديبية قد جاءت على النحو الآتي:

- عيب الاختصاص.
- مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها
- اقتران القرار أو إجراءات إصداره بعيب في الشكل
- إساءة استعمال السلطة.
- عيب السبب

(١) راجع في ذلك قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩، المادة التاسعة، الفقرة (أ)، بالمقارنة مع قانونه الحالي رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤، رقم(٥/أ/٨)، وكذلك انظر الفليت، الانحراف، ص٨٣

(٢) الحكم رقم ١٩٥ لسنة ٢٠١٦، المحكمة الإدارية العليا، تاريخ١٣-٧-٢٠١٦، قسطاس.

وهذه الأوجه في مجملها تمثل الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإلغاء بحيث يستطيع الموظف أن يطلب بالاستناد إلى أي وجه من أوجه الإلغاء السابقة إبطال القرار التأديبي إذا ما ثبت وجوده فعلاً[١]. ومنها القرارات الإدارية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي.

الأمر الذي يترتب عليه أن ولاية المحكمة الإدارية على هذه المنازعات الإدارية المحددة على سبيل المثال، ومن هنا فإننا نأمل أن يسجل المشرع خطوة جريئة ومتقدمة نحو تقدير الولاية العامة للمحكمة الإدارية بنظر سائر المنازعات الإدارية وبخاصة أنه أوجدها لتنظر في مثل هذه المنازعات، ونأمل أن يحذو مشرعنا الكريم حذو مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري في ذلك.

لكننا قبل أن ننهي هذا المبحث كان من الأهمية بمكان أن نعرض لموضوع هام أثار جدلاً فقهياً واسعاً وهو موضوع كان من ابتداع المحكمة الإدارية العليا المصرية، حيث إن هذه المحكمة إضافة إلى ما رددته من إجازتها الطعن استناداً إلى عيب الانحراف بالسلطة على قرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، فإنها فعلت نفس الشيء بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية.

حيث ذهبت هذه المحكمة إلى أنه "ولئن كانت للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية تلك السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية، خشية التعرض لهذه القسوة المفرطة في الشدة"[٢].

ويرى جمهور الفقه بأن المحكمة الإدارية العليا قد عبرت في حكمها السابق عن عيب الانحراف بالسلطة باصطلاح الغلو، ومما يؤكد ذلك أن الحكم يتناول أمراً يتصل بالسلطة التقديرية وليس هناك عيب يتصل بسلطة الإدارة التقديرية سوى عيب الانحراف بالسلطة، فهو حد السلطة التقديرية للإدارة الملازم دائماً لتلك السلطة، وقد أفصحت المحكمة الإدارية العليا عن اعتبارها "الغلو" بأنه تعبير مرادف لعيب الانحراف بالسلطة، حيث ذهبت إلى أن "تقدير العقوبة للذنب الإداري الذي ثبت في حق الموظف

(١) حتاملة، القضاء الإدراي، ص١٢١. وبذات المعنى انظر العتوم، المسئولية التأديبية، ط١، ص٣٦٢.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٦٣٥ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٦١/١١/١١، مجموعة أحكام السنة السابعة، ص٢٧.

هو أيضاً من سلطة الإدارة التقديرية لا رقابة فيه عليها، إلا إذا اتسم بعدم الملائمة الظاهرة، أي بسوء استعمال السلطة"[١].

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن المحكمة الإدارية العليا على أساس ما تقدم قد اعتبرت الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية بمثابة قرارات إدارية؛ إذ إنها تخضع للمبادئ التي تحكم القرارات الإدارية، وهو ما كشفت عنه في حكمها الصادر في ٢٦ أبريل سنة١٩٦٠، وهذا المسلك لا يتفق وصراحة النصوص من ناحية كما أنه يخالف المعايير التي يجري عليها القضاء في تمييز القرارات الإدارية، ومن ثم لا يمكن تبرير هذا المسلك إلا على أساس العدالة المجردة[٢].

ويقول سيادته أن أول حكم للمحكمة الإدارية العليا هو حكمها الصادر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٠ (في القضية رقم ٢١ لسنة ٢ قضائية والقضية رقم ٢٣ لسنة ٢ قضائية أثناء انعقادها في دمشق، س٥، ص٨١٤)، حيث تحدث معلقاً على هذا الحكم أن هذه المحكمة قد أخذت بالقياس بين المجالس التأديبية والمحاكم التأديبية وهذا القياس لا يصح حيث أن المحاكم التأديبية في مصر هي محاكم بالمعنى الدقيق للكلمة والمشرع وأضفى على أحكامها هذه الصفة، فلسنا بحاجة إلى معيار للتعرف على طبيعة ما يصدر منها فالمعيار يلجأ إليه عند عدم النص، وعلى الرغم من الانتقاد الذي وجهه سيادته إلى هذه المحكمة في هذه المسألة إلا أنها استمرت في رأيها بمعاملة القرارات النهائية لمجالس التأديب معاملة الأحكام التأديبية في الطعن فيها مباشرة ويرى سيادته أن هذه المشكلة تخص المشرع؛ إذ يتعين عليه أن يوحد نظام التأديب بالنسبة لجميع العاملين في الدولة، أما موقف المحكمة الإدارية العليا فإنه يلحق الأذى بفريق من الموظفين؛ إذ يضيّع عليه فرصة الطعن أولاً أمام محكمة القضاء الإداري قبل الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا[٣].

وحقيقة الأمر أن ما استخلصه بعض الفقه من حكم المحكمة الإدارية الأول الذي أشرنا إليه من اعتبارها ما يصدر عن المحاكم التأديبية مجرد قرارات إدارية تخضع لما تخضع له تلك القرارات من أوجه الطعن لعدم المشروعية، ومنها وجه الانحراف بالسلطة هو استخلاص محل نظر رد عليه الفقيه الطماوي بشكل دقيق وواضح.

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٦٣/١/١١، مجموعة السنة الثامنة، ص٣٩٨. كما أخذت هذه المحكمة في حكم حديث لها بهذا الاتجاه، انظر حكمها في الطعن رقم ٣٨٨، تاريخ ١٩٩٠/٢/١٧ سنة ٣٥ق، أشار إليه جمال الدين، سامي، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، الهامش (٢)، ص٦٣٦.

(٢) الطماوي، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص٣٦٧.

(٣) الطماوي، القضاء الإداري، ص٦٨١-٦٩٣.

ويرى جانباً آخر من هذا الفقه تعليقاً على حكم المحكمة الإدارية العليا الأول المشار إليه أنه ليس معنى خضوع أحكام المحاكم التأديبية للرقابة على السلطة التقديرية لها والملائمة والغلو أن ما يصدر عنها هو قرارات إدارية، وإلا اعتبرنا أن مجالس التأديب وما يصدر عنها هو أحكام قضائية، طالما أنه يسري عليها من حيث الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا ما يسري على الأحكام القضائية، كما أن هذا الرأي لا يتفق مع ما أكده الفقه، واستقرت عليه أحكام القضاء، من معايير ميزت فيها بين العمل القضائي والعمل الإداري، حيث إنه وفقاً للمعيار الشكلي يكون العمل إدارياً إذا ما صدر عن هيئة إدارية وفقاً لأشكال إصدار الأعمال الإدارية ، ويكون العمل قضائياً إذا ما أصدرته هيئة تختص بممارسة الوظيفة القضائية، متبعة في ذلك من الإجراءات ما يكفل صدور الحكم متفقاً مع العدالة ليكون كاشفاً للحقيقة، ووفقاً للمعيار الموضوعي يكون العمل إدارياً إذا لم يتضمن فصلاً في منازعة قائمة، ولم يقصد به إحداث أثر قانوني في المراكز القانونية القائمة، و إنما مجرد تقرير وكشف لمركز قانوني قائم ولكنه متنازع عليه.

وترتيباً على ما تقدم يكون ما يصدر عن المحاكم التأديبية أحكاماً قضائية وليست قرارات إدارية وعليه فإن ما يصدر عن المحاكم التأديبية طبقاً لسلطتها التقديرية "للجزاء التأديبي ومدى جسامته" إنما يكون بعيداً كل البعد عن مظنة التعسف أو الانحراف، وإن لم يمنع ذلك من إمكان الطعن فيه طبقاً لما نص عليه قانون مجلس الدولة ٤٧ لعام ١٩٧٢ في هذا الشأن وللأسباب المحددة فيه، وأمام الدرجات القضائية الأعلى[١].

وفي تقديرنا أن هذا الرأي الفقهي وإن كان يرى بضرورة التمييز بين ما يصدر عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي من قرارات وبين ما يصدر عن المحاكم التأديبية من أحكام، فقد أخذ بالتمييز بينهما من خلال المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي ويؤكد الباحثان على ما جاء به الاتجاه الفقهي الذي يمثله الفقيه الطماوي من أنه لا داعي هنا لإيجاد معيار للتمييز بينهما ما دام النص صريح في أن ما يصدر عن المحاكم التأديبية هو أحكام ولا مجال لوجود المعايير بوجود النص.

ويرى الباحثان أن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد أخضعت هذه الأحكام لرقابتها فيما يتعلق بالغلو تحقيقاً لقواعد العدالة المجردة، حتى لا تفلت أية سلطة مهما كان نوعها من رقابة هذه المحكمة إذا مارست سلطة تقديرية لتحقيق مصلحة عامة، وإننا إذ نتفق وهذه المحكمة فيما ذهبت إليه في هذا الأمر من مد رقابتها إذا ما كانت هناك سلطة تقديرية لجهة إدارية معينة على الرغم من رفضنا للقياس الذي جاءت به فيما بين القرارات الصادرة عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي وأحكام

(١) خليفة، الانحراف، مرجع سابق، ص١٤١-١٤٢.

المحاكم التأديبية فإننا لا نتفق معها في إخضاع أحكام هذه المحاكم لرقابتها استناداً لعيب الانحراف بالسلطة لما تتميز به هذه المحاكم من ضمانات الحيدة والاستقلال الأمر الذي يجعلها بعيدة كل البعد عن مظنة التعسف أو الانحراف.

أما فيما يتعلق بالأردن فإن نظامه القضائي يخلو نهائياً مما يسمى بالمحاكم التأديبية بالمعنى الدقيق؛ حيث أن النظام القضائي في الأردن يتكون حالياً من المحاكم النظامية ومحاكم القضاء الإداري والمتمثلة بالمحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا.

وكنا نتمنى على مشرعنا الكريم أن ينهج ويساير المشرع المصري في إطلاقه تسمية مجلس الدولة المصري الذي يضم محاكم إدارية وتأديبية ومحكمة قضاء إداري وتوج ذلك بالمحكمة الإدارية العليا أن يسمى المشرع الأردني قانون مجلس الدولة الأردني تكون فيه هذه المحكمة في قمة الهرم الإداري؛ لأن لهذه التسمية قيمة معنوية وفنية كبيرة من حيث تركها الباب مفتوحاً لإيجاد تشكيل قضائي إداري متكامل يكون موازياً لتشكيل القضاء العادي.

لذلك فأننا نتفق مع دعوة الدكتور الغويري التي ما زال صداها يعانق الأمنيات رغم مرور الزمن عليها في ضرورة أن يطور المشرع الأردني الأسلوب الذي لا يزال ينهجه في تحديد اختصاصات المحاكم الإدارية في الأردن وأن يأخذ بأسلوب الاختصاص الشامل وينشئ تشكيل قضائي إداري متكامل يتناسب مع ظروف الأردن السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتقدمها الحضاري والديمقراطي.[1].

الخاتمة:

كانت هذه الدراسة قد عالجت الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية النهائية الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي من خلال تبيان المعايير التي قيل بها فقهًا وقضاءً للتمييز بينها وبين الجهات الإدارية الصرفة والجهات ذات الاختصاص القضائي وتوثيق ما تم الاستقرار عليه في الأردن ومصر من حيث التمييز بينها وذلك بالأخذ بالمعيار الشكلي والذي حسم من قبل المشرعين في الأردن ومصر واعتبر هو الأساس في اعتبارها قرارات إدارية تخضع للنظرية العامة للقرارات الإدارية هذا من جهة، كما بينت هذه الدراسة مدى إمكانية الطعن عليها بعيب إساءة استعمال السلطة من خلال تحليل الآراء الفقهية والاتجاهات المتعارضة حول مدى إمكانية الطعن وصولًا إلى الرأي الراجح المؤيد لإمكانية الطعن عليها بعيب إساءة استعمال السلطة، إضافةً إلى الاستعانة وتحليل موقف

(١) الغويري، القضاء، ط١، ص٩٧.

القضاءين في مصر والأردن واستدلالًا بموقف القضاء الفرنسي حيث جاءت هذه المواقف منسجمة مع موقف الفقه وراسخة فيما صدر عن هذه المحاكم الإدارية من أحكام. ومن ناحية أخرى تناولت الدراسة موقف الفقه والقضاء الإداريين من نظرية الغلو خاصةً في القرارات الصادرة عن السلطات والمجالس التأديبية بشكل موسع تناول رأي الفقه والقضاء في هذه المسألة حيث توصلت الدراسة لأهمية الرأي الذي قال باعتبار الغلو قرينة على الانحراف ووسيلة إثبات على توافره وقد حاول الباحثان في مباحث الدراسة الثلاث خلق حالة من التوازن من حيث تحليل الآراء الفقهية وتحديد أوجه الخلاف والتقارب إضافة إلى موقف القضاء الإداري من الطعن على هذا النوع من القرارات بعيب إساءة استعمال السلطة بحيث تناول الباحثان أحكام القضاء الإداري سواء في الأردن أو في مصر بالتحليل والوصف الدقيق لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري في هذه الدول وخلصت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات.

نتائج وتوصيات:

أولًا: النتائج

١. توصلت الدراسة إلى نتيجة مفادها أن المشرع الأردني قد حسم مسألة الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية ذات الصبغة القضائية باعتبارها قرارات إدارية تخضع للنظرية العامة للقرارات الإدارية إلا أن هذه اللجان المصدرة لها ليست محاكم بالمعنى الصحيح ولا يتوافر في أعضائها ضمانات القضاء، لذا فاحتمال التعسف قائم وإن كان نادر الوقوع وهذا ما يؤكده ما نص عليه المشرع في المادة (٨/أ/٥) عندما نص على اعتبارها قرارات إدارية دون أن يحدد أسباب الطعن التي تأتي عليها وهذا دليل على أن النص جاء بالإطلاق بعكس ما فعله المشرع المصري بهذا الخصوص.

٢. حدد المشرع الأردني في قانون القضاء الإداري أسباب الطعن بالقرارات الإدارية وذكر من ضمنها إساءة استعمال السلطة بعد أن جعل المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في هذا النوع من القرارات الأمر الذي يدل دلالة قاطعة على إمكانية الطعن بها بعيب إساءة استعمال السلطة دون أن يحدد أسباب الطعن لكل قرار على حدا بل أجاز الطعن بكافة القرارات الإدارية وبأي سبب من أسباب الطعن.

٣. هناك استقرار قضائي في الأردن على أن الجهة مصدرة هذه النوع من القرارات تفقد ولايتها بمجرد إصدارها ولا يمكن إلغاؤها إلا بالطريق القضائي.

٤. استثنى المشرع الأردني قرارات هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل من القرارات الإدارية ذات الصبغة القضائية لاتصالها بمنازعات مدنية تتعلق بعلاقات القانون الخاص دون أن يشكل استبعادها من نطاق دعوى الإلغاء تحصيلًا لها من الطعن وإنما كان استثناءها مجرد توزيع للاختصاص.
٥. بسط القضاء الإداري في الأردن رقابته على الملاءمة بين الجزاء والعقوبة واعتبر أن الغلو قرينة على إساءة استعمال السلطة.

ثانيًا: التوصيات

١. توصي الدراسة المشرع الأردني بضرورة الإبقاء على ولاية هذه الهيئات فيما تصدره من قرارات أسوةً بالقرارات الإدارية العادية خاصة عندما تكون قراراتها السابقة تتسم بالبطلان.
٢. توصي الدراسة المشرع الأردني بضرورة النص على تشكيل محاكم تأديبية كما هو الحال في مجلس الدولة المصري.
٣. توصي الدراسة القضاء الإداري الأردني أن يستقر على مبدأ أن الغلو في العقوبة الصادر عن المجالس التأديبية وسيلة لإثبات عيب الغاية كقرينة على إساءة استعمال السلطة كون الغلو ليس من أسباب الطعن الواردة في قانون القضاء الإداري الأردني على سبيل الحصر، إذ يتعين عليه التزام الدقة في استخدام الاصطلاحات والالتجاء إلى الأسس القانونية الصحيحة.
٤. توصي الدراسة المشرع الأردني بضرورة اعتبار قرارات هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل والصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي من اختصاص المحكمة الإدارية بحيث يكون لها قوة القرارات الإدارية النهائية.
٥. توصي الدراسة بضرورة استبعاد المحكمة الإدارية من نطاق اختصاصها قرارات الجهات الإدارية التي تعد أعمالًا قضائية وفقًا للمعيار الموضوعي باعتبارها جزءًا من عملية التقاضي وبالتالي التمييز بين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي والهيئات ذات الاختصاص القضائي.

المراجع

أولًا: المؤلفات العامة

أبو العينين، محمد ماهر، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القومية، ط١ ،٢٠١٣.

الخلايلة، محمد علي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع،٢٠٢٠.

الطماوي، سليمان، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة، دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عين شمس، ط٣، ١٩٧٨/ القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٩٦/ القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي،١٩٧٨/ القضاء الإداري، الكتاب ٣، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٨٧.

العتوم، منصور ابراهيم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، مطبعة الشرق، ط 1،١٩٨٤.

الغويري، أحمد عودة، القضاء الإداري الأردني (قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، بدون دار نشر، عمان، ط١ ،١٩٩٧.

جمال الدين، سامي، الدعاوي الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٦/ الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

حافظ، محمود، القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

حتاملة، سليم سلامة، القضاء الإداري، طعون الموظفين، دار أوغاريت للنشر والتوزيع، جرش، ٢٠٠٤.

حسن، عبد الفتاح، التأديب في الوظيفة العامة، بدون دار نشر، ١٩٦٤.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر العربي، ٢٠٠١.

رسلان، أنور أحمد، وجيز القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، ط ٣ 1999.

طبيلة، القطب، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، بدون دار نشر، ج١، ١٩٦٥.

عبد العال، محمد حسنين، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

فهمي، مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضـــاء الإلغـــاء، منشـــأة المعارف، ط٤ ،١٩٧٩.

قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

كنعان، نواف، القضاء الإداري الأردني، الآفاق المشرقة ناشرون، ط٤، ٢٠١٢.

ليلة، محمد كامـــل، الرقابة القضائية عن أعمال الإدارة (الرقابة القضـــائية)، دار النهضة العربيـــة، ١٩٨٦.

رسائل سابقة:

البرزنجي، عصام عبد الوهاب، ١٩٧١، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

الفليت، حسن خالد محمد، ٢٠١٤، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر-غزة .

تشريعات:

١- قانون مجلس الدولة المصري الحالي، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢
٢- قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ (ملغى)
٣- قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢لسنة ١٩٩٢(ملغى)
٤- قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤
٥- نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠

الدوريات والمجموعات القضائية:

١- مجلة نقابة المحامين الأردنيين النظاميين، إعداد المكتب الفني، عمان، الأردن.
٢- منشورات مركز عدالة (إلكترونية).
٣- قسطاس (إلكترونية).

المجموعات القضائية:

١- موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسين عامًا (١٩٥٥-٢٠٠٥) ٥أجزاء، دار محمود للنشر والتوزيع إعداد د. مجدي محمود محب حافظ.
٢- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عامًا (١٩٦٥-١٩٨٠) الجزء الأول، إصدار المكتب الفني.

٣- المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها محكمة عدل عليا المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين خلال ٣٥ سنة (١٩٥٣-١٩٨٧) جزأين، إعداد المحامي موسى الأعرج.

٤- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين من بداية سنة ١٩٨١ حتى نهاية ١٩٩٢، إعداد المكتب الفني.

مراجع إلكترونية:

1- https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2016/06/12/406733.html
2- http://www.acrseg.org/40182
3- https://www.elmodawanaeg.com/
4- https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-425886
5- https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=670366
6- https://search.emarefa.net/detail/BIM-368725

References:

First: the general literatures

Abul-Enein, M. (2013)Legislative deviation and control of its constitutionalism: An spplied study. Book One. The National Publications, 1st Edition.

Al-Khalayleh, M. (2020) *Administrative judiciary*, House of Culture for Publishing and Distribution.

Al-Tamawi, S. (1978) Theory of abuse of power, deviation in power: A comparative study". Ain Shams University printing establishment, 3rd Edition,/.

Al-Atoum, M.(1984) *Disciplinary responsibility of the public employee: A comparative study*. Al Sharq printing establishment, 1..

Al-Ghaweiri, A. (1997) *The Jordanian administrative Jjdiciary* (The Judgment of Cancellation and the Judiciary of Compensation, Without a Publishing House, Amman, 1st Edition.

Gamal El-Din, S.(2004) *Administrative cases and procedures before the administrative judiciary, knowledge foundation, Alexandria,* 1996 / Mediator in the lawsuit to cancel administrative decisions, Knowledge Foundation, Alexandria, 2004.

Hafez, M. (1993) *Administrative judiciary in comparative Egyptian law,* Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

Hatamleh, S. (2004) *Administrative judiciary, appeals of employees*. Ugarit House for Publishing and Distribution, Jerash.

Hassan, A.(1964) *Discipline in the public service*, without a publishing house.

Khalifa, A. (2001) *Deviation in power as a reason to cancel the administrative decision*. Dar al-Fikr al-Arabi.

Raslan, A. (1999) *Wajeez administrative law*. Al Tobji Commercial Printing Foundation 3rd Edition.

Al-Qutb, T. (1965) Judicial work in comparative law and administrative bodies with judicial jurisdiction in Egypt. Without a publishing house, Part 1.

Abdel-Al, M. (2071) *The idea of the reason in the administrative decision and the case for cancellation*. Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

Fahmy, M. (1979) *Administrative judiciary and the State council, judiciary of cancellation*. Mansha'at al-Maaref, 4th Edition.

Qabilat, H. (2018) *Al-Wajeez in the administrative judiciary*. Wael House for Publishing and Distribution.

Kanaan, N. (2012) *The Jordanian administrative judiciary*. Bright Horizons Publishers, 4th Edition.

Laila, M. (1986) Judicial Ooersight of Aaministration activities (Judicial Oversight), Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

Previous Theses:

Al-Barzanji, E. (1971) *Discretionary authority for administration and judicial control*, Ph.D. Thesis, Cairo University.

Al-Fleet, H. (2014) *Deviation in the use of power and its impact on administrative decision*. Master's thesis, Al-Azhar University – Ghaza.

Legislations:

1. The current Egyptian State Council Law, No. 47 of 1972.
2. Temporary Supreme Court of Justice Law No. 11 of 1989 (Repealed).
3. Supreme Court of Justice Law No. 12 of 1992 (Repealed).
4. Administrative Judiciary Law No. 27 of 2014.
5. Jordanian Civil Service System No. 9 of 2020.

Journals and Judicial Groups:

1. Journal of the Jordanian Regular Bar Association, prepared by the Technical Office, Amman, Jordan.
2. Adalah Publications (electronic).
3. Qustas (electronic).

Judicial groups:

Encyclopedia of the rulings of the Egyptian Supreme Administrative Court in fifty years (1955-2005) 5 parts, Mahmoud House for Publishing and Distribution, prepared by Dr. Magdy Mahmoud Moheb Hafez.

A Collection of Judgments of the Egyptian Supreme Administrative Court in Fifteen Years (1965-1980) Part One, Issued by the Technical Office.

Legal Principles of the Jordanian Court of Cassation as a Supreme Court of Justice Published in the Journal of the Jordanian Bar Association during 35 years (1953-1987) two parts, prepared by attorney Musa Al-Araj.

A set of legal principles for the Jordanian Supreme Court of Justice, published in the Journal of the Jordanian Bar Association, from the beginning of 1981 until the end of 1992, prepared by the Technical Office.

Electronic references:

1. https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2016/06/12/406733.html
2. http://www.acrseg.org/40182
3. https://www.elmodawanaeg.com/
4. https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-425886
5. https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=670366
6. https://search.emarefa.net/detail/BIM-368725

التنفيذ على الورقة التجارية في ضوء أحكام التظهير التأميني

د. جبر غازي شطناوي*

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/٣/١١م. تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٥م.

ملخّص

ركزت هذه الدراسة على البحث في التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين، حيث تمثلت إشكالية الدراسة في بيان إمكانية التنفيذ على الورقة التجارية إذا تخلف المدين عن سداد الدين المضمون بالورقة المظهرة، وذلك في ضوء الأحكام الخاصة بالتظهير التأميني التي تمنع المظهر إليه من إعادة تظهير الورقة تظهيرا ناقلا للملكية، وفي بيان مدى توافق عملية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة تظهيرا تأمينيا مع طبيعة موضوع الورقة التجارية المتمثل بمبلغ نقدي محدد المقدار.

وقد توصلت الدراسة إلى أن التنفيذ على الورقة التجارية من خلال استصدار حكم من المحكمة المختصة بتملك المظهر إليه للمبلغ الثابت في الورقة، وتمكينه من بيعها بنقل ملكية الحق الثابت فيها إلى الغير، لا يتفق وطبيعة موضوع الورقة التجارية المتمثل بمبلغ نقدي محدد، وبأن الحكم بتمكينه من خصمها لدى بنك هو الأنسب، وقد أوصت الدراسة بأن يتم النص في الأحكام الناظمة للتظهير التأميني على تمليك الورقة التجارية للمظهر إليه عند تخلف المظهر عن دفع الدين المضمون بموعد استحقاقه، لما في ذلك من تشجيع على منح الائتمان وتجنب عناء التنفيذ من خلال القضاء.

الكلمات الدالة: التظهير، التنفيذ، خصم الورقة التجارية، الرهن التجاري، تطهير الدفوع.

* كلية القانون، جامعة اليرموك.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Execution on the Negotiable Instrument in Light of the Insurance Endorsement Provisions

Dr. Jaber Ghazi Shatnawi

Abstract

This study focused on the implementation of mortgaged Negotiable Instrument. The problem of the study was to show the possibility of implementation on the endorsed Negotiable Instrument if the debtor failed to pay the debt secured by the endorsed paper. This will be in view of provisions related to insurance endorsement that prevents the endorser from re-endorsing the Instrument as a transfer of ownership, and in showing the extent to which the implementation process is consistent with the nature of the subject of Negotiable Instrument represented by a specified amount of cash.The study concluded that the execution on the Negotiable Instrument by issuing a ruling from the competent court of the endorser's ownership of the fixed amount in the Instrument, and enabling him to sell it by transferring the ownership of the fixed right therein to others, does not agree with the nature of the subject matter of the Negotiable Instrument represented by a specific cash amount , and that the ruling desicion of enabling to deduct it by a bank is the best method for implementation. The study recommended the Jordanian legislator to laid down a provision that makes the ownership of the endorsement Negotiable Instrument to be for the creditor if the debtor did not pay the insured debt at the time of fulfillment as this encourages the granting of credit and avoids the trouble of implementation through the judiciary. **Keywords**: Endorsement, Execution, Deducted of Negotiable Instrument, commercial mortgage, Clearance from Defenses.

المقدمة:

تقوم المعاملات التجارية على خاصيتي السرعة والائتمان، لذلك فقد تضمن قانون الصرف أحكاما تساهم في تحقيق هاتين الخاصيتين، حيث تعتبر الأوراق التجارية أحد أهم الوسائل المستخدمة في ميدان المعاملات التجارية لما توفره من سرعة وسهولة في إتمام عمليات الوفاء من جهة، ولإمكانية استخدامها وسيلةً في سبيل الحصول على الائتمان اللازم لتمويل هذه المعاملات من جهة أخرى.

يعد الائتمان من الوظائف الهامة التي تؤديها الورقة التجارية، ولتحقيق هذه الوظيفة يلجأ حامل الورقة التجارية إلى تظهيرها على سبيل التأمين ضمانا للدين عند اللجوء للاقتراض، ويتحقق هذا الفرض عندما يكون موعد استحقاق الورقة بعيدا، وحاملها الشرعي بحاجة إلى مبلغ بسيط أقل من قيمتها قبل حلول ميعاد استحقاقها، فبدلا من اللجوء إلى نقل ملكية الحق الثابت فيها من خلال خصمها لدى أحد البنوك، وبالتالي فقدانه للفوائد المشروطة التي ستستحق بحلول أجل الوفاء، يلجأ الحامل إلى تظهيرها على سبيل التأمين في سبيل الاقتراض، وبذلك يتجنب دفع الفوائد والعمولة ونفقات التحصيل التي سيقتطعها البنك الخاصم، وقد يكون السبب في رهن الحامل للورقة التجارية هو رفض البنك لإجراء الخصم نظرا لعدم توافر ضمانات معينة قد يشترطها البنك في الورقة.

ومما يجدر بالذكر هنا، أن تظهير الورقة التجارية تأمينا للدين هي عملية تقتصر على سند السحب (السفتجة) والسند لأمر (الكمبيالة) لكونهما من أدوات الائتمان والوفاء[١]؛ أما الشيك فقد استثناه المشرع من أحكام التظهير التأميني باعتباره أداة وفاء، حيث يستطيع حامله تحصيل قيمته بمجرد عرضه على البنك المسحوب عليه[٢]، ويستنتج هذا الاستثناء من المادة ٢٤١ من قانون التجارة، كونها تحيل بالنسبة لتظهير الشيك على المواد الخاصة بتظهير سند السحب باستثناء المادة ١٤٩ الخاصة بالتظهير التأميني[٣].

---

(١) قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦، والمنشور في الجريدة الرسمية في الصفحة (٤٧٢)، العدد (١٩١٠)، تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠. وتنص المادة ١/١٤٩ منه على أنه: "إذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة ضمان) أو (القيمة رهن) أو أي بيان آخر يفيد التأمين جاز لحامل سند السحب مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليه"، كما أن المادة ٢٢٤ من نفس القانون تقضي بسريان الأحكام الخاصة بتظهير سند السحب على السند لأمر.

(٢) انظر تمييز حقوق، قرار رقم ٢٠١٨/١١٣٨، تاريخ ٢٠١٨/٣/١١، منشورات موقع قسطاس. www.qistas.com

(٣) تنص المادة ٢٤١ من قانون التجارة الأردني على أنه: "تسري على الشيك أحكام المواد (١٤٣ و١٢٤٤ و١٤٥ و١٤٦ و١٤٧ و١٤٨) من هذا القانون المتعلقة بسند السحب".

وتكمن الغاية من تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان أو التأمين في تشجيع المقرض على تقديم الائتمان لحاملها، بحيث يكون المبلغ الثابت في هذه الورقة ضمانا لاستيفاء دينه بموعد استحقاقه، فإن تخلف المظهر عن السداد، وكان موعد استحقاق الورقة التجارية قد استحق بموعد استحقاق الدين أو قبله، قام المظهر إليه بتحصيل قيمتها واستيفاء دينه، أما إذا كان موعد استحقاق الورقة لم يحل، كان للمظهر إليه التنفيذ عليها لتحصيل دينه من المبلغ الثابت فيها، من خلال اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم يقضي بتملكه للمبلغ الثابت فيها، ثم يقوم باستيفاء دينه متقدما على غيره من الدائنين العاديين، وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة ٦٧ من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون التجارة الأردني[١]، ويرى البعض بأن حكم المحكمة قد يكون بخصم الورقة التجارية لدى بنك وكما سيأتي بيانه في البحث.

ونشير هنا إلى أن المادة ٦/ب من قانون التنفيذ الأردني تنص على أن السندات التنفيذية تشمل الأوراق التجارية القابلة للتداول، أي أن الورقة التجارية يمكن استخدامها من قبل حاملها للحصول على حكم بالتنفيذ على أموال المدين بها، وذلك لاستيفاء دين الحامل المحقق وحال الأداء والمتمثل بقيمة الورقة، وفي هذه الحالة يشمل التنفيذ أموال الموقعين على الورقة من متعهد الدفع في الكمبيالة والساحب في سند السحب، ومن مظهرين وضامنين احتياطيين، بالإضافة للمسحوب عليه القابل في سند السحب الذي يصبح بقبوله للسند ملتزماً صرفياً تجاه الحامل، إلا أن هذه الطريقة في التنفيذ تقع خارج نطاق موضوع البحث، فنطاق البحث- وكما هو واضح من عنوانه- محدد بالتنفيذ على الورقة التجارية وليس على مال المدين بقيمتها، وذلك وفقا لأحكام التنفيذ على المال المرهون في قانون التجارة، ذلك أن التظهير التأميني للورقة التجارية يجعل من المبلغ الثابت فيها مالا مرهونا للمظهر إليه من حقه التنفيذ عليه وفقا للأحكام الخاصة بالرهن التجاري، ويكون هذا التنفيذ بصدور حكم من المحكمة يملّكه المبلغ الثابت في الورقة ويمكّنه من نقل حق التصرف فيه إلى الغير، أو يمكّنه من خصم الورقة لدى بنك.

أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في بيان كيفية وإمكانية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين، في ضوء الأحكام الخاصة بالتنفيذ على المال المرهون من جهة، وفي ضوء الأحكام

---

(١) حيث تنص على ذلك المادة ٦٧ من قانون التجارة بقولها: "١- عند عدم الدفع في الاستحقاق يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة، وبعد صدور الحكم وتنفيذه يستوفي الدائن دينه من ثمن المرهون بطريق الامتياز. ٢- ويعد باطلاً كل نص في عقد الرهن يجيز للدائن أن يتملك المرهون أو أن يتصرف به بدون الإجراءات المبينة آنفا".

الخاصة بخصم الأوراق التجارية من جهة أخرى، وبيان مدى توافق ذلك مع الأحكام الخاصة بالتظهير التأميني للورقة التجارية.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في بيان كيفية وإمكانية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة تظهيرا تأمينيا في ضوء أحكام التظهير التأميني الواردة في المادة ١٤٩ من قانون التجارة الأردني، سواء كان ذلك من خلال استصدار حكم من المحكمة المختصة يُملّك المظهر إليه المبلغ الثابت في الورقة التجارية، ومن ثمّ نقل قيمتها للغير وفقا للمادتين ٦٦ و٦٧ من قانون التجارة الأردني، أو الحكم بتملكها وخصمها لدى أحد البنوك.

المنهج المتبع في الدراسة:

سنتبع المنهج الوصفي والتحليلي في دراستنا للنصوص التشريعية ذات الصلة بموضوع الدراسة وللأحكام القضائية ذات الصلة، وذلك من خلال استقرائها وتحليلها وبيان مدى توافقها مع عملية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين.

خطة الدراسة:

البحث في التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل الضمان أو التأمين، يتطلب بيان مفهوم التظهير التأميني وشروطه وآثاره، ثم بيان الكيفية التي من خلالها يمكن التنفيذ على الورقة التجارية بموجب التظهير التأمين، وعليه، سيتم تقسيم الدراسة إلى مبحثين يتبعهما خاتمة تتضمن النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات المقترحة:

- المبحث الأول: التظهير التأميني للورقة التجارية.
- المبحث الثاني: كيفية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين.
- خاتمة البحث.

المبحث الأول: التظهير التأميني للورقة التجارية

البحث في تظهير الورقة التجارية على سبيل التأمين للحصول على الائتمان الذي ينشده حاملها الشرعي، يتطلب بيان مفهوم التظهير التأميني وشروط صحته (المطلب الأول)، ثم البحث في الآثار المترتبة عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التظهير التأميني وشروطه

التظهير التأميني هو التظهير الذي يقصد منه رهن الحق الثابت في الورقة التجارية ضمانا لدين المظهر إليه على المظهر(١)، وهو تصرف قانوني صادر عن المظهر يهدف لضمان الوفاء بدين المظهر إليه، ويكون ذلك من خلال تضمين التظهير عبارة (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن) أو (القيمة للتأمين) أو أي عبارة تفيد هذا المعنى(٢)، وبذلك يصبح المظهر بمركز المدين الراهن ويكون المظهر إليه بمركز الدائن المرتهن(٣).

ويشترط لصحة التظهير التأميني للورقة التجارية توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية(٤)، أما الشروط الموضوعية فهي الشروط ذاتها الواجب توافرها في التظهير الناقل للملكية، لأن تظهير الورقة التجارية تأمينا لدين يعد تصرفا فيها، لذلك يجب أن يقع التظهير التأميني ممّن يملك سلطة التوقيع بوصفه الحامل الشرعي للورقة التجارية أو ممّن يمثله قانونا، ولا يعدو ذلك عن كونه تطبيقا للقواعد العامة للرهن في القانون المدني، التي تشترط أن يكون المال المرهون مملوكا للراهن وأهلا للتصرف فيه(٥)، ويقصد بالحامل الشرعي كل من انتقلت إليه الورقة التجارية بسلسلة من التظهيرات غير المنقطعة ولو كان آخرها تظهيرا على بياض(٦).

---

(١) انظر تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩٩/١٣٤١، بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٤، منشور على منصة قرارك الإلكترونية التابع لنقابة المحامين الأردنيين. www.qarark.com

(2) Delebecque. et Simler., "Droit des suretés", *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 51, 21 déc. 1995, p. 515, n° 27.

(٣) دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥٤٩، البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٨٨. وانظر كذلك:

CIBIRILA, "Endossement", *Réportoir de droit commercial*, Juill., 2018, n° 102.

(4) Delebecque., "Lettre de change – Endossement", *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 420, n° 145 et s.

(٥) المادة ١/١٣٧٩ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، المنشور كقانون مؤقت في الجريدة الرسمية صفحة (٢)، العدد (٢٦٤٥)، بتاريخ ١٩٧٦/٨/١، ثم نشر كقانون دائم على الصفحة (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٦.

(٦) المادة ١/١٤٦ من قانون التجارة الأردني الخاصة بسند السحب التي تسري على السند لأمر بموجب الإحالة المنصوص عليها في المادة ٢٢٤ من القانون. كذلك انظر تمييز حقوق، قرار رقم ٢٠١٨/١٨٤٨، تاريخ ٢٠١٨/٤/١، منشور على موقع قرارك، www.qrark.com

ويجب أن يصدر التظهير عن إرادة المظهر الحرة والخالية من العيوب، كما ويشترط في المظهر أن يكون متمتعا بالأهلية اللازمة للتصرف وذلك وفقا لما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني(١)، واشتراط أهلية التصرف في المظهر يعود لكون المظهر إليه قد يلجأ إلى التنفيذ على الورقة التجارية عند تخلف المظهر عن السداد، كما أن البعض يرى بأن المظهر إليه سيملك حق الرجوع بدعوى صرفية على المظهر بموجب توقيعه على السند لمطالبته بالوفاء(٢)، وسنتناول هذا الرأي تفصيلا عند البحث في آثار التظهير التأميني.

وبالنسبة للشروط الشكلية، فيشترط المشرع أن يتضمن التظهير، توقيع المظهر الذي يعبّر عن إرادته في رهن الحق الثابت في الورقة التجارية، ويجب أن يكون توقيع المظهر مقرونا بعبارة تفيد معنى التأمين أو الرهن، مثل (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن) أو (القيمة للتأمين)(٣)، ولم يشترط المشرع ذكر أي بيان آخر، فلم يشترط كتابة تاريخ التظهير بالرغم من أهميته في تحديد إذا ما كان هذا التظهير قد وقع قبل إفلاس المظهر أم بعده، أم أنه قد وقع في فترة الريبة فيكون في هذه الأحوال باطلا ولا ينفذ بحق كتلة الدائنين(٤)، لذلك يرى الباحث أن من الأهمية بمكان أن يتم النص على وجوب كتابة تاريخ التظهير تجنبا لأية شكوك بخصوصه ولأي عناء في إثباته، وذلك في حال إثارة هذه الشكوك ممّن له مصلحة مثل دائنو المظهِر المفلس.

وتحقيقا لمبدأ الكفاية الذاتية في الإثبات الذي يحكم الأوراق التجارية(٥)، يجب أن يكون التظهير مكتوبا على السند ذاته أو على ورقة متصلة به(٦)، ويجب أن يكون هذا التظهير باتاً غير معلق على

---

(١) المواد ١١٦-١٤٢ من القانون المدني الأردني.

(٢) الشرقاوي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٣٥، ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٩، ص ١٥١، الفقي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ ، ص ٨١. وانظر كذلك:

-Delebecque, "Lettre de change–Endossement",*op. cit.* n° 147 et s,CIBIRILA, "Endossement", *op., cit.,* n° 104 et s.

(٣) المادة ١/١٤٩ من قانون التجارة الأردني.

(٤) المادة ١/٣٣٣/د من قانون التجارة الأردني.

(٥) انظر تمييز حقوق، قرار رقم ٢٠٢٠/٤٤٣٠، تاريخ ٢٠٢١/١/١٣، والقرار رقم ٢٠٢٠/٥٦٧٨، تاريخ ٢٠٢١/١/٢٨. منشور على موقع قسطاس الالكتروني، www.qistas.com

(٦) المادة ١/١٤٣ من قانون التجارة الأردني.

شرط واقف أو فاسخ، فإذا عُلّق التظهير على شرط، كان الشرط وكأن لم يكن مع بقاء التظهير صحيحا[١]، ولا بد أن يشمل التظهير كامل مبلغ الورقة، فالتظهير الجزئي يقع باطلا[٢].

المطلب الثاني: آثار التظهير التأميني

تختلف الآثار المترتبة على التظهير التأميني باختلاف العلاقات الناشئة عنه، فيرتب آثار الرهن في علاقة المظهر بالمظهر إليه، ويرتب آثار التظهير الناقل للملكية في علاقة المظهر إليه بالغير[٣].

أولاً: في علاقة المظهر بالمظهر إليه:

العلاقة بين المظهر والمظهر إليه هي علاقة مدين راهن بدائن مرتهن[٤]، وعلى المظهر إليه كدائن مرتهن أن يقوم بكل ما يلزم للمحافظة على حقوق المظهر الراهن المرتبطة بالورقة التجارية[٥]، كما أن التظهير التأميني يترتب عليه حلول المظهر إليه محل المظهر في مباشرة جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية[٦]، لذلك يلتزم المظهر إليه بتقديمها للوفاء بموعد استحقاقها، وتقديمها للقبول إذا كان مشروطا فيها ذلك، وفي حال الامتناع عن الوفاء أو القبول يتوجب عليه تحرير الاحتجاج بالموعد المضروب لذلك قانونا، ثم عليه الرجوع على الملتزمين بالوفاء، وإذا أهمل المظهر إليه القيام بذلك كان مسؤولا تجاه المظهر عن الضرر الذي يلحق به[٧].

ولا يجوز للمظهر إليه أن يقوم بتظهير الورقة التجارية إلى الغير إلا على سبيل التوكيل بهدف تحصيل قيمتها عند حلول ميعاد استحقاقها، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/١٤٩ من قانون التجارة الأردني والخاصة بسند السحب، والتي تحيل إليها المادة ٢٢٤ بخصوص السند لأمر، بقولها: "فإن ظهره اعتبر التظهير حاصلا على سبيل التوكيل"، فلا يستطيع المظهر إليه أن يعيد تظهير

---

(١) المادة ١/١٤٢ من قانون التجارة الأردني.

(٢) المادة ٢/١٤٢ من قانون التجارة الأردني.

(3) Cannu. Granier., Routier, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit titrisation, Dalloz, 9 éd. 2016, p. 375.

(٤) القضاة، شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر، عمّان، ٢٠٠٩، ص ١٤٤.

(٥) المادة ١/٦٥ من قانون التجارة الأردني، والتي تنص على أنه: "يجب على الدائن أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق الملازمة للأشياء أو الأسناد المسلمة إليه على سبيل الرهن".

(٦) المادة ١/١٤٩ من قانون التجارة الأردني.

(٧) حداد، الأسناد التجارية، منشورات الجامعة السورية الافتراضية، دمشق، ٢٠١٨، ص ٨٥. الفقي، مرجع سابق، ص٨١.

الورقة التجارية على سبيل نقل الملكية، كونه لا يملك الحق الثابت فيها، لكنه يحوزها بصفته دائنا مرتهنا وتبقى ملكية الورقة للمظهر.

ويستفاد من نص المادة ٢/١٤٩ المشار إليه أعلاه، بأن المشرع يقيم قرينة مفادها أن التظهير الصادر عن المظهر إليه إذا كان خاليا من أي بيان يعتبر على سبيل التوكيل، وليس تظهيرا ناقلا للملكية باعتباره تظهيرا على بياض، لذلك فإن الباحث لا يتفق مع الرأي القائل بأنه إذا خلا التظهير الصادر عن المظهر إليه من أي بيان كان تظهيره تظهيرا ناقلا للملكية[١].

ويكون المظهر إليه أمام عدة احتمالات في سبيل استيفاء دينه المضمون بالورقة التجارية من المظهر ونجمل هذه الاحتمالات كما يلي:

١- إذا صادف ميعاد استحقاق الورقة التجارية ميعاد استحقاق الدين المضمون: في هذا الفرض يقوم المظهر إليه بتحصيل قيمتها واستيفاء دينه منها كونه حلّ محل المظهر في ممارسة الحقوق الناشئة عنها، وإذا زاد المبلغ الثابت في الورقة التجارية عن قيمة الدين المضمون وجب رد المبلغ الزائد إلى المظهر[٢].

٢- إذا حل موعد استحقاق الورقة التجارية قبل حلول موعد استحقاق الدين المضمون: وفي هذه الحالة يكون المظهر إليه ملزما بالمطالبة بوفائها، فبموجب التظهير التأميني له مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليها[٣]، عدا عن أن كونه دائناً مرتهناً يفرض عليه التزاما بالمحافظة على حقوق المظهر الراهن الناشئة عن الورقة التجارية[٤]، وله في سبيل ذلك تقديم الورقة التجارية للوفاء وتحصيل قيمتها عند حلول ميعاد استحقاقها.

وبما أنه وفقا للقواعد العامة في الرهن، يجب على المرتهن انتظار حلول أجل الدين المضمون حتى يتمكن من استيفاء دينه من المال المرهون، فإن البعض يرى بأن المظهر إليه يحصّل قيمة الورقة بموعد استحقاقها، ويحتفظ به حتى حلول أجل الدين المضمون فيستوفي دينه ويرد الباقي للمظهر[٥].

---

(١) الحكيم، الأسناد التجارية، بدون ناشر، دمشق، ١٩٧٣، ص ٢٥٦. دويدار، مرجع سابق، ص ٥٥١.

(٢) القضاة، مرجع سابق، ص ١٤٤، وانظر كذلك:

- Cannu, Granier, Routier, *op., cit.*, p. 376.

(٣) المادة ١/١٤٩ من قانون التجارة الأردني، كذلك انظر تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩٩/١٣٤١، تاريخ ٢٠٠٠/٤/٤، منشور على موقع قرارك الالكتروني. www.qrark.com

(٤) المادة ٦٥ من قانون التجارة الأردني.

(٥) القليوبي، الأوراق التجارية، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ٢٠١٧، ص ١٦٢، القضاة، مرجع سابق، ص ١٤٥.

ولكن الأخذ بهذا الرأي سيرتب بذمة المظهر إليه فوائد قانونية، تحتسب من تاريخ تحصيله المبلغ الثابت في الورقة التجارية وحتى حلول موعد استحقاق الدين المضمون، حيث يجب على المظهر إليه رد هذه الفوائد مع المبلغ الزائد عن قيمة الدين –في حال وجوده– إلى المظهر(١).

ويذهب رأي آخر إلى القول بأن حلول موعد استحقاق الورقة التجارية يسقط أجل الدين المضمون، فيحق للمظهر إليه استيفاء دينه من مبلغ السند مباشرة دون انتظار استحقاقه، لكون ذلك يحقق مصلحة الطرفين، فالمظهر تبرأ ذمته من الدين المضمون، والمظهر إليه يستوفي دينه دون أن يدفع الفوائد القانونية التي ستستحق في حال احتفاظه بمبلغ السند حتى يحين موعد استحقاق الدين المضمون(٢).

إلا أن هذا الرأي يخلو من السند القانوني الذي يبرر القول بسقوط أجل الدين المضمون، فالدين المضمون لا يرتبط استحقاقه باستحقاق الورقة ولا يجوز المطالبة به قبل حلول أجله، ولا نستطيع تفسير إرادة الطرفين بأنها قصدت ذلك بدون اتفاق مسبق، فلا يستطيع المظهر إليه إلزام المظهر بالوفاء بالدين المضمون قبل موعد استحقاقه.

لذلك هناك من يرى–وبحق– بأنه إذا وافق المظهر على قيام المظهر إليه باستيفاء الدين المضمون من المبلغ المتحصل من الوفاء بالورقة التجارية، عندها يقوم المظهر إليه برد المبلغ الزائد عن هذا الدين، وإلّا كان المظهر إليه ملزما بالاحتفاظ بالمبلغ المتحصل من الوفاء بالورقة التجارية حتى حلول ميعاد استحقاق الدين المضمون، فيرد المبلغ الزائد عن هذا الدين بالإضافة للفوائد القانونية من تاريخ قبض قيمة الورقة وحتى استحقاق الدين المضمون(٣).

٣– إذا حان موعد استحقاق الدين المضمون قبل موعد استحقاق الورقة التجارية: وهنا نكون أمام فرضين:

– الفرض الأول: وهو أن يقوم المظهر بالوفاء بالدين المضمون ويسترد الورقة التجارية من المظهر إليه، وينتهي الضمان بشطب التظهير التأميني من قبل المظهر(٤).

---

(١) ياملكي، مرجع سابق، ص ١٥٤، القليوبي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٢) العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٥، ص ١١٩، الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٧، البارودي، مرجع سابق، ص ٩٠، وانظر كذلك:

–Delebecque, "Lettre de change – Endossement", *op. cit.* n° 156.

(٣) سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٩، ص ١٤١.

(٤) ياملكي، مرجع سابق، ص ١٥٤، وانظر كذلك:

- Delebecque, "Lettre de change – Endossement", *op. cit.* n° 156 , Cannu, Granier, . Routier, *op. cit.*, p. 377.

- الفرض الثاني: وهو أن يتخلف المظهر عن الوفاء بالدين المضمون، فيكون المظهر إليه أمام خيارين: الخيار الأول، الانتظار حتى حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية، فيطالب بوفائها ويستوفي دينه. والخيار الثاني هو مراجعة المحكمة المختصة من أجل التنفيذ على الورقة التجارية وفقا للقواعد المرسومة للتنفيذ على المال المرهون، واستيفاء دينه وبطريق الامتياز(١).

ونشير هنا إلى أن المظهر إليه لا يستطيع التنفيذ على أموال المدين بالورقة من خلال اللجوء لدائرة التنفيذ لدى المحكمة المختصة، لأن من شروط التنفيذ على أموال المدين وفقا للمادة السادسة من قانون التنفيذ الأردني أن يكون قد حلّ موعد استحقاق الدين الثابت في الورقة، وهذا ليس متوافرا في الفرض الذي نحن بصدده(٢).

وهناك من يذهب إلى القول بأنه في حالة الامتناع عن الوفاء بالورقة التجارية بموعد استحقاقها؛ فإنه لا يكون للمظهر إليه سوى الرجوع على المظهر بدعوى عادية مصدرها عقد الرهن، ولا يستطيع أن يمارس حق الرجوع الصرفي على المظهر؛ لأن التظهير الصادر عن المظهر ليس تظهيرا ناقلا للملكية حتى يكون مدينا صرفيا للمظهر إليه، بل هو تظهير يهدف لنقل حيازة الورقة إلى المظهر إليه على سبيل الرهن(٣).

بينما يذهب رأي آخر إلى القول، بأن المظهر إليه المرتهن يملك الرجوع على المظهر بدعوى صرفية مصدرها التظهير التأميني، ودعوى أخرى عادية مصدرها الدين المضمون(٤).

ووفقا لما تقضي به الأحكام الخاصة بالتظهير التأميني بأن المظهر إليه ليس له إعادة تظهير الورقة إلا على سبيل التوكيل؛ فإن الباحث يعتقد بسلامة الرأي الأول، لكون المظهر إليه يحل محل المظهر في ممارسة الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية بحدود المحافظة على حقوقه، فلا يستطيع المظهر إليه التصرف بالورقة التجارية لأنه لا يتملك الحق الثابت فيها، مما يعني أن المظهر ما زال مالكا لهذا الحق بالرغم من تظهيره الورقة.

---

(١) المادة ٦٦ والمادة ٦٧ من قانون التجارة الأردني.

(٢) تنص المادة ٦ من قانون التنفيذ الأردني على أنه: "لا يجوز التنفيذ إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء".

(٣) أحمد، الأوراق التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة-مصر، ٢٠١٠، ص ١٢٣.

(٤) طه، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٨، ص ٩٧، يا ملكي، مرجع سابق، ص١٥٢، الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

ثانياً: في العلاقة بين المظهر إليه والغير:

الغير هو كل ملتزم بالورقة التجارية غير المظهر الذي ظهرها تأمينيا، فيشمل باقي المظهرين سواء في سند السحب أو الكمبيالة، والمتعهد بالدفع في الكمبيالة والساحب والمسحوب عليه القابل في سند السحب، أما المسحوب عليه غير القابل فهو أجنبي عن السند، ويعتبر التظهير التأميني في مواجهة هؤلاء كالتظهير التام الناقل للملكية، فللمظهر إليه استعمال كافة حقوق المظهر تجاههم باستثناء إعادة تظهير الورقة تظهيرا ناقلا للملكية(١)، وللمظهر إليه بموجب التظهير التأميني أن يتمسك تجاه هؤلاء بتظهير الورقة التجارية من الدفوع العالقة بها(٢)، وحتى تفعّل قاعدة تطهير الدفوع في علاقة المظهر إليه بالغير، يجب أن يكون المظهر إليه حسن النية، ويكون كذلك إذا لم يكن قد قبِل تظهير الورقة له قاصدا من ذلك الإضرار بالمدين(٣).

ويذهب البعض إلى القول بأن قاعدة تطهير الدفوع لا تعمل في علاقة المظهر إليه بالملتزمين بالسند إلا بحدود دينه بذمة المظهر، فإذا كانت قيمة الورقة التجارية أكبر من الدين المضمون، كان لهم التمسك تجاه المظهر إليه بالدفوع المقررة لهم تجاه المظهر بالنسبة للمبلغ الزائد عن الدين(٤).

وفي الواقع، وإن كانت بعض التشريعات التجارية قد نصت صراحة على أن قاعدة تطهير الدفوع –في حالة التظهير التأميني– قاصرة على مقدار الدين المضمون، كما هو الحال بالنسبة لقانون التجارة المصري(٥)، وبالرغم من أن مصلحة المظهر إليه هي بحدود قيمة الدين المضمون فقط، ومن أن القول بذلك يحقق مصلحة الملتزمين بالورقة التجارية دون إضرار بمصلحة المظهر إليه، حيث يمكنهم الدفع تجاه المظهر إليه بالدفوع المقررة لهم تجاه المظهر وبحدود المبلغ الزائد عن قيمة الدين الذي كان سببا في التظهير، إلا أن الباحث يعتقد عدم جواز تعميم هذا الحكم في ضوء صراحة النص الوارد في المادة ٣/١٤٩ من قانون التجارة الأردني، حيث أن المشرع الأردني لم يجيز للملتزمين بالسند الاحتجاج على المظهر إليه بأي دفع مقرر لهم تجاه المظهر، متى كان المظهر

---

(١) تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩١/١٠٨، تاريخ ١٩٩١/٧/٣، منشور على موقع قرارك الالكتروني.www.qrark.com

(٢) سامي، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٣) المادة ٣/١٤٩ من قانون التجارة الأردني وتنص على أنه: "وليس للمسؤولين عن السند أن يحتجوا على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين".

(٤) دويدار، مرجع سابق، ص ٥٥٤، الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٨، وانظر كذلك:

- Delebecque, "Lettre de change–Endossement",*op. cit.* n° 147 et s, Cibirila,"Endossement", *op., cit.*, n° 104 et s. *op., cit.*, n° 104 et s.

(٥) المادة ٣/٣٩٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

إليه حسن النية ولم يكن قاصدا من حصوله على السند الإضرار بالمدين، وجاء هذا النص مطلقا، فلم يقيد المشرع ذلك بحدود الدين المضمون بالورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين، وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية الموقّرة[١].

المبحث الثاني: كيفية التنفيذ على الورقة التجارية

قد ينتهي أثر التظهير التأميني للورقة التجارية بطريقة طبيعية، فيقوم المظهر بالوفاء بالدين المضمون بموعد استحقاقه، وعندها يسترد الورقة التجارية من المظهر إليه، ولكن قد يتخلف المظهر عن سداد الدين المضمون بالورقة بموعد استحقاقه، وعندها يقوم المظهر إليه باستيفاء قيمة الورقة إذا كانت قد استحقت ويستوفي دينه، أما إذا لم يكن ميعاد استحقاق الورقة التجارية قد حان بعد، كان المظهر إليه أمام خيارين: إمّا أن ينتظر حلول هذا الميعاد فيتقدم بها للوفاء كونه يحل محل المظهر في ممارسة الحقوق الناشئة عن الورقة، ويستوفي دينه منها ويرد المبلغ الزائد إن وجد إلى المظهر، وإمّا أنه بسبب حاجته لمبلغ الدين قبل موعد استحقاق الورقة، سيلجأ إلى التنفيذ عليها من أجل استيفاء دينه منها بعد تحصيل قيمتها، والتنفيذ المقصود هنا ليس التنفيذ على أموال المظهر أو باقي الملتزمين بالورقة التجارية استيفاء للمبلغ الثابت فيها، لأن هذا ليس تنفيذا على قيمة الورقة ذاتها وهو موضوع البحث كما سبق بيانه في المقدمة، بل المقصود هو لجوء المظهر إليه إلى القواعد الخاصة بالتنفيذ على المال المرهون، من خلال استصدار أمر من المحكمة المختصة بتملك المظهر إليه المبلغ الثابت فيها وتمكينه من نقل ملكية الحق الثابت فيها إلى الغير واستيفاء دينه من قيمتها[٢]، أو بأن يتضمن الحكم إجازة خصم الورقة لدى بنك واستيفاء دينه من المبلغ المتحصل بعد الخصم كما يرى بعض الفقه وكما سيأتي بيانه.

وعليه سنتناول في هذا المبحث التنفيذ على الورقة التجارية من خلال بيعها بأمر المحكمة (المطلب الأول)، ثم التنفيذ من خلال تمكين المظهر إليه من خصمها لدى بنك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بيع الورقة التجارية بحكم من المحكمة المختصة

يجب على مظهر الورقة التجارية تظهيرا تأمينيا أن يقوم بالوفاء بالدين المضمون قبل الاستحقاق بيومين أو قبل ذلك؛ فإذا تخلف عن الدفع كان للمظهر إليه المرتهن اللجوء إلى المحكمة للحصول على

(١) انظر تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩١/١٠٨، تاريخ ١٩٩١/٧/٣، والسابق الإشارة إليه.

(٢) المادة ١/٦٧ من قانون التجارة الأردني.

حكم يملكه الورقة التجارية ويمكنه من التصرف بقيمتها[١]، وبعد تنفيذ هذا الحكم يستوفي المظهر إليه دينه من المبلغ المتحصل، ويكون هذا الاستيفاء بطريق الامتياز حيث يكون للمظهر إليه الأولوية على غيره من دائني المظهر، ولا يجوز للمظهر إليه تملك الورقة التجارية أو التصرف بها إلا من خلال المحكمة المختصة، والاتفاق على إجازة التصرف بالورقة التجارية أو تملكها قبل ذلك يكون باطلا[٢].

وهناك من يذهب إلى القول بأن عملية التنفيذ على الورقة التجارية ببيعها من خلال المحكمة، لا يتصور حصولها إلا من خلال قيام المظهر إليه بإعادة تظهير هذه الورقة تظهيرا ناقلا للملكية، بحيث يتملك من ستظهر له الورقة الحق الثابت فيها نظير ما قام بدفعه من ثمن[٣].

ولكن هذا الرأي يتعارض مع أحكام التظهير التأميني الذي بموجبه انتقلت الورقة التجارية إلى المظهر إليه، فالمظهر إليه–وكما سبق بيانه– لا يملك الحق في إعادة تظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية إلى الغير، فهو لا يملك إعادة تظهيرها إلا على سبيل التوكيل، وهذا ما تنص عليه المادة ٢/١٤٩ من قانون التجارة الأردني والسابق الإشارة إليها. بل هناك من يرى أن تظهير الورقة التجارية من قبل المظهر إليه لا يكون إلا على سبيل التوكيل حتى لو تضمن هذا التظهير عبارة تفيد التأمين أو نقل الملكية، وذلك استنادا على صراحة النص القانوني في هذا الشأن من جهة، ولكون المظهر هو المالك للحق الثابت في الورقة التجارية المرهونة من جهة أخرى، فالتظهير التأميني يتطلب ملكية المظهر للمبلغ الثابت في الورقة التجارية، وهذا غير متحقق بالنسبة للمظهر إليه في التظهير التأميني فلا يستطيع إعادة تظهيرها على سبيل التأمين، كما أن تظهير الورقة تظهيرا ناقلا للملكية هو عبارة عن تصرف بالحق الثابت في هذه الورقة، والمظهر إليه لا يملك هذا الحق حتى يعيد تظهير الورقة على سبيل نقل الملكية[٤].

---

(١) المادة ٦٦ من قانون التجارة الأردني، وتقضي بأنه: "إذا كان الشيء الموضوع تأميناً أسناداً لم يدفع ثمنها بكامله، فعلى المدين إذا دعي للدفع أن يؤدي المال إلى الدائن قبل الاستحقاق بيومين على الأقل، وإلا جاز للدائن المرتهن أن يعمد إلى بيع الأسناد".

(٢) المادة ٦٧ من قانون التجارة الأردني. أنظر كذلك تمييز حقوق، قرار رقم ٢٠١٧/٣٣٥٧، تاريخ ٢٠١٧/١٠/١٨، منشور على موقع قرارك، www.qrark.com

(٣) الشرقاوي، مرجع السابق، ص ٣٣٨، وانظر كذلك:

-Delebecque, "Lettre de change–Endossement",*op. cit.* n°147 ets,CIBIRILA, "Endossement", *op., cit.*, n° 104 et s.

(٤) أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٤.

وفي حقيقة الأمر، إن الحكم القطعي الصادر عن المحكمة بتملك المظهر إليه قيمة الورقة التجارية وبتمكينه من التصرف بالمبلغ الثابت فيها، هو الذي سيتم تنفيذه لاستيفاء قيمة الورقة، وهذا ليس من شأنه أن يصطدم مع أحكام التظهير التأميني التي تمنع إعادة تظهير الورقة تظهيرا ناقلا للملكية.

والتنفيذ على الورقة التجارية من خلال صدور الحكم بتملك المظهر إليه لقيمتها وبيعها بنقل الحق الثابت فيها إلى الغير، يثير التساؤل حول مدى توافق ذلك مع طبيعة محل الورقة التجارية المتمثل بمبلغ نقدي محدد المقدار(١)، وبعبارة أخرى ما هي الفائدة التي سيجنيها من سيدفع قيمة الورقة التجارية مقابل نقل الحق الثابت فيها إليه؟

لذلك يعتقد الباحث أن التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة على سبيل التأمين من خلال تمليك المظهر إليه قيمتها وحق التصرف بها، وفقا لإجراءات بيع المال المرهون الورادة في المادة ٦٧ من قانون التجارة، لا يتفق وطبيعة موضوع الورقة التجارية والمتمثل بمبلغ نقدي محدد المقدار، وهذا الأمر هو الذي دفع بعض الفقه إلى القول بأن قرار المحكمة المختصة قد يكون بتمكين المظهر إليه من خصم الورقة التجارية لدى بنك(٢)، وهو ما سنتولى بيانه في المطلب الثاني تاليا.

المطلب الثاني: تمكين المظهر إليه من خصم الورقة التجارية

خصم الورقة التجارية هو عقد يتعهد بموجبه البنك بأن يدفع قيمة الورقة التجارية إلى حاملها قبل تاريخ استحقاقها، مقابل خصم جزء من قيمتها تمثل عمولة البنك والفائدة ومصاريف تحصيل قيمتها، على أن يلتزم حاملها بنقل ملكية الحق الثابت فيها إلى البنك ورد قيمتها الاسمية إليه إذا لم يدفعها المدين الأصلي في تاريخ الاستحقاق(٣).

(١) المادة ١٢٣ من قانون التجارة الأردني التي عرفت كل نوع من أنواع الوراق التجارية وحددت محلها بمبلغ معين.

(٢) القضاة، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٣) الكيلاني، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، بدون ناشر، عمّان، ٢٠٠٦، ص ١١٩ وما بعدها، عبد الحميد، البنوك الشاملة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٩٧، عزيز، مرجع سابق، ص ٤٩٤. ياملكي، مرجع سابق، ص ٣٤١، وانظر كذلك:

- Lassalas, "Escompte", *JurisClasseur Banque*. Fasc. 550, 2019. N° 2.

ويجدر بالذكر هنا أن المشرع الأردني لم يعالج عملية خصم الورقة التجارية بأحكام خاصة، تاركاً ذلك للقواعد العامة، في حين أن الكثير من التشريعات العربية تناولت هذه العملية تفصيلا في قوانين التجارة، وهو ما يتوافق مع طبيعة العمليات المصرفية(١).

ولقد قضت محكمة التمييز الأردنية الموقّرة في أحد أحكامها، بأن عملية خصم الورقة التجارية من عمليات البنوك الشائعة، يهدف حامل الورقة التجارية منها الحصول على قيمتها قبل موعد استحقاقها، فيقدمها إلى البنك الذي يعجّل له القيمة مخصوما منها مقدار الفائدة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق، ويترتب على الخصم نقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك عن طريق التظهير(٢).

وبالتالي، القول بأن التنفيذ على الورقة التجارية قد يكون من خلال صدور حكم المحكمة بخصم الورقة لدى بنك، واستيفاء المظهر إليه دينه من المبلغ المتحصل بعد الخصم، هو الوسيلة الأنسب للتنفيذ، فالبنك الخاصم سيتقاضى عمولة عن قيامه بهذه الخدمة، كما سيتقاضى فوائد تترتب من تاريخ دفع قيمة الورقة معجلا للمظهر إليه وحتى استيفاء قيمتها بموعد استحقاقها.

وفي ضوء ما سبق بيانه، يرى الباحث أن من المناسب أن يتم تضمين مواد قانون التجارة الناظمة للتظهير التأميني حكما خاصا يقضي بتملك المظهر إليه للورقة التجارية، وذلك في حال تخلف المظهر عن الوفاء بالدين المضمون بموعد استحقاقه، وهذا من شأنه دعم الائتمان والتشجيع عليه، حيث يكون المظهر إليه أكثر اطمئنانا في استيفاء دينه، فيستطيع إعادة تظهيرها تظهيرا ناقلا للملكية لتحصيل قيمتها لحسابه لاستيفاء دينه الذي بذمة المظهر، سواء كان هذا التظهير بقصد خصم الورقة لدى بنك أو بقصد نقل ملكية الحق الثابت فيها إلى الغير، وإذا كان المبلغ الثابت في الورقة التجارية مساويا للدين المضمون، تملّك المظهر إليه هذه الورقة وقام بتحصيل قيمتها مقابل دينه، وإذا كان المبلغ الثابت فيها أكثر من الدين المضمون، دفع للمظهر المبلغ الزائد عن دينه عند تحصيل قيمتها، أما إذا كان مبلغ الورقة أقل من الدين المضمون، تملكها ويرجع بالمتبقي على المظهر حسب القواعد الخاصة بطبيعة الدين.

---

(١) المواد ٣٥١-٣٥٤ من قانون التجارة المصري، وتشترط المادة ٣٥١ أن يتم نقل ملكية الصك المخصوم إلى البنك، كذلك نظم هذه العملية المشرع الكويتي في المواد ٣٧٨-٣٨١ من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، واشترط في المادة ٣٧٨ نقل ملكية السند إلى البنك بتظهير ناقل للملكية. كما نظمها المشرع الإماراتي في المواد ٤٤٠-٤٤٣ من قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣، وتشترط المادة ٤٤٠ نقل ملكية السند إلى البنك الخاصم. أما قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧ وكما هو الحال في قانون التجارة الأردني، فلم ينظم هذه العملية وتركها لحكم القواعد العامة.

(٢) أنظر تمييز حقوق، قرار رقم ٢٠١١/٣١٢١، تاريخ ٢٠١١/١١/١٥، منشور على موقع قرارك www.qrar;.com

وإذا كان ما يُخشى من هذا الاقتراح أن يصبح المظهر إليه بتظهيره الناقل للملكية مدينا صرفيا بالنسبة إلى من ستنتقل إليه الورقة التجارية، فإن الرد على ذلك يكمن في أن المظهر إليه سيصبح أيضا دائنا صرفيا بالنسبة لكل الملتزمين السابقين عليه في هذه الورقة، لكونه قد تملك الحق الثابت فيها، فإذا ما تمّ الرجوع عليه من قبل البنك الخاصم أو من قبل من قام بتظهير الورقة له، فيستطيع بدوره الرجوع على الملتزمين رجوعا صرفيا وعلى وجه التضامن، بعد أن كان محروما من ذلك بسبب كونه يحوزها على سبيل التأمين وليس على سبيل الملكية.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة موضوع التنفيذ على الورقة التجارية في ضوء أحكام التظهير التأميني، من خلال البحث في ماهية التظهير التأميني وآثاره وفي كيفية التنفيذ على الورقة التجارية المظهرة تأمينيا، ولقد توصل الباحث من خلالها إلى جملة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولا- النتائج:

١- أن طبيعة موضوع الورقة التجارية وبكونه مبلغاً نقدياً محدداً، لا تتلاءم مع أحكام التنفيذ على المال المرهون الواردة في المادة ٦٦ و٦٧ من قانون التجارة، التي تقضي ببيعه بحكم المحكمة، وبأن تمكين المحكمة المظهر إليه من خصم الورقة التجارية لدى بنك يعد الوسيلة الأنسب لهذا التنفيذ، وذلك للفائدة التي ستعود على البنك من عمولة وفوائد تخصم من قيمة الورقة قبل دفعها للمظهر إليه عند تنفيذ الحكم.

٢- التظهير التأميني وفقا للمادة ٣/١٤٩ من قانون التجارة الأردني، يطهّر الورقة التجارية من الدفوع في العلاقة بين المظهر إليه والغير وبحدود كامل المبلغ الثابت في الورقة، وذلك بخلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات مثل قانون التجارة المصري، الذي قيد تفعيل هذه القاعدة بحدود الدين المضمون بالرهن فقط كما نصت على ذلك المادة ٣٩٩.

٣- التظهير التأميني لا يعطي للمظهر إليه الحق في الرجوع الصرفي على المظهر، لكونه ليس مالكاً للحق الثابت في الورقة التجارية والمظهر ليس مدينا صرفيا له، فليس له إلا الرجوع بدعوى عادية مصدرها عقد الرهن.

ثانيا-التوصيات:

١- أن يتم تضمين مواد قانون التجارة الناظمة للتظهير التأميني حكما يقضي بتملك المظهر إليه الورقة التجارية التي لم يحل موعد استحقاقها، وذلك عند تخلف المظهر عن الوفاء بالدين المضمون في ميعاد استحقاقه، وهذا من شأنه التشجيع على الائتمان وتجنيب المظهر إليه عناء التنفيذ من خلال القضاء، ونقترح أن يكون النص على ذلك في فقرة منفصلة في المادة ١٤٩ الناظمة للتظهير التأميني، بحيث تكون هي الفقرة الخامسة ونقترح صياغتها كما يلي: "إذا حل ميعاد استحقاق الدين المضمون وتخلف المظهر عن الدفع، تملك الحامل السند وله أن يستوفي دينه من المبلغ الثابت فيه عند الوفاء، فإذا كان هذا المبلغ يزيد عن الدين المضمون ردّت الزيادة إلى المظهر".

٢- أن يتم النص صراحة في المادة ١٤٩ من قانون التجارة على حق المظهر إليه في استيفاء دينه من المبلغ الثابت في الورقة التجارية بمجرد استحقاقها وتحصيل قيمتها، دون انتظار حلول أجل الدين المضمون ودون الحاجة لموافقة المظهر، لما في ذلك من مصلحة للطرفين، فتبرأ ذمة المظهر من الدين المضمون، ويتجنب المظهر إليه دفع فوائد قانونية عن المدة من تاريخ تحصيل مبلغ الورقة وحتى حلول أجل الدين المضمون، ونقترح أن يكون النص على ذلك في فقرة منفصلة تكون هي الفقرة الرابعة من المادة وعلى النحو الآتي: "إذا حل ميعاد استحقاق السند قبل استحقاق الدين المضمون، كان للمظهر إليه أن يستوفي دينه من المبلغ الثابت في السند عند الوفاء به ويرد الزيادة إن وجدت إلى المظهر".

٣-أن يكون تاريخ التظهير بياناً إلزامياً وشرطاً من الشروط الشكلية اللازمة لصحة التظهير التأميني، بحيث يتم النص على ذلك في المادة ٢/١٤٣ من قانون التجارة، لما لهذا التاريخ من أهمية في حالة إفلاس المظهر أو الحجر عليه، حيث أن ذلك يسهل من عملية إثبات وقت حصول التظهير وهل كان قبل الحجر أو الإفلاس أم بعد ذلك أم كان في فترة الريبة. ونقترح أن يكون النص على ذلك على النحو التالي: " ٢) ويجب أن يوقع عليه المظهر مع تأريخ هذا التوقيع".

٤- نتمنى على المشرع الأردني أن يحدد نطاق إعمال قاعدة تطهير الدفوع فيما يتعلق بالتظهير التأميني بشكل صريح، وفيما إذا كان يشمل كامل مبلغ السند أم بحدود الدين المضمون، من خلال النص على ذلك في المادة ٣/١٤٩ من قانون التجارة، وذلك تجنبا لأي خلاف أو تأويل فقهي، وعلى غرار ما فعل المشرع المصري في المادة ٣/٣٩٩ من قانون التجارة، ونقترح أن تكون صياغة الفقرة الثالثة من المادة ١٤٩ كما يلي: "وليس للمسؤولين عن السند أن يحتجوا على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر وبحدود كامل مبلغ السند؛ ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين".

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- التشريعات:

قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

قانون التنفيذ الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته.

- الكتب:

أحمد عبد الفضيل محمد، الأوراق التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة-مصر، ٢٠١٠.

البارودي علي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

دويدار هاني، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

حداد إلياس، الأسناد التجارية، منشورات الجامعة السورية الافتراضية، دمشق، ٢٠١٨.

الحكيم جاك يوسف، الأسناد التجارية، بدون ناشر، دمشق، ١٩٧٣.

طه مصطفى كمال، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٨.

الكيلاني محمود، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، بدون ناشر، عمّان، ٢٠٠٦.

سامي فوزي محمد، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٩.

عبد الحميد عبد المطلب، البنوك الشاملة، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

العكيلي عزيز، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٥.

الفقي عاطف محمد، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١

القليوبي سميحة، الأوراق التجارية، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ٢٠١٧.

القضاة فياض ملفي، شرح القانون التجاري الأردني (الأوراق التجارية)، دار وائل للنشر، عمّان، ٢٠٠٩.

الشرقاوي محمود سمير، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

ياملكي أكرم، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٩.

ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية:

Cannu. P, Granier. Th, R. Routier, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit titrisation, Dalloz, 9 éd. 2016.

CIBIRILA. D, "Endossement", Réportoir de droit commercial, Juill., 2018.

Delebecque. Ph, et Simler. Ph, "Droit des suretés", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 51, 21 déc. 1995.

Delebecque. Ph, "Lettre de change – Endossement", JurisClasseur Commercial, Fasc. 420.

Lassalas, "Escompte", JurisClasseur Banque. Fasc. 550, 2019.

ثالثاً: المواقع الالكترونية:

موقع قرارك التابع لنقابة المحامين الأردنيين، www.qrark.com

موقع قسطاس للتشريعات وأحكام القضاء، www.qistas.com

References:

A-In Arabic:

Legislations:

Jordanian Trade Law, No 12, for the year of 1966.

Jordanian civil Law, No 43, for the year of 1976.

Jordanian Execution Law, No 25, for the year of 2007.

-Books:

Ahmmad, M., (2010). *Negotiable instruments*. Dar Alfekr walganoon Publications, Egypt.

Al Baroody, A. (2002). *Negotiable instruments and bankruptcy*. Dar Almatboat AlJameeah Publications, Al Alexandria, Egypt.

Dweedar, H. (2008). *Commercial law*. Alhalaby publications, Lebanon,.

Hadad, E. (2018). *Negotiable instruments*. Syrian University Publications, Damascus, Syria.

Alhakeem, J. (1973). Negotiable instruments. Damascus, Syria.

Taha, M. (1988). *Negotiable instruments and bankruptcy*. AlAljam Beirut, Lebanon.

Samy, F. (2009). *Commercial law, negotiable instruments*. Dar Althakafa Publications, Amman, Jordan.

Alkeelany, M. (2006). *Legal aspects in bank transactions*. Amman, Jordan.

Abdelhameed, A. (2000). *Universal banks*. Aldar AlJameeah Publications, Al Alexandria, Egypt.

Alokaely, A. (2015). *Mediator in explaning comeercial law*. Dar Althakafa Publications, Amman, Jordan.

AlFakee, A. (2001). *Negotiable instruments*. Dar Alnhadah Alarbeah Publications, Egypt.

Al Galyooby, S. (2017). *Negotiable instruments*, Judges Club Publications, Egypt.

Al quddah, F. (2009). *The explaning of the Jordanian commercial law: Negotiable instruments*. Dar Waeel Publications, Amman, Jordan.

Al Sharkawy, M. (1984). Commercial law. Dar Alnhadah Alarbiah Publications, Egypt.

Yamoulky, A. (2009). *Negotiable instruments and bank transactions*. Dar Althakafa Publications, Amman, Jordan.

B-In French:

Cannu. P, Granier (2016). Th, R. Routier, Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit titrisation, Dalloz, 9 éd.

CIBIRILA. D. (2018). "Endossement", Réportoir de droit commercial, Juill..

Delebecque. Ph, et Simler. Ph, (1995). "Droit des suretés", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 51, 21 déc..

Delebecque. Ph, "Lettre de change – Endossement", JurisClasseur Commercial, Fasc. 420.

Lassalas, (2019). "Escompte", Juris Classeur Banque. Fasc. 550,.

C-Websites:

-www.qrark.com

-www.qistas.com

العقود الإدارية ما بين الاستحالة وصعوبة التنفيذ خلال جائحة كورونا

د. مصعب عادل محمود مقابله *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/٤/١٤م. **تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٥م.**

ملخّص

إن الآثار الاجتماعية والاقتصادية التي خلفتها جائحة كورونا كبيرة جدًا، وبقدر صعوبة تلك الآثار، ظهرت إشكاليات قانونية اعترت العقود الإدارية، ومن أكبر هذه الإشكاليات مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة أم ظرف استثنائي، حيث إن لكل تكييف آثاراً قانونية مترتبة عليه، لذلك استوجب البحث في مدى انطباق شروط القوة القاهرة أو الظروف الطارئة على العقود الإدارية وآثارها، وقد توصل الباحث إلى أنه لا يمكن الجزم بشكل عام بأن جائحة كورونا هي ظرف طارئ أو قوة قاهرة، بل لا بد من البحث في تأثير جائحة كورونا على العقد الإداري، وعندها يتم التكييف بناءً على التأثير الذي اعترى تنفيذ هذا العقد، كما توصل إلى أن الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لا تصيب إلا العقود المستمرة التي يعترض تنفيذها أحدى تلك الظروف أو حدث قاهر معين، وكذلك في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، وأوصى الباحث بأنه من الضروري إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية المتضررة، كذلك أوصى بأنه لابدّ من تعيين اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري بدلاً من القضاء العادي.

الكلمات الدالة: العقود الإدارية، الظروف الطارئة، القوة القاهرة، جائحة كورونا.

* إربـــد، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Administrative Contracts Between the Impossibility of and the Difficulty of Performance Throughout Covid19 Pandemic

Dr. Mus'ab Adel Makableh

Abstract

The socioeconomic legacy of Covid19 is untuerrably massive and the legal ramifications of which has negatively impacted the ongoing contracts. One of the most disputed issues is the legal characterisation of Covid19 pandemic, which an opinion typifies it as a force major whereas a dissent opinion views it as an exceptional circumstance that entails different legal consequences. The matter that left researchers in compelling need to reach at a proper conclusion upon which we can determine the legal status of Covid19 pandemic. The researcher found that the legal characterisation of Covid19 pandemic might vary in different contexts and on a case-by-case basis. The key indicator is the extent that covid19 pandemic has affected the implementation of the contract, which may be a continuous contract or deferred contract. The researcher also recommends paying attention to the necessity to make a financial balance in the impacted contracts and relatable disputes shall be filed before the administrative courts rather than normal adjudication.

Keywords: Administrative contracts, unforeseeable conditions, force majeure, covid19 pandemic.

مقدمة:

تبرم الإدارة ممثلة بأشخاصها المعنوية وأجهزتها الإدارية كونها سلطة عامة العديد من العقود الإدارية مع الأفراد أو المؤسسات أو الهيئات، وذلك بغرض تسيير مرفق عام من خلال استغلال هذا المرفق أو تنظيمه أو تقديم المعونة، بهدف تحقيق المصلحة العامة؛ إذ إن الإدارة تبرم نوعين من العقود؛ النوع الأول: هي تلك العقود التي تبرمها الإدارة بصفتها شخص عادي؛ أي ليست ذات سلطة وسيادة، وتخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص، والنوع الثاني: هي تلك العقود التي تبرمها الإدارة بصفتها الرسمية؛ أي تلك التي تمتلك السلطة والسيادة، وهذا النوع يخضع لأحكام القانون الإداري.

ويختلف العقد الإداري عن غيره من العقود، حيث يُعرّف بأنه: "هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام؛ أي أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام"(١).

يظهر جلياً من خلال التعريف السابق شروط العقود الإدارية؛ وهي: أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد الإداري باعتبارها صاحبة سلطة رسمية، وأيضاً أن يكون الهدف من هذا العقد تسيير مرفق عام عن طريف استغلال هذا المرفق أو تنظيمه أو تقديم المعونة، بهدف تحقيق مصلحة عامة، وكذلك أن يحتوي العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص تعطي الإدارة ما يميزها عن الطرف الآخر(٢).

إن ارتباط العقود الإدارية بالصالح العام يجعل من أي إخلال من جانب المتعاقد لا يقتصر على كونه إخلالاً بالتزام تعاقدي، وإنما فيه مساس بالمرفق العام الذي يتصل به العقد، وبالتالي يضر بالمصلحة العامة، ما لم يكن هذا الإخلال ناجماً عن أسباب قهرية لا يدّ للمتعاقد فيها(٣)، حيث إنه في ظل هذه الظروف التي يشهدها العالم أجمع والناتجة عن جائحة كورنا (كوفيد – ١٩)، أصبحت العديد من الالتزامات التعاقدية الإدارية تشهد استحالة أو إرهاق في التنفيذ للمتعاقد مع الإدارة، كما نتج عنها

(١) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٣١.

(٢) عبد الهادي، العقد الإداري، ص٢١ و٢٢.

(٣) خشمان وحسين، العقود الإدارية وجزاءاتها في فقه القضاء الأردني والقضاء المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، ص١٣٤٣.

العديد من الآراء حول اعتبار جائحة كورونا من الظروف الطارئة أم من قبيل القوة القاهرة، حيث إن لكلا النوعين آثاراً مختلفة على العقد الإداري.

إشكالية البحث:

سببت جائحة كورونا العديد من الخسائر البشرية والاقتصادية والاجتماعية للعديد من الدول، حيث إنها عطلّت عجلة النمو في مجالات شتى، واختلفت الآثار التي لحقت بالدول تبعاً لطريقة تعامل الدولة معها، كما نتجت العديد من الإشكاليات القانونية؛ مثل سريان المدد في الدعاوى، أو عجز البعض عن الوفاء بالتزاماتهم العقدية، وكذلك بالنسبة للعقود الإدارية التي أبرمتها الدولة، ففي بعض العقود، أصبح من المرهق على الطرف الآخر تنفيذ الالتزام، وفي بعض العقود الأخرى أصبح من المستحيل الوفاء بالالتزامات، ومن هنا برزت العديد من الإشكاليات؛ ومنها أثر وباء كورونا على قدرة المتعاقدين مع الإدارة بعقد إداري على تنفيذ التزاماتهم، وكذلك في آلية التكييف القانوني لوباء كورونا في العقود الإدارية من حيث اعتباره قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أو من حيث اعتبارها ظرفاً طارئاً يجعل من المرهق على المتعاقدين مع الإدارة تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وأيضاً ظهرت الإشكالية في مدى تأثير جائحة كورونا على العقود الإدارية في النظام القانوني الأردني.

تساؤلات البحث:

تثير إشكالية البحث عدداً غير قليل من الأسئلة، من أهمها ما يأتي:

١. ما أثر وباء كورونا على قدرة المتعاقدين مع الإدارة بعقد إداري على تنفيذ التزاماتهم؟
٢. هل يُعتبر التكييف القانوني في العقود الإدارية في فترة وباء كورونا من قبيل القوة القاهرة أم الظرف الطارئ؟
٣. ما الأثر القانوني المترتب على تنفيذ العقود الإدارية في حالة اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة أو ظرفاً طارئاً؟
٤. ما أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة والظروف الطارئة؟

أهمية البحث:

تتجلّى أهمية البحث في توضيح الفارق في تكييف جائحة كورونا كقوة قاهرة استحال معها تنفيذ العقد الإداري، أم كونها ظرفاً طارئاً جعلت تنفيذ العقد الإداري يعتريه الإرهاق، حيث يؤثر ذلك في الآثار المترتبة على كل حالة على حده، حيث تتمثّل الأهمية العلمية في أن البحث في منازعات العقود الإدارية في النظام القانوني الأردني له أهمية خاصة في ظل اختصاص القضاء العادي، وتتمثل

الأهمية العملية في دراسة التزامات المتعاقدين في العقود الإدارية في ظل هذا الوباء العالمي في بلد ذي إمكانيات اقتصادية متواضعة.

منهج البحث:

لتحقيق أهداف الدراسة، تم استخدام المناهج الآتية:

- المنهج الوصفي: وذلك من خلال الاستناد إلى النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية التي تتعلق بموضوع البحث.
- المنهج التحليلي: وذلك من خلال القيام بعملية البحث في الموضوع وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية ما أمكن ذلك.

خطة البحث:

المبحث الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية.
المطلب الأول: ماهية الظروف الطارئة في العقود الإدارية.
المطلب الثاني: آثار الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية.
المبحث الأول: القوة القاهرة في العقود الإدارية.
المطلب الأول: ماهية القوة القاهرة في العقود الإدارية.
المطلب الثاني: آثار القوة القاهرة على تنفيذ العقود الإدارية.

المبحث الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية

إن المبادئ التي تحكم العلاقات بين الأطراف في العقود؛ كمبدأ حسن النيّة، ومبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، تجعل من الصعب على أي طرف من الأطراف الإخلال بالتزامه التعاقدي بالذات عندما يتعلق هذا الالتزام بالمصلحة العامة كما يحصل في العقود الإدارية، حيث إنه لابدّ من الملتزم مع الإدارة بعقد إداري أن ينجز التزاماته بكفاءة وسرعة لضمان تحقيق المصلحة العامة المرجوة من هذا العقد.

حيث إن تخلّف الملتزم مع الإدارة في تنفيذ التزاماته يرتّب عليه الجزاءات الإدارية؛ كفسخ العقد أو إلزامه بدفع التعويض للإدارة لما خلّف ذلك من إهدار للمصلحة العامة وضرر للمرفق الذي يديره أو يقدّم خدماته له، إلا أنه في ظل الوضع الوبائي لفيروس كورونا، والمنتشر في العالم أجمع قد يترتب

عليه عجز الملتزم مع الإدارة بعقد إداري على تنفيذ التزاماته تجاهها، حيث إنه لسبب خارج عن إرادته وغير متوقع من قبل الجميع يصبح من المرهق عليه القيام بهذا الالتزام، لذلك سيتطرق هذا المبحث إلى ماهية الظروف الطارئة في العقود الإدارية (المطلب الأول)، ومن ثم التحدّث عن أثر هذه الظروف على تنفيذ العقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الظروف الطارئة في العقود الإدارية

عندما تختلّ اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً لظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وينتج عن ذلك جعل التنفيذ أكثر إرهاقاً للمتعاقد، بما يترتب عليه من خسائر تتجاوز في حدّتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فإنه على المتعاقد طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلّب على هذه الظروف، كي تشاركه في تحمّل جزء من الخسارة التي لحقت به، وإن كانت الظروف الطارئة لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وفي الوقت نفسه فإن على الملتزم مع الإدارة بعقد أن ينفذ التزاماته[١].

وقد عُرّفت الظروف الطارئة بأنها: "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، وينجم عنه اختلاف بين المنافع المتولّدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً، ويتهدده بخسارة فاضحة تخرج عن الحدّ المألوف[٢]. كما تم تعريفها بأنها: "تلك الظروف التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين إرهاقاً يهدده بخسارة فادحة مع إمكانية التنفيذ رغم الإرهاق، على ألا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل وجوب ردّه إلى الحدّ المعقول[٣].

كما ذكر المشرّع الأردني الظروف الطارئة في المادة (٢٠٥) من القانون المدني، حيث نصّت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وتخضع منازعات العقود الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية للمحاكم النظامية باستثناء الإجراءات التمهيدية للعقود الإدارية، والتي تخضع للقضاء العادي، وبما أن الولاية العامة هي للقانون

(١) البنان، أثر الظروف الاستثنائية في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، ص١٥٩.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ص٧٠٥.

(٣) الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام، ص ٣٣٦.

المدني لذا فإن تطبيق الظروف الاستثنائية في حال انطباق شروطها على العقود الإدارية وارد بشكل كبير مع اختلاف في كيفية معالجة القاضي الإداري للعقود الإدارية التي ترجّح بها كفّة الصالح العام على الصالح الخاص للأفراد.

ويتضح من ذلك بأن الظروف الطارئة لا تؤدّي لجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، في الوقت نفسه يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وجود هذه الظروف، إلا أنه ليس من العدل إن يترك المتعاقد مع الإدارة بمفرده يواجه هذه الظروف التي لم يكن بالإمكان توقع حدوثها، إذ أنه ليس من صالح الإدارة أن يتعثّر تنفيذ التزام العقد، وما يترتب عن ذلك من آثار على سير المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد[١]، لذلك يستوجب على الإدارة أن تتقاسم ما خلّفته هذه الظروف على المتعاقد معها من آثار سيئة بقدر هذه الآثار، حتى يستطيع إكمال التزامه تجاه المرفق العام دون أي إضرار بمصلحته.

ولابدّ من التطرق لمبررات اعتبار جائحة كورونا ظرفاً طارئاً، حيث سيتم التطرّق لشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإسقاطها على أزمة وباء كورونا للوصول إلى تلك المبررات، وهي على النحو الآتي:

أولاً: حدوث ظرف طارئ عام غير متوقع

يقتضي أن يكون الظرف استثنائياً إذا لم يتفق مع السير العادي للأمور؛ أي بعيداً عن طبيعة الحياة اليومية للأشخاص، حيث إن هنالك العديد من الظروف التي قد تحدث بشكل غير متوقع؛ ومنها الزلازل والبراكين أو الثورات أو الحروب، كذلك الأزمات العالمية نتيجة لظروف معينة، كالأزمة العالمية بسبب ظهور وباء كورونا، والتي يعيشها العالم حالياً، حيث سبق وأن عاش العالم العديد من الأزمات بسبب انتشار الأوبئة في العالم؛ مثل وباء السارس والكوليرا وانفلونزا الخنازير. كذلك لابدّ من أن يكون هذا الظرف عاماً، ويُقصد بذلك أن لا يتعلق بالمتعاقد بمفرده كإفلاسه أو موته أو مرضه، وإنما يشترط لكي يوصف الحادث بالعمومية أن يكون شاملاً لطائفة من الأشخاص[٢]. ومما لا شكّ فيه أن آثار جائحة كورونا طالت جميع مناحي حياة الأشخاص في كل العالم، حيث إنه إضافةً لتداعياته الاقتصادية والثقافية والنفسية، إلا أن لهذا الوباء تداعيات أخرى على الأعمال والتشغيل؛ مثل توقيف

(١) علي، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، ص١٥٩.

(٢) عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، ص٥٠٢.

المواصلات والمهن والحرف، وكذلك إغلاق أماكن العمل والموانئ والحدود بين الدول[١]، لذلك يوصف بأنه حادث عام.

ثانياً: أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد الإداري

يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود التراخية في التنفيذ؛ أي تلك التي تحتاج إلى وقت معين لتنفيذها، حيث يجب أن يتم هذا الظرف الطارئ بعد إبرام العقد الإداري، وقبل انتهاء العقد وانقضاء الالتزام الذي بين المتعاقد والإدارة، وذلك يرجع إلى أن أثناء تنفيذ العقد الإداري الذي تم الاتفاق عليه وفق المجرى العادي للأمور، ستنقلب اقتصادياته بمجرد حدوث الظرف الاستثنائي أثناء تنفيذه، كما اشترطت محكمة النقض المصرية بأن لا يكون التراخي في تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المتعاقد[٢]؛ أي في حال لم ينفّذ المتعاقد مع الإدارة العقد الإداري وفق الاتفاق، وأنه قد تراخى في التنفيذ، فإنه لا يجوز له في هذه الحالة الاستفادة من تقصيره.

إلا أنه يمكن أيضاً تنفيذ نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية كاستثناء على الأصل، ذلك في حالة ما إذا امتد العقد إلى فترة أطول من المتفق عليها في العقد، وكان هذا الامتداد لسبب يرجع إلى جهة الإدارة، في هذه الحالة يحقّ للمتعاقد التعويض عن الظروف الطارئة التي وقعت بعد انتهاء المدة المحددة للتنفيذ، وذلك لعدم تمام التنفيذ لأمر خارج عن إرادة المتعاقد[٣].

ثانياً: أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة الطرفين

يُلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن لا يكون لإرادة طرفي العقد دخلاً في إحداثه أو تفاقم آثاره الضارة، فإذا تسبّب المتعاقد في حدوث هذا أو شارك في إحداثه، فلا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة[٤]، حيث يجب أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً لا علاقة لأي من الطرفين به، وإن كان هذا الشرط لا يمكن العمل به على عمومه، إذ إن الإدارة قد تتسبب بسوء قصد في إحداث الظرف الطارئ دون علم الطرف الثاني في العقد، وذلك لا يحول دون طلب المتعاقد تطبيق الظروف الطارئة على العقد إذا كانت نظرية عمل الأمير لا تنطبق[٥].

---

(١) الشعيبي، التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، مجلة عدالة للدراسات القانونية، ص٨٩.

(٢) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٦٠١٠ لسنة ٨٥، الصادر بجلسة ٨-١٢-٢٠١٦.

(٣) الطماوي، مرجع سابق، ص٦٧٣؛ بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، ص٢٣٠.

(٤) نصار، العقود الإدارية، ص٣٣٦.

(٥) هاشم، الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص٨٦.

ثالثاً: أن تجعل الظروف الطارئة تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً على المتعاقد مع الإدارة

يحدث هذا الأمر إذا أدّت الظروف الطارئة إلى قلب اقتصاديات العقد بشكل يجعل من تنفيذ الالتزام ليس مستحيلاً، وإنما مرهق على الطرف الملتزم مع الإدارة بعقد إداري[١]، حيث يدل مصطلح الإرهاق على صعوبة تنفيذ العقد دون إلحاق الخسارة المادية للمتعاقد عند تنفيذ التزامه، إذ إن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد أصدرت في قرارها بأنه حتى تتحقق حالة الظروف الطارئة فإنه لابدّ من أن تقوم تلك الظروف بإصابة المتعاقد بخسائر فادحة تتجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً[٢].

إن المعيار الذي يقاس عليه الإرهاق هو معيار شخصي، حيث إن الظرف الطارئ من شأنه أن يؤثر على أشخاص دون أشخاص آخرين[٣]، ومن الممكن أن يكون بعض الأشخاص قادرين على مواجهة هذا الظرف الطارئ وتحمّل الخسائر الناجمة عنه، بينما هناك أشخاص آخرون لا يستطيعون مواجهة ذات الظرف ولا تحمّل أي خسارة قد تلحق بهم.

بالنظر إلى جائحة كورونا والآثار التي ترتبّت عنها، يمكن الحديث بأنها كانت حادثاً عاماً غير متوقع، وخارج عن إرادة أي طرف من الأطراف سواءً الإدارة أو الملتزم معها بعقد إداري، إذا ما كان العقد متراخي التنفيذ، وحصلت ظروف هذا الوباء خلال هذا العقد، وأن تؤدي تداعيات هذا الوباء إلى إلحاق إخلال جسيم باقتصاديات العقد، تجعل من المرهق على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامه دون تكبّد الخسائر المالية في بعض العقود الإدارية.

ونظراً للحظر الشامل الذي فرضته المملكة الأردنية الهاشمية في بداية شهور أزمة كورونا وعدم طبيعية الحياة في ذلك الوقت، وكذلك الحظر الجزئي الذي اقتضى تقليص ساعات العمل أو تنقّل المواطنين، وأدّى إلى تقليص حجم العمالة في مكان العمل للالتزام بالتباعد بينهم لضمان حمايتهم، فإن ذلك قد ألحق الإرهاق لعقود الامتياز التي تقتضي التزام المتعاقد مع الإدارة بأداء خدمة لمرفق عام مقابل استغلاله مادياً لمدة معينة من الزمن، وأيضاً لعقود الأشغال العامة التي تقتضي قيام المتعاقد مع الإدارة بأعمال بناء أو ترميم أو صيانة مرفق عام تحقيقاً للمنفعة العامة مقابل أجر.

---

(١) الطماوي، محمد الوجيز في القانون الإداري، ص٦٨٧.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩، الموسوعة القانونية للتشريعات والأحكام القضائية، جمهورية مصر العربية، بتاريخ ٣٠-٦-١٩٨٥.

(٣) خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٢٣٠-٢٣١.

وقد توقف الانتفاع من المرفق العام في عقود الامتياز لمدة معينة بسبب ظروف الحظر، مما يستدعي معه عدم انتفاع المتعاقد من المرفق العام وإلحاق الخسارة المادية له، بالتالي سيجعل من الصعب على المتعاقد أن يسدد للإدارة ما يستحق عليه من أموال نتيجة الحظر الشامل أو الجزئي الذي تفرضه الحكومة، أو من الصعب عليه أن يستعيد ما دفعه للمرفق العام من أموال، كذلك في عقود الأشغال العامة قد يقتضي معها تأخر المتعاقد في إنهاء عمله خلال المدة المعينة في العقد، بسبب تقليص عدد العمالة أو تقليص ساعات العمل أو حدوث فرق كبير في أسعار الأدوات نتيجة لعدم إمكانية استيرادها من دولة معينة، وما إلى ذلك من معوقات قد تظهر نتيجة وباء كورونا، وبذلك يتحقق الإرهاق للمتعاقد عند تنفيذه التزامه في ذلك النوع من العقود تحديداً.

إن الحديث عن شروط الظروف الطارئة وإمكانية تطبيقها على العقود الإدارية، يستدعي التطرق لنظرية فعل الأمير، وذلك حمايةً لحقوق المتعاقد عن الإدارة فيما خرج عن نطاق نظرية الظروف الطارئة، وفي الوقت نفسه لم يسبب استحالة في التنفيذ، وكذلك للوقوف على الفروق التي بينها وبين نظرية الظروف الطارئة، حيث إن نظرية فعل الأمير تُعرّف بأنها: "هي كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينصّ عليها العقد"[1]. كما تُعرّف بأنها: "كل تصرّف مشروع صادر من السلطة العامة المتعاقدة، فيترتب عليه جعل تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد أكثر صعوبة[2]، حيث إن تلك النظرية تشابه إلى حدّ معين نظرية الظروف الطارئة من حيث الإرهاق الذي يصيب المتعاقد من الإدارة، ولكنها تختلف من حيث الشروط

ويتبيّن من التعريفات سابقة الذكر شروط نظرية فعل الأمير، حيث سيتم ذكرها لبيان الفرق بينها وبين شروط الظروف الطارئة، وهي على النحو الآتي:

أ. أن تكون أمام عقد ذي طبيعة إدارية

تتعلق نظرية فعل الأمير بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة، ويتعلق فحوى النظرية بتضرر المتعاقد مع الإدارة جرّاء تصرفات الإدارة التي أخلّت بالتوازن العقدي وجعلت تنفيذ الالتزام أكثر صعوبة في التنفيذ، بينما تُطبق نظرية الظروف الطارئة على أنواع العقود الإدارية والخاصة.

(١) بوشارب، الزهرة، ٢٠١٤، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ص١٠.

(٢) الجلولي، رحمة، حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، ص ٣٥٤.

ب. أن يكون الفعل صادراً عن الإدارة

إن نظرية فعل الأمير لها معنيان أحدهما واسع والآخر ضيق، ويُقصد بالمعنى الواسع تدخل السلطة العامة الذي يؤثر بشكل أو بآخر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بينما المعنى الضيق يقوم على النظر في عمل الأمير على أنه إجراء اتخذته السلطة المتعاقدة كما يؤثر على شروط تنفيذ العقد[١]. ولكن عند النظر في جائحة كورونا وإصدار قانون الدفاع الذي ينحصر العمل به في جميع المواضيع التي يصدر بها أوامر دفاع، فإننا هنا من قبيل صدور القرار عن السلطة العامة، والتي تمثل الإدارة في تلك الأوامر التي من شأنها الإضرار بالمتعاقد مع الإدارة، بينما في نظرية الظروف الطارئة، فإنها ترتكز على أسباب خارجة عن إرادة الطرفين.

ج. أن يكون الفعل مشروعاً وغير متوقع

يتعلق جوهر نظرية فعل الأمير بصدور قرارات أو إجراءات مشروعة عن الإدارة، إذ إن صدور تصرّف غير مشروع من الإدارة يرتّب عليها التعويض طبقاً لقواعد وأسس المسؤولية الإدارية العقدية أو المسؤولية الإدارية التقصيرية[٢]، كما اشترطت أن يكون تصرّف الإدارة غير متوقع؛ أي أن تكون الإجراءات أو القرارات التي اتخذتها الإدارة غير متوقعة عند إبرام العقد، حيث إن للإدارة اتخاذ ما يلزم وضروري من التصرفات التي تراها مناسبة، ولكن يجب أن لا تتجاوز القدر المعقول الذي من الممكن أن يتوقعه المتعاقد[٣].

د. أن يترتب على تصرّف الإدارة ضرر بالمتعاقد معها

يلزم لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على تصرّف الإدارة ضررٌ يلحق بالمتعاقد معها، حيث لا يشترط درجة معينة من الجسامة، ويكفي أن يكون الضرر يتمثل في نقص الأرباح التي كان من الممكن أن يتحصّل عليها المتعاقد مع الإدارة والتي تعاقد على أساسها[٤]، كما أن نظرية الظروف الطارئة تشترط إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة بناءً على ذلك الظرف الطارئ.

وبذلك يتضح الفرق الجلّي بين نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة من حيث مجال تطبيق كل نظرية من تلك النظريات، حيث تختلف كل نظرية في شروط تطبيقها عن النظرية الأخرى،

(١) عبدالحميد، وشلماني، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، ص٢٤٦.

(٢) قريشي، آنيسة، ٢٠٠٢، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، ص١٤٠.

(٣) الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة)، ص٤٥٣.

(٤) الطماوي، مرجع سابق، ص٥٧١.

إلا أن الأساس هو إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وإعانة المتعاقد مع الإدارة جرّاء الخسائر التي لحقت به.

المطلب الثاني: آثار الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية

إن ورود نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني يستدعي تطبيقها على كل من العقود المدنية والإدارية، باستثناء الإجراءات التمهيدية للعقد الإداري التي ينظرها القضاء الإداري، أما المنازعات الأخرى للعقود الإدارية، فتنظرها المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية، وكون القانون المدني هو الشريعة العامة التي يتم الالتجاء إليه في حال عدم ورود نصّ في القانون الإداري، بالتالي فإن تحقق شروط هذه النظرية على أحد العقود الإدارية يقتضي ترتّب آثار معينة على تلك العقود.

وتأخذ تلك النظرية أساسها في العقود الإدارية من أفكار مختلفة، إذ إن الأثر المترتب عليها يتبيّن عند النظر في العديد من تلك الأفكار، ومنها فكرة التوازن المالي للعقد، إذ يجب أن تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد عن أي ضرر قد يلحق به نتيجة حقّها في تعديل العقد الإداري، وكذلك نتيجة الإرهاق الذي يصيبه من الظروف الطارئة التي قد تحصل.

إن تعديل الإدارة للعقد الإداري أو الظروف الطارئة التي تحصل أثناء تنفيذ ذلك العقد يكون كل ذلك على حساب حقوقه الأساسية خاصةً في الجانب المادي، فإذا كانت الالتزامات المترتبة على المتعاقد قابلة للتغير بالزيادة أو النقصان، فإن حقوقه يجب أن تكون كذلك، بحيث يكون هناك توازن بين الحقوق والالتزامات، وهذا ما يعبّر عنه بالتوازن المالي للعقد[١].

لذلك فإن من حقّ الملتزم مع الإدارة بعقد إداري أن لا يتحمّل وحده كل الغرم، وأن تسهم الإدارة في معاونته بأن تقوم بتعويضه تعويضاً عادلاً، ولو لم يكن هناك خطأً من جانبها، فزيادة العبء عليه عما كان متوقع أثناء إبرام العقد الإداري يؤدي إلى اختلال التوازن في العقد، مما يؤثر على الاستمرار في التنفيذ على الوجه الأكمل[٢]، لذلك تعتبر هذه النظرية أساس لترتّب الآثار على الإدارة في تعويض المتعاقد عما قد يلحقه من أضرار نتيجة الظروف الطارئة.

ومن الأفكار التي تشكّل أساساً مهماً في تشكّل آثار قانونية على تحقق الظروف الطارئة على عقد إداري معين، فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولأن العقود الإدارية تتعلق بمرفق

(١) علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة، دراسة مقارنة، ص ٥.

(٢) حشلاف، فاطيمة، التوازن المالي للعقد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ص٢.

عام معين، فإن أي تعطيل لذلك العقد يعني بالضرورة تعطّل عمل المرافق العامة، وإذا حصلت الظروف الطارئة، فإنها تجعل من المرهق على المتعاقد أن يستمر بالتزامه.

إذ إن الأصل أن تؤدّي المرافق العامة خدماتها باستمرار، فإذا طرأت ظروف غير متوقعة ترتب عليها قلب اقتصاديات العقد الإداري، وأثرت على استدامة سير المرافق العامة الذي يخدمه، فعلى الإدارة أن تسارع إلى معاونة المتعاقد على تلك الظروف لكي تضمن استمرار المرفق العام في أداء خدماته المعتادة دون توقف(١).

لكن هناك من عارض بأن فكرة سير المرافق العامة تتعلق فقط في الحالات التي تتعلق بحصول الظروف الطارئة على عقد إداري أثناء التنفيذ دون العقود الإدارية بعد انتهائها، لذلك فقد ألحقت فكرة العدالة التي تغطي أي نقص قد لا تغطية فكرة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد(٢)، ففي حال كانت الظروف الطارئة قد لحقت بالعقد الإداري وألحقت الضرر بالمتعاقد وانتهى ذلك العقد، فيحقّ له طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت له على هذا الأساس.

بعد توضيح الأساس لنظرية الظروف الطارئة والتي تجعل من تحقق الآثار شيئاً من المنطق قانونياً، فإنه لابدّ من التطرّق إلى آثار الظروف الطارئة على العقود الإدارية، وهي على النحو الآتي:

١. التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري

تجعل الظروف الطارئة من تنفيذ الالتزام على المتعاقد مرهقاً وليس مستحيلاً، لذلك لابدّ أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، وذلك لضمان سير المرافق العامة لحماية المصلحة العامة للمواطنين، وقد تم الإشارة إلى ذلك سابقاً.

ولا يعفي الظرف الطارئ المتعاقد من التزاماته التي تنشأ عن العقد؛ فالتزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وقوع الحادث الطارئ وإن كان مرهقاً إلا أنه ممكن، لذا يمكن القول إن فكرة الظروف الطارئة التي تقع في مركز وسط من الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد القيام بالتزاماته وبين الحالة القاهرة التي تؤدي تحرير المتعاقد من التزاماته(٣).

---

(١) علي، مرجع سابق، ١٩٥.

(٢) علي، علي محمد، ١٩٩١، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص٥١٧.

(٣) حسين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها، ص٢٨٣ وما بعدها.

كما أنه لا يجوز للمتعاقد أن يقوم من تلقاء نفسه بالتوقّف عن تنفيذ العقد الإداري بمجرد حصول الظرف الطارئ؛ لأنه إذا توقف المتعاقد عن التنفيذ قد يتعرّض لتوقيع الجزاءات التي تملكها الإدارة؛ كغرامات التأخير وسحب العمل والتنفيذ على حسابه، كون أن الرابطة العقدية ما بين المتعاقد والإدارة قائمة ولم تنقض(١).

بالإضافة إلى أن أمر تقدير الظرف الطارئ لا يرجع للمتعاقد وإنما للقضاء، كون القضاء هو من يحكم باستمرار التنفيذ من عدمه وليس المتعاقد، حيث تطلب الإدارة أو المتعاقد إيقاف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ أو فسخ العقد، في حالة ما إذا كان الاستمرار يجعل من الصعب مادياً أو فنياً على المتعاقد الاستمرار في التنفيذ، أو إذا كان الظرف الطارئ قد استمر لفترة ليست طويلة، كذلك فإنه يجب على المتعاقد أن يستمر بالتنفيذ طِوال مدة نظر القضاء في طلب فسخ العقد الإداري.

يتميز هذا الظرف الطارئ بأنه مؤقت وليس دائماً، فإذا ما امتد لفترة طويلة فإنه من الممكن أن يتحول إلى قوة قاهرة لصعوبة الاستمرار في العمل مع وجود ظرف طارئ يعيقه، كذلك فإن التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ لا يحول دون إعفاء المتعاقد من الجزاءات التي تترتب عليه نتيجة تأخره في التنفيذ إذا كان العقد مرتبطاً بمدد تنفيذ معينة، وذلك لأنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الطبيعي للعقد في المدة المحددة، مما يسوغ أن يُعدّ عذراً للإعفاء أو لتخفيف الجزاءات المقررة(٢).

٢. التزام الإدارة بتعويض المتعاقد

إذا استمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من الإرهاق الذي تعرّض له بسبب الظروف الطارئة، فإنه يتوجّب على الإدارة أن تقف إلى جانبه، وتعاونه عن طريق تقديم التعويض المادي الذي يسهم في تفاديه الخسارة التي وقعت به، حيث تقتضي كل من فكرة التوازن المالي للعقد وفكرة العدالة أن تقوم الإدارة بتقديم التعويض للمتعاقد.

إن التعويض الذي تدفعه الجهة الإدارية هو تعويض عن ضرر ليست مسؤولة عنه، وهدفها إقالة عثرة المتعاقد تجاوزاً لظروف لا يدّ لأحد الطرفين فيها، وبالتالي لا يكون التعويض بقدر الضرر، وإنما يكون أقل منه دون تحديد نسبة معينة؛ فالخسارة التي أصابت المتعاقد ليست سوى عنصر من عناصر التقدير المشترك مع عناصر أخرى في تحديد مقدار التعويض، ذلك بهدف إعادة التوازن

(١) الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، ص٣٧٥.

(٢) علي، مرجع سابق، ١٨٩.

المالي للعقد الإداري التي تُعدّ سمة من سمات العقود الإدارية سواءً تم النص عليها في العقد الإداري أو لم يتم النصّ عليها[١].

تقتضي نظرية الظروف الطارئة أن يكون ذلك الظرف يشكّل عبئاً كبيراً وذا تكلفة شاقة تتجاوز ما قدّره المتعاقدان، وأن تكون الخسارة الناشئة عنه فادحة واستثنائية تتجاوز الخسارة العادية، فإذا لم يترتّب على الظرف الطارئ خسارة ما، أو إذا كانت الخسارة طفيفة أو عادية، انحصر أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الكسب على المتعاقد، ومن ثم فلا يكون مجال لإعمال أحكام هذه النظرية لتعويض المتعاقد[٢].

وتختلف صلاحيات القاضي عند النظر في العقود الإدارية عن صلاحيات القاضي المدني، إذ إن العقود المدنية عند النظر فيها من قبل القضاء، فإن القاضي يستطيع التعديل في نصوص العقد، على خلاف العقود الإدارية التي لا يجوز للقضاء التعديل في نصوصها، وإنما فقط ينحصر دور القاضي في إقرار التعويض من عدمه بعد النظر أو فسخ العقد بناءً على طلب الأطراف[٣]. إذ إن القاضي في هذه الحالة ينظر فيما إذا كانت تنطبق حالة الظروف الطارئة في العقد الإداري والحكم بعدها بالتعويض للمتعاقد بناءً على الخسارة التي لحقته بما يستطيع معه إعادة التوازن للعقد.

لذلك لابدّ من التطرّق لأسس التعويض وكيفية تقديره في ظل اختصاص القضاء العادي، إذ أن نظرية الظروف الطارئة تختلف من القانون المدني عنها في القانون الإداري ومرجع ذلك الى اختلاف سلطة القاضي في كل من القانونين، ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدّل من التزامات المتعاقدين، في حين أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يحكم إلا بالتعويض[٤]، كما أن القضاء العادي هو المختص في النظر بمنازعات العقود الإدارية – فيما عدا الإجراءات التمهيدية للعقود الإدارية– إلا أنه يجب أن يراعي مبادئ القانون الإداري الذي له خصوصية تختلف عن غيره.

إن الأسس القانونية التي بُني عليها حقّ المتعاقد بالإدارة بالتعويض؛ كالحفاظ على التوازن المالي للعقد وفكرة العدالة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، جميعها جعلت من الإدارة مُلزمة بتقديم التعويض العادل للمتعاقد معها، حيث لا يغطي التعويض في نظرية الظروف الطارئة الخسائر

(١) بدوي، مبادئ القانون الإداري، ص١٣٤.

(٢) البنا، العقود الإدارية، ص٢٣٦.

(٣) عبد المقصود، مرجع سابق، ص٥٢٢.

(٤) عبدالقادر، محفوظ، ٢٠١٩، أثر تغير الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص٣١٧.

التي تحملها كلها، وإنما يكون بالقدر الذي يمكن المتعاقد من استمرار تنفيذ التزاماته التعاقدية، وليس له الحقّ في طلب تعويض كامل بل يحصل على تعويض جزئي، ويقرر القاضي تحميل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة[١]، في حدود تمكين المتعاقد مع الإدارة في الاستمرار بتنفيذ العقد الإداري.

وتتشابه الآثار المترتبة على انطباق شروط نظرية الظروف الطارئة مع الآثار التي تترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير، ففي حال انطباق شروط نظرية فعل الأمير على العقد الإداري، فإنها تنتج أثرها المتمثل في تعويض المتعاقد مع الإدارة عن جميع الأضرار التي لحقته بسبب تصرّف الإدارة، حيث إنها تعوضه عن ما فاته من كسب وما لحقه من خساره[٢].

ويتمثل الاختلاف أن في نظرية الظروف الطارئة يكون التعويض جزئياً، بينما يكون في نظرية فعل الأمير كلياً بما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، ونظراً لأهمية إعادة التوزان المالي للعقد وفقاً لنظرية فعل الأمير، فإنه إذا اتفقت الإدارة مع المتعاقد معها بتضمين شرط إعفائها كلياً من جميع الأضرار الناتجة عن فعل الأمير، فيعتبر هذا الشرط باطلاً[٣]، ويرجع أمر تحديد التعويض للمتعاقد مع الإدارة إلى القضاء العادي في حال تكيّفت تلك الأضرار وفق نظرية فعل الأمير.

وبذلك فإن ظهور وباء كورونا حالياً إذا ما تم تكييفه من قبل القضاء في بعض العقود الإدارية بأنه ظرف استثنائي لجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً على المتعاقد، فإنه لابدّ من المتعاقد الاستمرار في تنفيذ الالتزام لحين الطلب من القضاء بالتعويض عن الأضرار التي لحقته، وكون الظروف الطارئة من النظام العام، فبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لذلك من الممكن اعتبار الإغلاقات التي قامت بها الحكومة لفترة مؤقتة ظرفاً طارئاً لقيام المتعاقد بالالتزام بتعاقده، فتحكم المحكمة بالتعويض له، كما أن تأخره في تنفيذ التزامه بسبب الحظر الشامل يُعتبر من قبيل الظرف الطارئ، لأنه لم يتعدَّ أياماً قليلة فقط، وإنما باقي الأيام كان حظراً جزئياً تعذّر معه استفادة المتعاقد من المرفق العام كما هو بالشكل الطبيعي، مما يترتب عليه إلحاق الخسارة الفادحة به والتي يجب جبرها من قبل الإدارة.

وفي حال عدم انطباق شروط نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير، إذ إن أوامر الدفاع التي أصدرها رئيس الوزراء في قانون الدفاع خلال جائحة كورونا والتي هدفت إلى مسك زمام الأمور في الدولة الأردنية وحمايتها من تدهور الوضع الوبائي والاقتصادي في الدولة هي

(١) الجازي، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات اجنبية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص٥٩٣.

(٢) الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، ص٤٩٠ وما بعدها.

(٣) شعبان، علي، ٢٠١٢، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر، ص٢٢٢.

بالأساس مشروعة، لكن إذا أدّت إلى جعل تنفيذ الالتزامات في العقود الإدارية أكثر صعوبة فتطبق نظرية فعل الأمير، لذلك فإنه في حالة الخروج من حالة الظروف الطارئة وعدم إمكانية اللجوء إليها لطلب التعويض عن الإرهاق الذي حدث للمتعاقد مع الإدارة جرّاء هذه الجائحة وما تبعها من قرارات، فيمكن اللجوء لنظرية فعل الأمير في حدود القرارات الصادرة من الإدارة.

المبحث الثّاني: القوة القاهرة في العقود الإدارية

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في المبادئ والأحكام التي تطبق عليها، إذ إن العقد الإداري هدفه تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد على عكس العقود المدنية التي تراعي مصالح خاصة للأفراد، كما أن الإدارة تملك صلاحيات أوسع وغير مألوفة تجاه المتعاقد معها على عكس العقود المدنية التي تفرض التوازن بين الطرفين في العقد، لكن مع ذلك يفترض أن يقوم كلا الطرفين بتنفيذ التزاماته الواقعة على عاتقه بحسن نيّة، وفي حال إخلال أي من الطرفين بالتزاماته يحقّ للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جرّاء عدم الالتزام بالعقد، كما يمكن تعليل ذلك لأن إخلال المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته يضر بحسن سير المرفق العام الذي أبرم العقد بخصوصه، مما يستوجب الإضرار بالمصلحة العامة، لذلك تكون الإدارة صاحبة السلطة الأعلى في العقود الإدارية.

لقد تم التطرّق سابقاً إلى نظرية الظروف الطارئة التي تجعل من العقد الإداري مرهقاً في التنفيذ، كما تم التطرّق لشروطها والآثار التي ترتبها تلك النظرية على العقود الإدارية، إلا أن نظرية القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام في العقد الإداري غير ممكن (مستحيل) التنفيذ نظراً للظروف غير المتوقعة التي تحدث، لذلك لابدّ من التطرّق بدايةً إلى ماهية القوة القاهرة في المطلب الأول، ومن ثم التطرّق إلى أثر القوة القاهرة على العقود الإدارية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية القوة القاهرة في العقود الإدارية

عندما تبرم الإدارة عقداً إدارياً مع أحد الأفراد لصالح خدمة مرفق عام، فإن المتعاقد مع الإدارة يجب عليه الالتزام الكامل وفق المعايير المتفق عليها بالعقد، لكن في حال حصول حادث فجائي غير متوقع يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام؛ مثل الزلازل أو البراكين أو الحوادث التي من فعل البشر وكذلك الأوبئة المختلفة، فإنه يستوجب حينها اتخاذ إجراءات تحمي المتعاقد حتى لا يتعرّض لخسارة لا يمكن تداركها، وكذلك حماية المرفق العام من قبل الإدارة لضمان ديمومة استمرار المرفق العام، حتى لا يؤثر ذلك على المصلحة العامة لكل من يستفيد من خدمات هذا المرفق العام.

ولم يعرّف المشرّع الأردني القوة القاهرة كغالبية الدول؛ مثل المشرّع المصري أو الفرنسي، ولكن تعرّض المشرّع المغربي لتعريف القوة القاهرة بأنها: "كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالظواهر الطبيعية، والفيضانات، والجفاف، والحرائق، وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملاً مستحيلاً، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم بالدليل أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين[١]، ولكن ذكر هذه التعداد في التعريف من قبل المشرّع قد يوحي أنهم مذكورين على سبيل الحصر، وهذا من شأنه أن يبعد أي صور أخرى.

كما تعرّض الفقهاء لتعريف القوة القاهرة بأنها: "حادث غير ممكن توقعه، ويستحيل دفعه، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة"[٢]. كما وعرفها دي لوبادير بأنها: "هي الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع، والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية[٣]. ويتفق الفقهاء بأنه حتى تتحقق حالة القوة القاهرة لابدّ من أن يطرأ حادث غير متوقع وعام يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بحيث لا يكون لأي من الأطراف يدّ بوجود هذا الحادث.

كما تطرّق المشرّع الأردني لحالة القوة القاهرة في القانون المدني الأردني في المادة (٢٤٧)، التي نصّت على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه"، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيل التنفيذ ينقضي التزام كلا الطرفين، ويؤدّي ذلك إلى انفساخ العقد بحكم القانون في العقود المدنية، لكن كون منازعات العقود الإدارية تخضع لأحكام القانون المدني في التشريع الأردني، إلا أنه بالنظر الى الطبيعة الخاصة لتلك العقود وما تستلزمه من بذل أقصى جهد من جانب المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد الإداري على اعتبار أنهم مكلفون بمهمة تتعلق بالمصلحة العامة، فإن القاضي الإداري يبدي تشدداً واضحاً في تقدير سلوك المتعاقد، وما هو متطلب منه من جهود في هذا المجال أكثر من ما تتطلبه المحاكم العادية في مجال تنفيذ العقد المدني[٤]، لذا كان لابدّ من المشرّع الأردني التطرّق إلى باقي الشروط المتعلقة بحالة القوة القاهرة على خلاف شرط استحالة التنفيذ.

---

(١) المادة (٢٦٩)، قانون الالتزامات والعقود المغربي (١٢ اغسطس ١٩١٣)، ١٣٣١ رمضان ٩ ظهير صيغة معينة بتاريخ ١١ فبراير ٢٠١٦.

(٢) المحمد، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، ص٤٠٣.

(٣) لوبادير، مطولة في العقود، ص٧٢٧ وما بعدها.

(٤) السيوي، العقد الإداري والقوة القاهرة، مجلة دراسات قانونية، ص١٢٢.

لذلك لابدّ من التطرّق لمبررات اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، وسيتم التطرّق لشروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، وإسقاطها على أزمة وباء كورونا للوصول إلى تلك المبررات، وهي على النحو الآتي:

أولاً: وجود سبب خارجي لا يدّ للمتعاقد فيه

يجب أن يكون الفعل المكون للقوة القاهرة أجنبياً عن إرادة المتعاقد ومستقلاً تماماً عنه؛ أي أنه لم يحدثه بأي تصرّف من جانبه ولم يسهم في إحداثه ولم يكن لإرادته أي دور في تحقيقه، وهذا يستتبع أنه لم يكن في استطاعته منع تحقيقه[١]، ويترتب على ذلك أن المتعاقد مع الإدارة إذا تأخر في تنفيذ التزاماته، فإنه لا يستطيع أن يتخلّص من المسؤولية إذا أصبح تنفيذه لها مستحيلاً لقوة قاهرة؛ لأن تنفيذ الالتزام في ميعاده كان يقيه القوة القاهرة[٢].

لذلك عند النظر في جائحة كورونا فإنها تعتبر من الأسباب الخارجية التي لا يدّ للمتعاقد فيها، حيث أنه لم تنشأ بخطأ من أحد الأطراف ولا بسبب إهماله، كونها جائحة عامة أصابت جميع بلاد العالم دون استثناء وألحقت الخسائر المادية والبشرية الكبيرة، لذلك عند النظر في ذلك الشرط، يتضح بأنه متحقق على جائحة كورونا.

ثانياً: عدم توقع الحدث وعدم إمكانية دفعه

يجب ألا يكون الحدث أو الفعل متوقعاً، ولا يمكن تداركه ولا يستطيع المتعاقد منعه، أما إذا كان في الوسع توقعه فلا يعتبر قوة قاهرة، حيث إن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا ذاتي، ولا يكفي لاعتبار الفعل أو الحدث غير متوقع من قبل المتعاقد، بل يجب أن تكون عدم استطاعة التوقع متحققة من جانب أشدّ الناس يقظة وتبصّراً بالأمور، ويرجع في تقدير عدم التوقّع إلى وقت إبرام العقد، حيث كان من غير المتوقع حدوث ذلك الأمر عند إبرام العقد ولو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ، بناءً على ذلك فإن المتعاقد إذا تبيّن للقاضي بأنه عند إبرام العقد كان متوقعاً حدوث ذلك الأمر الذي أدّى لاستحالة التنفيذ فلا تعتبر قوة قاهرة ويتحمّل نتائجها المتعاقد[٣]، كذلك لا يمكن دفع هذا الحدث سواءً قبل حصوله بعدم القدرة على منع حدوثه، أو بعد حدوثه بعدم القدرة على تحمّل الآثار المترتبة عليه، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز القطرية، حيث أشارت إلى وجوب تحقق كلا الشرطين، فإذا كان من الممكن توقع الحادث فإنه لا تنطبق شروط القوة القاهرة ولو استحال دفعه، وكذلك في لم

(١) السيوي، مرجع سابق ص١٢٣.

(٢) الطبطبائي، مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة، مجلة الحقوق، ص٢٢.

(٣) الطبطبائي، مرجع سابق، ص٢٢-٢٥.

يتمكن المتعاقد من توقع الحادث ولكن كان بإمكانه دفعه ولم يقم بذلك، فلا يمكن الحكم بوجود القوة القاهرة[١].

بدأت جائحة كورونا في الصين عام ٢٠١٩، وأخذت بالانتشار في العالم ككل منذ بداية سنة ٢٠٢٠، بناءً على ذلك وعلى سبيل المثال لو تم إبرام عقد إداري مع أحد الأفراد في ذلك الوقت، فإنه من الممكن أن يكون وباء كورونا متوقع الحدوث، حيث واجهت الأردن أول حالة كورونا في تاريخ٢٠٢٠/٣/٢، وقبل ذلك الوقت بدأت الدول المحيطة بالأردن بالتصريح بوجود حالات مصابة بهذا الوباء، لذلك فإن العقود الإدارية التي أُبرمت بتلك الفترة والتي كان من الواضح فيها بأن هذا الوباء سيتسلل إلى جميع الدول كغيره من الأوبئة التي جاءت إلى هذا العالم، لا يحقّ لها التذّرع بالقوة القاهرة، وذلك لأنه كان من المتوقع وصول المرض وحدوث الإغلاقات في الأردن كغيرها من دول العالم التي سارعت لحماية مواطنيها، لكن ذلك يرجع لتقدير القاضي حسب موعد إبرام العقد وحسب إمكانية التوقع من عدمها في ذلك الوقت.

ثالثاً: استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية

إن هذا الشرط هو الذي يميز القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة، فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً على المتعاقد، إلا أنه يستطيع معها أن يقوم بالعمل المتفق عليه، ولكن في نظرية القوة القاهرة فإنها تجعل من تنفيذ الالتزام المتفق عليه بين المتعاقد والإدارة مستحيلاً استحالة مطلقة، ويُقصد هنا بالاستحالة ليس الشخصية؛ أي تلك التي تصيب المتعاقد وحده وتجعل تنفيذ الالتزام عليه مستحيلاً، وإنما يُقصد بها الاستحالة المطلقة؛ أي أنه يصبح من المستحيل تنفيذ الالتزام لأي شخص ممكن أن يوضع مكان ذلك المتعاقد، وبالتالي إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، يعتبر ذلك قوة قاهرة[٢]. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بالنظر إلى جائحة كورونا وأثرها على العقود الإدارية، فإنه كما ذُكر سابقاً في عقود الأشغال العامة أو عقود الامتياز، أن أزمة كورونا أثرت على تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة، ولكنها لم تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً في فترة الحظر الشامل أو الحظر الجزئي الذي كان يمتدّ لعدة أيام فقط، ولكن على سبيل المثال في عقود التوريد التي تبرمها الإدارة مع أحد الأفراد أو الجهات أو الشركات لتزويد الإدارة ببعض الأدوات أو الأجهزة وما إلى ذلك من داخل أو من خارج الدولة، فإنه ومع حظر السفر الجوي أو البري من قبل العديد من الدول، يجعل من تنفيذ ذلك الالتزام مستحيلاً في تلك الفترة التي

(١) محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٦-٥-٢٠١٥.

(٢) ذنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام القانون، مجلة الرافدين، ص٦٤-٦٦.

امتدّت لأكثر من (٦) شهور في بعض الدول، وما زال هذا الحظر إلى الوقت الحاضر في بعض الدول الأخرى.

حيث إن العديد من الدول ما زالت ترفض استقبال الأشخاص غير المواطنين في بلادها، لذلك فإنه في تلك الحالة نكون أمام قوة قاهرة، إذ أنه سبب خارجي وغير متوقع ومستحيل التنفيذ، ولكن كون الإغلاقات لن تبقى بشكل دائم، فنحن بصدد استحالة مؤقتة وليست دائمة في تلك العقود، وسيتم توضيح الآثار المترتبة عليها في المطلب الثاني، ومع كل ذلك فيرجع تقدير وجود قوة قاهرة أم ظرف طارئ الى القضاء الإداري.

المطلب الثاني: آثار القوة القاهرة على تنفيذ العقود الإدارية

تقتضي أحكام المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ وضرراً وأن تقوم علاقة سببية بينهما، وإنه إذا استحال على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ التزامه كان مُلزماً بتقديم التعويض المناسب للإدارة عن الضرر الذي ألحقه بالمرفق العام نتيجة ذلك الخطأ الذي رتّب الاستحالة، مما أوقع الضرر على المرفق العام المُبرم بشأنه العقد الإداري، أما إذا أثبت المتعاقد بأن سبب استحالة التنفيذ هو القوة القاهرة، فنكون هنا بصدد انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر[١]، مما يرتّب عليه انعدام المسؤولية العقدية على ذلك المتعاقد، ويترتب عبء إثبات تأثّر العقد الإداري من القوة القاهرة على المتعاقد من الإدارة، وإذا تم إثبات ذلك للقاضي الإداري، فهنا يتم الإعفاء من تنفيذ الالتزام أو وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحدث الذي رتّب القوة القاهرة[٢].

تأخذ نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية أساسها من عدة مبادئ قانونية؛ منها مبدأ المسؤولية العقدية، حيث ذُكر سابقاً بأن استحالة التنفيذ في العقد الإداري ترجع لسبب أجنبي عن المتعاقد، وهو وجود القوة القاهرة، كذلك تأخذ أساسها من المبدأ الذي يقضي بأنه لا تكليف بمستحيل، حيث إنه من غير المتصور أن يصبح مستحيل على المتعاقد تنفيذ التزامه وتصر الإدارة على التنفيذ، حيث يتوجّب على الإدارة حينها أن توفر بدائل للتنفيذ حتى لا تؤثر استحالة التنفيذ على المصلحة العامة التي يراعيها العقد الإداري.

(١) صلاح الدين، نظرية القوة القاهرة في التشريعات المصرية في ضوء المصادر التشريعية بالقوانين المصرية، ص٤٤.

(٢) خلادي وبسعيد، مدى اعتبار جائحو كوفيد ١٩ قوة قاهرة لإبراء الناقل البحري من المسؤولية، حوليات جامعة الجزائر، ص٢٨٧.

وبالحديث عن القوة القاهرة واستحالة تنفيذ العقود الإدارية في ظل وجودها أثناء وباء كورونا، فإنها ترتّب العديد من الآثار القانونية على العقد الإداري والأطراف، وهي على النحو الآتي:

أولاً: الإعفاء من الالتزامات فترة وجود القوة القاهرة

إذا اجتمعت شروط القوة القاهرة للفعل أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد، فإن ذلك يُعدّ مبرراً لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، وتبعاً لذلك فإن القوة القاهرة تُعدّ سبباً لإعفاء المتعاقد من المسؤولية، فلا يتعرّض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه؛ ويرجع ذلك لسبب أجنبي عن المتعاقد الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة، ويقتصر أيضاً على الوقت الذي وجدت فيه هذه الحالة، بمعنى أنه في بعض الحالات التي تبين فيها أن للقوة القاهرة خصيصة مؤقتة، فإن المتعاقد مع الإدارة يُعفى من التزاماته طيلة تلك الفترة[1]، كما أن الآثار القانونية للقوة القاهرة لا تتوقف على إعفاء المتعاقد فقط من الالتزامات، وإنما تعفي الإدارة أيضاً من أي التزامات أو تعهدات عليها للطرف الآخر.

وكما ذُكر سابقاً في عقد التوريد الإداري، إذا قامت الدول بإجراء الإغلاقات في بلادها وعدم استقبال أي أشخاص من غير المواطنين، فلن يستطيع المتعاقد مع الإدارة من استيراد أي من المواد التي تطلبها الإدارة وغير المتوافرة لديه، فإنه يصبح من المستحيل عليه مؤقتاً أن يوفر تلك المواد للإدارة، بالتالي لابدّ من إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تلك الالتزامات المترتبة عليه للإدارة طوال فترة وجود القوة القاهرة.

ثانياً: وقف تنفيذ العقد الإداري

إذا كانت القوة القاهرة قد أدّت إلى استحالة تنفيذ الالتزامات استحالة مطلقة، فلا شكّ أن الأثر القانوني المترتب على ذلك هو إعفاء المتعاقد من التزاماته تجاه الإدارة، إذ إنه إذا كانت القوة القاهرة تعفي المتعاقد من التزاماته تجاه الإدارة، فهي تعفيه أيضاً من توقيع أي جزاءات عليه، كذلك قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة، وعندها يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدّي لهذا الوقف[2]، وهذا ما سيتم توضيحه بعد ذكر عقود التوريد، إذ إن تلك الاستحالة كما سبق ذكرها بأنها استحالة مؤقتة، وبالتالي يترتب عليها وقف تنفيذ العقد الإداري دون ترتيب أية جزاءات إدارية على المتعاقد مع الإدارة لوجود القوة القاهرة.

---

(١) السيوي، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٢) الطبطبائي، مرجع سابق، ص٤٨ -٤٩.

ثالثاً: فسخ العقد الإداري

إذا كانت الاستحالة مطلقة، فإنه يترتب عليها فسخ العقد الإداري، وذلك لأنه لا التزام بمستحيل، لكن في حالة وباء كورونا، فإنها كان سبب الإرهاق لبعض العقود الإدارية، مما ترتب عليها تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وكذلك جعلت من المستحيل تنفيذ العقود الإدارية في بعض العقود الأخرى، لكن هذه الاستحالة تكون جزئية وليست مطلقة، لذلك فإن الحكم بفسخ العقد الإداري غير واردة، إلا إذا طلبت الإدارة صاحبة اليدّ العليا في العقود الإدارية من القاضي الإداري فسخ العقد بحجة وجود قوة قاهرة يستحيل معها تطبيق ذلك العقد، وأثبت وجود قوة قاهرة فيحكم بفسخ العقد الإداري، بينما إذا قامت الإدارة من تلقاء نفسها بفسخ العقد وتبيّن بعد ذلك للقضاء الإداري بأنه لا يوجد قوة قاهرة كما تدّعي الإدارة، عندها تقرر المحكمة بطلان قرار الفسخ، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض الحكم ببطلان قرار فسخ العقد مبرراً ذلك بأن عدم مشروعية قرار الفسخ لا يجب أن يؤدّي للحكم ببطلانه، وإنما يكفي أن يحكم بالتعويض عن ذلك القرار للمتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي لحقت فيه جرّاء فسخ العقد[١].

الخاتمة:

إن حالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة ما هما إلا وسيلتان يلجأ إليهما المتعاقد لحمايته من الأضرار التي قد تلحق به، ففي الظروف الطارئة، تلحق بالمتعاقد العديد من الأضرار المادية التي تجعل من المرهق عليه تنفيذ الالتزام، لذلك فإن تلك النظرية تجعل من الواجب على الإدارة الوقوف إلى جانب المتعاقد للحفاظ على التوازن في العقد، كذلك في القوة القاهرة، فإنه في ظل وباء كورونا فإن الاستحالة التي تم التحدث عنها هي استحالة مؤقتة وليست استحالة دائمة في تنفيذ الالتزام، فقد كانت على مدار شهور فائتة، والآن عادت الدول لتسمح بفتح قطاعاتها الاقتصادية والتجارية، لذلك فإن الاستحالة الدائمة متصورة في الفيضانات أو الزلازل التي تؤدّي لفساد بضاعة معينة مما يستحيل معها الوفاء بالالتزامات.

وفيما يتعلق بفيروس كورونا، فإنه لا يمكن القول بأن جميع الحالات ينطبق عليها القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، وإنما لابدّ من تناول كل عقد إداري على حده، وكشف تأثير فترة ذلك الوباء على تلك العقود، فمن الممكن أن يكون ذلك الوباء لم يؤثر أبداً على بعض العقود الإدارية وممكن أن يكون

(١) الطبطبائي، مرجع سابق، ص٥٤.

قد أصاب بعض المتعاقدين مع الإدارة بالإرهاق في التنفيذ، فلا يجب أن يتحملوا الخسائر بمفردهم، وكذلك من الممكن أن يكون قد استحال تنفيذ بعض العقود الإدارية بسبب وجود فيروس كورونا، لذلك فإن تكييف تلك الظروف على العقود الإدارية لابدّ من أن يتم في كل نوع من العقود على حده من قبل القضاء.

النتائج:

١. إن تحقق شروط الظروف الطارئة على العقد الإداري تستدعي من الإدارة الوقوف إلى جانب المتعاقد معها لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وحتى لا يتعرّض المتعاقد لخسارة كبيره تمنعه من إكمال تنفيذ العقد الإداري، كذلك في القوة القاهرة، لابدّ من الإدارة أن تقوم بإيقاف العقد الإداري حتى زوال ذلك الحدث، ومن ثم مواصلة تنفيذ العقد دون ترتيب أي جزاءات على المتعاقد معها.

٢. إن الآثار القانونية المترتبة على تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة تستدعي استمرار المتعاقد على تنفيذ التزاماته وتلزم الإدارة بتعويض المتعاقد، كذلك في القوة القاهرة فإن الآثار القانونية المترتبة تستدعي إعفاء كلا الطرفين من الالتزامات المترتبة عليهما خلال فترة وجود القوة القاهرة، وإيقاف العمل بالعقد الإداري طوال فترة وجود ذلك الحدث.

٣. إن الأفراد الملتزمين مع الإدارة في عقود الأشغال العامة أو عقود الامتياز قد تضرروا بنسب معينة بسبب الحظر الشامل أو تقليص ساعات العمل أو عدد العمالة أو زيادة الأسعار، لذلك يمكن اعتبار ذلك ضمن الظروف الطارئة التي جعلت من تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، بينما في عقود التوريد، إذا كان ذلك المورد يستورد الأدوات التي يقدّمها للإدارة من الخارج، فنكون هنا بصدد قوة قاهرة ولكن باستحالة مؤقتة وليست مطلقة، يستدعي معها ايقاف العمل بالعقد الإداري حتى زوال تلك الاستحالة.

٤. إن الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لا تصيب إلا العقود المستمرة التي يعترض تنفيذها إحدى تلك الظروف أو حدث قاهر معين، وكذلك في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ؛ أي تلك العقود التي تم إبرامها ولكن لم يتم تنفيذها بعد، فإذا كان من الممكن تنفيذ العقد عند إبرام العقد فيحقّ للأطراف بعد ذلك التذّرع بوجود الظروف الطارئة أو القوة القاهرة.

التوصيات:

١. إن تكييف الظروف التي صاحبت وجود فايروس كورونا بقوة قاهرة أو ظروف طارئة يجب أن يتم على كل نوع من العقود الإدارية على حده، وحسب الحالة التي يعتريها هذا العقد، ولا يجوز الجزم بشكل عام بأن تلك الظروف قوة قاهرة أو ظروف طارئة.

٢. لابدّ من أن تراعي الإدارة تداعيات فيروس كورونا، وأن تقوم بإعادة التوازن للعقود الإدارية المتضررة، حتى لا يصبح من المرهق على المتعاقدين معها الاستمرار في تنفيذ العقود الإدارية، مما يسبب ذلك في الإضرار بالمصلحة العامة للمواطنين.

٣. يتوجّب على المشرّع الأردني تعيين اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري، لما لتلك المنازعات من خصوصية مختلفة عن غيرها من العقود التي ينظرها القضاء العادي.

٤. إن التكييف القانوني لجائحة كورونا للعقود الإدارية لابدّ من أن يتم بصفة الاستعجال من قبل القضاء، لأن العقود الإدارية تراعي مصلحة عامة لا يجوز التأخر في حسمها.

المراجع

أ. الكتب

بدر، أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

بدوي، ثروت، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٦.

البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠٠٧.

الجرف، طعيمة، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٨٠.

الحبشي، مصطفى، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

حسين، محمد سعيد، المبادئ العامة في تنفيذ العقـــود الإدارية وتطبيقاتها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.

الزرقاء، مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ١٩٦٠.

السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠١٥.

صلاح الدين، أحمد، نظرية القوة القاهرة في التشريعات المصرية في ضوء المصادر التشريعية بالقوانين المصرية، مكتبة نور الإلكترونية، القاهرة، ٢٠٢٠.

الطماوي، سليمان محمد، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.

عبدالحميد، مفتاح خليفة وشلماني، حمد محمد، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، دار المطبوعات، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

علي، سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦.

المحمد، محمد نجات، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، ٢٠٠٧.

نصار، جابر جاد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، القاهرة، ٢٠٠٤.

الوهيبي، عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، لا يوجد دار نشر، السعودية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

ب. بحوث في دوريات

البنان، حسن محمد، أثر الظروف الاستثنائية في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد (١٦)، العدد (٥٨)، ٢٠١٣.

الجازي، جهاد ضيف الله ذياب، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الأميرة نورة بنت عبدالرحمن، المملكة العربية السعودية، مجلد٠٣، العدد٠١، ٢٠٢٠.

الجلولي، رحمة، حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، تونس، ٢٠١٥.

حشلاف، فاطيمة، التوازن المالي للعقد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد ٣٠، ٢٠٢٠.

خلادي، إيمان وبسعيد، مراد، مدى اعتبار جائحو كوفيد ١٩ قوة قاهرة لإبراء الناقل البحري من المسؤولية، حوليات جامعة الجزائر، الجزائر، المجلد ٣٤، عدد خاص (القانون وجائحة كوفيد-١٩)، ٢٠٢٠.

ذنون، ياسر باسم، القوة القاهرة وأثرها في أحكام القانون، مجلة الرافدين، جامعة الموصل، العراق، المجلد١٠، العدد٣٦، ٢٠٠٨.

السيوي، عمر محمد، العقد الإداري والقوة القاهرة، مجلة دراسات قانونية، جامعة بنغازي كلية القانون، ليبيا، العدد ١٣، ١٩٩٤.

الشعيبي، مصطفى الغشام، التكييف القانوني لحالة الطوارئ الصحية بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، مجلة عدالة للدراسات القانونية، المغرب، العدد ٤، ٢٠٢٠.

الطبطبائي، عادل طالب، مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، العدد الثالث، ١٩٩٢.

علي، حسن محمد، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، العدد ٥٨، ٢٠١٣.

هاشم، حسان عبد السميع، الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة، العدد ٥٣، ٢٠١٣.

ج. أحكام المحاكم

١. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٦٠١٠ لسنة ٨٥، الصادر بجلسة ٢٠١٦/١٢/٨.

٢. محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٥/٢٦.

٣. المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩، الموسوعة القانونية للتشريعات والأحكام القضائية، جمهورية مصر العربية، بتاريخ ١٩٨٥/٦/٣٠.

د. وقائع المؤتمرات

١. عبد المقصود، محمد أبو بكر، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩.

هـ. الرسائل الجامعية

١. بوشارب، الزهرة، ٢٠١٤، نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر.

٢. شعبان، علي، ٢٠١٢، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر.

٣. عبدالقادر، محفوظ، ٢٠١٩، أثر تغير الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

٤. علي، علي محمد، ١٩٩١، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر.

٥. قريشي، آنيسة، ٢٠٠٢، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر.

Reference:

Abdel Hamid, M. (2008) Khalifa, S., Hamad, M., *Administrative contracts* (Provisions of Their Conclusion), Publications House, Alexandria.

Abdelkader, M. (2019) *The impact of changing emergency conditions on the implementation of the administrative contract*. PhD thesis, Abou Bakr Belkaid University, Tlemcen.

Abdel-Maksoud, M. (2009) "Rebalancing the Financial Administrative Contract in the Light of the Global Financial Crisis", *Thirteenth Annual Scientific Conference*, Mansoura University, Egypt,.

Al-Banan, H.(2013) The impact of exceptional circumstances on the execution of the administrative contract. *Al-Rafidain Journal of Rights, Iraq*, Vol. 16(58).

Al-Banna, M. (2007) *Administrative contracts*. Dar Al-Fikr Al-Arabi for Printing and Publishing, Damascus.

Al-Habashi, M. (2008) *Financial balance in International construction contracts*. House of Legal Books, Egypt.

Ali, A. (1991) *Circumstances that arise during the implementation of the administrative contract*. PhD thesis, Ain Shams University, Egypt.

Ali, H.(2013) The impact of emergency circumstances on the execution of the administrative contract. *Al-Rafidain Journal of Rights*, Iraq, Issue 58..

Ali, S. (2006) Theory of Emergency Conditions in Administrative Contracts and Sharia, a comparative study, Dar Al-Kitab Al-Hadith, Cairo.

Al-Jarf, T. (1980) Administrative law (A Comparative Study in the Organization of Public Administration Activity), Modern Cairo Library, Cairo.

Al-Jazi, J. (2020) D.Rebalancing the financial administrative contract in the face of foreign interference. *Journal of Legal and Economic Research, Princess Nourah bint Abdulrahman University, Saudi Arabia*, Vol.03(01).

Al-Muhammad, M. (2007) *Guarantee of the contract in Islamic jurisprudence*. Dar Al-Maktabi, Damascus.

Al-Sanhoury, A. (2015) The mediator in explanation of the new civil law. Sources of obligation, Vol. 1, Al-Halabi Publications, Beirut, third edition.

Al-Shuaibi, M. (1992) The legal adaptation of the state of health emergency between the theories of force majeure and emergency conditions. *Adalah Journal for Legal Studies, Morocco, No. 4*.

Al-Siwi, O. (1994) Administrative contract and force majeure. *Journal of Legal Studies*, University of Benghazi, Faculty of Law, Libya, No. (13).

Al-Tabtabaei, A.(1992) Extent of expiry of administrative contracts by force majeure. *Journal of Law, Kuwait University, Kuwait*, third issue.

Al-Tamawi, S. (1975) *Al-Wajeez in administrative law*. Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo.

Al-Tamawi, S. (2005) *The general foundations of administrative contracts*. Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo.

Al-Wahaibi, A. (2008) *The rules governing administrative contracts and their applications*. there is no publishing house, Saudi Arabia, second edition.

Badawi, T. (2016) *Principles of administrative law*. Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, second edition.

Badr, A. (2010) *Administrative contracts and B.o.t contracts*. Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Publishing and Distribution, Cairo, second edition.

Bouchareb, A. (2014), *The theory of the Emir's action and its impact on the administrative subject*. Master thesis, Kasdi Merbah University, Algeria.

Hachlaf, F. (2020) The Financial Balance of the Contract, *Al-Manara Journal for Legal and Administrative Studies, Morocco*, No. 30.

Hashem, H. (2013) Emergency conditions and their impact on the administrative contract *Journal of Legal and Economic Research, Mansoura, No. 53*.

Hussein, M. (1995) *General principles in the execution of administrative contracts and their applications*. University Culture House, Cairo.

Jalouli, R.(2015) Protection of the weak party in the administrative contract. *Journal of Legal Research and Studies, Tunis*.

Khaladi, I. and Bese'd, M. (2020) The extent to which the Covid-19 pandemic is considered a force majeure to absolve the shipping carrier of responsibility. *Annals of the University of Algiers, Algeria,* Vol. 34,(Special Issue, Law and the Covid-19 pandemic).

Khalifa, A. (2005) *General foundations of administrative contracts*. Dar Al Fikr Al Jamia, Alexandria, first edition.

Nassar, J. (2004) *Administrative contracts*, Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Distribution and Publishing, Cairo.

Qatar Court of Cassation, Appeal No. 134 of 2015, issued on May 26, 2015.

Qureshi, A. (2002) *The legal system of the public works contract*. Master thesis, University of Algiers, Algeria.

Salah El-Din, A. (2020) *The force majeure theory in Egyptian legislation in the light of legislative sources in Egyptian laws*, Nour Electronic Library, Cairo..

Shaaban, A. (2012) *Effects of the public works contract on its two parties in Algerian legislation*. PhD thesis, University of Constantine, Algeria.

Supreme Administrative Court, Appeal No. 2541 of 29, Legal Encyclopedia of Legislation and Judicial Judgments, Arab Republic of Egypt, on 30/6/1985.

Thanoun, Y. (2008) Force majeure and its impact on the provisions of law. *Al-Rafidain Journal, Mosul University, Iraq*, Vol. 10, (36).

The Egyptian Court of Cassation, Appeal No. 16010 of 85, issued on session 8/12/2016.

Zarqa, M. (1960) , *Explanation of the Syrian civil law, Theory of obligation*. Damascus University Press, Syria, second edition.

مظاهر اختلاف شرط المصلحة بين الدَّعوى الدُّستوريَّة والدَّعوى الإداريَّة
(دراسة في ضوء القوانين والاجتهادات القضائيَّة الأردنيَّة والمصريَّة)

د. شذى أحمد العساف*

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/١/١٧م. تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٨م.

ملخّص

أَلقَت طبيعةُ القضاءِ الدُّستوريّ والقضاءِ الإداري العينيَّة بظلالها على شروطِ قبولِ الدَّعاوى الدُّستوريَّة والإداريّة خاصةً شرط المصلحة، الأمر الذي يتطلَّبُ تسليطَ الضَّوء على مظاهرِ الاختلافِ بينَ شرطِ المصلحةِ في كل من الدَّعويين الدُّستوريَّةِ والإداريّة، لذا قُسّم البحثِ إلى ثلاثةِ مباحثِ: تناول المبحثُ الأولُ ماهيَّةَ المصلحةِ في الدَّعوى الدستوريَّةِ والدَّعوى الإداريّة، أمَّا المبحثُ الثَّاني فقد وضحَ أوصافَ المصلحةِ في الدَّعويين، أما المبحث الأخير فقد تناول أسباب انتفاء المصلحة فيهما.

توصل البحث إلى عددٍ من النَّتائجِ المهمة المتمثلة في أنَّ القضاء الدُّستوري والإداري الأردني والمصري قد ساهما في توضيحِ مظاهرِ الاختلافِ في شرط المصلحة في الدعويين الدُّستوريَّة والإداريّة، وخلص البحث إلى مجموعة من التَّوصيات من أبرزها: ضرورة أن يأخذ القضاءانالدستوري والإداري الأردنيّانبوجوب توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية والإداريّة وعدم اشتراط استمرارها إلى حين الفصل في الدعوى، وضرورة استقرار الاجتهادات القضائيّة الدستورية والإداريّة الأردنيّة علىأسباب انتفاء المصلحة نظرًا لخطورتها.

الكلمات الدالة: شرط المصلحة، القضاء الدستوري، القضاء الإداري.

* كلية الحقوق، جامعة الإسراء.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Differences in the Condition of Interest in a Constitutional Lawsuit and an Administrative Lawsuit :A Study in Light of the Jordanian and Egyptian Laws and Jurisprudence

Dr. Shatha Ahmad Al-Assaf

Abstract

The nature of the Constitutional Judiciary and the Administrative Judiciary has affected the set of conditions required to accept constitutional and administrative lawsuits, especially the condition of interest. It is, therefore, necessary to highlight the differences between the condition of interest in both constitutional and administrative lawsuits. For that propose, the research has been divided into three sections. The first section deals with the definition of the condition of interest in a constitutional lawsuit and an administrative lawsuit. The second section defines the manifestations of interest in both types of lawsuits. While the third section includes the reasons for the absence of interest in both of them.

The research has drawn a number of important conclusions. One of them is that the Jordanian and Egyptian Constitutional and Administrative Judiciary have contributed to clarifying the differences in the condition of interest in the constitutional and administrative lawsuits. Thus, the research reached several prominent recommendations which involve the imperative need for both Constitutional and Administrative Jurisprudences of Jordan to establish interest when the Constitutional and Administrative Lawsuits are filed; but not to establish as a condition the need to retain continued interest until decision is taken on that Lawsuit, and the need for established Jordanian Constitutional and Administrative Jurisprudence on the reasons for the absence of interest in light of related hazards.

Keywords: Condition of interest, Constitutional Judiciary, Administrative Judiciary.

المقدمة:

يمتّازُ كلٌّ من القضاء الدُّستوري والقضاء الإداري بانتمائهما إلى القضاء العيني، الأمر الذي يُلقي بظلاله على الدَّعاوى التي تُقام أمامَهما، فالدَّعوى الدُّستوريَّة تتَّسم بطبيعةٍ خاصَّةٍ نظرًا لاستهدافها تحقيق المشروعيَّة الدُّستوريَّة، إذ يختصم بواسطتها المدعي النَّص التَّشريعي الذي شابهُ عيب مخالفة الدُّستور، أو الذي تدور حوله شبهات عدم الدستوريَّة؛ ممَّاأضفى سماتٍ خاصة لشروط قبولها، ولعلَّ من أبرزها شرطَ المصلحةِ؛ وهو شرطٌ أساسي؛لإقامةِ الدَّعوى، فلا دعوى دون مصلحة، وكذلك تميز شرط المصلحة في الدعوى الإداريّة بسمات تعكس طبيعة الدعوى العينيّة التي ترفع أمامه، إذ يختصم المدعي فيها قرارًا إداريًّا يُخالف مبدأ المشروعيَّة.

ونظرًا لدور القضاء الدُّستوري في حماية أحكام الدستور، ودور القضاء الإداري في تطهيرِ القراراتِ الإداريّة وتنزيهِها من مخالفة مبدأ المشروعيَّة، ولما يؤديه كلا القضاءين من دورٍ مهمٍ وبارزٍ في حمايةِ الحقوق والحريَّات؛ لذا فإنَّه يغدو من الضرورة أن نقفَ على مظاهرِ الاختلافِ في شرطِ المصلحة في الدعوييندستوريَّة والإداريّة عن طريق توضيح ماهيَّة شرط المصلحة في كل من الدعوى الدُّستوريَّة والدعوى الإداريّة؛ لتبيان الاختلاف القائم بينهما، والتَّعرف إلى مدى اختلاف أوصاف المصلحة في الدعوييندستوريَّة والإداريّة، وصولًا إلى أسباب انتفاء المصلحة في الدعويين.

أهمية البحث:

١. تنبع أهميَّة البحث من أهميَّة الدعوى الدستوريَّة والدَّعوى الإداريّة، وما تمتاز به الدعويان من طبيعة عينيَّة، الأمر الذي يُلقي بظلاله على شرط المصلحة فيهما؛ ومن هنا تأتي ضرورة تسليطِ الضُّوءِ على مظاهر الاختلاف في شرطِ المصلحةِ بينَ الدعويين سواء من حيث ماهيتها، وأوصافها، وأسباب انتفائها.
٢. ضرورة التَّعرف إلى اتجاهات القضاءين الأردني والمصري، بشأن شرط المصلحة في الدعوييندُّستوريَّة والإداريّة، لاسيماأنَّ القضاء الدستوري المصري العريق قد عالجَ في اجتهاداته القضائيّةكثيرًا من المسائل المتعلقة بشرط المصلحة في الدعوى الدستوريَّة، الأمر الذي يُشكل رافدًا مهمًا للمحكمة الدستوريَّة الأردنيَّة في الاستفادةِ من تلك الاجتهادات، ومراعاة الاختلاف بين شرط المصلحة في الدَّعوى الدُّستوريَّة وشرط المصلحة في الدعوى الإداريّة.
٣. افتقار المكتبة القانونيَّة الأردنيَّة إلى بحثٍ يُوضح مظاهر الاختلاف في شرط المصلحة بين الدعويين الدستوريَّة والإداريّة.

أهداف البحث:

يرمي البحث إلى تحقيق عددٍ من الأهداف من أبرزها:

١. توضيح مظاهر الاختلاف بين المصلحة في الدعوى الدستوريَّة والمصلحة في الدعوى الإداريّة في القوانين الأردنية والمصرية وبحث مدى كفايتها.
٢. تسليط الضُّوء على اجتهادات القضاءين الأردني والمصري، حول شرط المصلحة في الدعويين الدُّستوريَّة والإداريّة.
٣. إثراء المكتبة القانونيَّة الأردنيَّة ببحثٍ متخصصٍ يُقارن بين المصلحة في الدَّعويين الدُّستوريَّة والإداريّة.
٤. تطوير الاجتهادات القضائيّة الأردنية بشأن شرط المصلحة في الدعوييندستورية والإداريّة عن طريق تقديمِ التَّوصيَّات للقضاء الأردني في ضوء ما يتوصل إليه البحث من نتائج حول الثغرات التي اعترت الاجتهادات القضائيّة.

مشكلة البحث:

تمتاز الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة بالطبيعة العينيّة، وعلى الرغم من ذلك فإنَّ هنالك اختلافًا واضحًا بينهما في المصلحة الواجب توافرها في كلا الدعويين، ومن هنا تبرز الإشكالية الآتية: ما مظاهر الاختلاف بين شرط المصلحة في كلٍّ من الدعويين الدستوريَّة والإداريّة؟

وتتبع من هذه الإشكالية الرئيسة مجموعة من الإشكاليات الفرعية، فما الاختلاف في ماهيَّة المصلحة بين الدعويين الدستورية والإداريّة؟ وهل كُرّس هذا الاختلاف في المفهوم في أحكام القضاءين الدستوري والإداري الأردني والمصري؟ وهل كان هنالك اختلاف في أوصاف المصلحة من حيث المضمون؟ وهل وقت توافر المصلحة متماثل في الدعويين الدستورية والإداريّة؟ وهل من اختلاف بين أسباب انتفاء المصلحة في القوانين والاتجاهات القضائيّة الأردنية والمصرية؟

الدراسات السابقة:

١. عادل الطبطائي (٢٠٠٠) شرط المصلحة في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت: انصبت هذه الدراسة على بحث شرط المصلحة في الدعوى الدستورية في القانونين الكويتي والمصري فقط، ولم تتطرق إلى القانون الأردني مطلقًا، ولم تتناول شرط المصلحة في الدعوى الإداريّة، ولم تبحث أحكام المحكمة الدستوريَّة الأردنيَّة، وأحكام القضاء الإداري الأردني، على خلاف الدراسة الحالية التي تنصبّ على دراسة مظاهر الاختلاف بين شرط المصلحة في

الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة في القانونين الأردني والمصري، وتحليل الأحكام القضائيّة الأردنيّة والمصريّة.

٢. علي الهلالي (٢٠١٨) "المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية دراسة تحليلية مقارنة"، القاهرة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع: تناولت هذه الدراسة ذاتية المصلحة في الدعوى الدستورية وعناصرها، ووقت توافرها واقتصرت على بحث القانونين العراقي والمصري، ولم تتناول الدراسة القانون الأردني، إلى جانب أنّها لم تقارن بين المصلحة في الدعوى الدستورية والمصلحة في الدعوى الإداريّة، ولذا تختلف عن هذه الدراسة من حيث القوانين والاجتهادات القضائيّة مدار البحث، بالإضافة إلى أنَّ الدراسة الحاليّة تنصبّ في الأساس على إبراز مظاهر الاختلاف في شرط المصلحة بين الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة.

منهج البحث:

إنَّ السَّعي إلى الإجابة عن مشكلة الدراسة يتطلبُ اتباع المنهج الوصفي والتَّحليلي والمقارن، وذلك عن طريق تحليل القوانين الأردنية والمصرية الناظمة للقضاء الدستوري والإداري، وعن طريق تحليل الأحكام القضائيّة الأردنيّة والمصريّة بشأن شرط المصلحة للتعرّف إلى الاتجاهات القضائيّة لغايات إبراز الاختلاف بين المصلحة في كل من الدعويين الدستوريّة والإداريّة.

منهجيّة البحث:

قُسّم البحثِ إلى مباحث ثلاثة: انصبَّ المبحثُ الأول على بيان ماهيّة المصلحة في الدعوى الدستوريّة والدعوى الإداريّة، وذلك عن طريق توضيح اختلاف ماهية المصلحة في الدعوى الدستورية عنها في الدعوى الإداريّة، بالإضافة إلى التمييز بين المصلحة في الدّعوى الدستوريّة وجدية الدفع، ومدى ارتباط المصلحة بالصفة في الدعوى الدستوريّة والدعوى الإداريّة، أمّا المبحث الثاني فقد خُصِّص لبحث أوصاف المصلحة في الدعوى الدستوريّة والدعوى الإداريّة عن طريق التَّركيز على الاختلاف في الأوصاف الواجب توافرها في المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة، في حين عالج المبحث الثالث أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة عن طريق توضيح الاختلاف في أسباب انتفاء المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة.

المبحث الأول: ماهية المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة

إنَّ من المستقر فقهًا وقضاءً بأنّه لا دعوى بغير مصلحة، وأنَّ المصلحة مناط الدعوى؛ لذا يجب ابتداءً الوقوف على ماهيَّة المصلحة، وذلك عن طريق التَّطرق للمعنى اللُّغوي للمصلحة ثمَّ توضيح

التّعريف الاصطلاحي للمصلحة بشكلٍ عامٍ، ثم التّعرف إلى ماهيّة المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة، وفقًا لآراء الفقهاء، واجتهادات القضاء الدستوري والإداري الأردني والمصري.

المطلب الأول: تعريف المصلحة

يُقصد بالمصلحة لغةً أنَّها الصَّلاحُ، والمصلحة واحدة المصالح والصَّلاح ضد الفساد، وربما كنّوا بالصالح عن الشيء الذي هو إلى الكثرة، كقول مطرة صالحة[١]، كما يقال هذا الشيء يَصلُح لك أي هو من بابَتِك، والإصلاح ضد الإفساد[٢].

تعددت التّعريفات الفقهيَّة القانونية للمصلحة في الدعوى بشكل عام، فذهب رأي إلى أنَّها: "الفائدة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء"[٣]، وعرفها رأي آخر بأنَّها: "الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى إذا حكم له بطلباته، فإذا كانت لا تعود فائدة من رفع الدعوى على رافعها، فلا تقبل دعواه"[٤].

تؤيد الباحثة الرأي الأول في تعريفه للمصلحة، وترى أن التعريف الثاني قد جانبه الصواب عندما وصف الفائدة بالعمليّة؛ لأنَّ الفائدة قد تكون فائدة معنوية، أو فائدة محتملة، وبذا تخرج عن إطار التعريف، وترى الباحثة تعريف المصلحة بأنَّها المنفعة الماديَّة أو الأدبيَّة التي يرمي المدعي إلى تحقيقها إذا حكم له بطلباته في الدعوى.

ويمتاز كلٌّ من الدعويين الدستوريَّة والإداريّة بأنَّهما من الدّعاوى الموضوعيَّة العينيّة لا الشخصيّة، لذا فإنَّه من المؤكد أن تُلقي هذه الطبيعة بظلالها على شرط المصلحة في الدعويين الدستوريَّة والإداريّة وبما يميزها منالدعاوى الأخرى، إلا أنَّه يثور التساؤل حول مدى الاختلاف بين شرط المصلحة في الدعوى الدستوريَّة عنه في الدعوى الإداريّة، وهذا ما أجاب عنه البحث في المطلبين الآتيين.

المطلب الثاني: مفهوم المصلحة في الدعوى الدستورية

خلا قانون المحكمة الدستورية الأردني من نص صريح حول المصلحة في الدعوى الدستورية، واكتفى باشتراط جدية الدفع بعدم الدستورية في المادة (١١/ج/١)، وبالرجوع إلى قانون أصول

(١) ابن منظور، لسان العرب، ص ٥١٦.

(٢) الرازي، مختار الصحاح، ص ١٥٤.

(٣) السيد، قضاء الدستورية في مصر، ص ٢٤٤.

(٤) الطبطائي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، ص ١٥.

المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته الذي أحالت إليه تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير الصادرة بالاستناد إلى المادة (٢٥/ج) من قانون المحكمة الدستورية الأردني في حال عدم وجود نص، وبما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى، أو قانون المحكمة الدستورية يلاحظ أنه نص في المادة (١/٣) منه على أن: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون".

وقد أخذ قانون المحكمة الدستورية العليا المصري بالنهج ذاته، فاهتم باشتراط جدية الدفع بعدم دستوريَّة النَّص التَّشريعي الوارد في قانون، أو لائحة ولم ينص صراحةً على توافر شرط المصلحة، فقد نصت المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري: "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستوريَّة نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"، وقد أحال القانون المذكور إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية بخلاف ما نص عليه صراحةً في الفصل الثاني منه والمتعلق بالإجراءات[١].

ونظرًا لخلو القوانين المشار إليها من النص على شرط المصلحة، فقد تصدى الفقهُ والقضاءُ الدُّستوريَّان لتعريف المصلحة، فذهب رأي إلى أنَّ المصلحة في الدَّعوى الدستوريَّة "تتمثل بالحق في تحريك الدعوى، ولا يتعدى إلى الحق في موضوعها"، أي أنَّه يجب التَّحقق من الصلة بين المدعي، وبين قبولها شكلًا، دون النَّظر إلى العلاقة بين المدعي، وبين مضمون الدَّعوى، أو نتائجها النهائيَّة، بدليل أنه يُكتفى بأن يكون المدعي مخاطبًا بأحكام القانون المطعون بعدم دستوريته، ولا يشترط أن يكون قد تم تطبيقه عليه[٢].

في حين ذهب رأي آخر إلى أنَّ ما يميز شرط المصلحة في الدعوى الدستوريَّة من غيرها من الدعاوى أنَّ المصلحة تنشأ بوقوع الاعتداء على الحق المكفول دستوريًا، إذ يتم الاعتداء عليه من قبل السلطات العامة، فقد يأخذ الاعتداء شكلًا قانونيًا يَصدُرُ عن السلطة التشريعية، أو على شكل لائحة تصدر عن السلطة التنفيذيَّة، ولا يكفي لقيام المصلحة مجرد إنكار حقٍ نصَّ عليه الدستور، أو وجود

(١) المادتان ٢٨-٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.

(٢) الهلالي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، ص ٤٣-٤٤.

جدل حول مضمونه، بل يجب أن يكون النص القانوني المطعون بعدم دستوريته عند تطبيقه على المدعي قد أخلَّ بحق مكفول دستوريًّا على نحو يلحق به ضررًا مباشرًا[١].

أمَّا المفهوم القضائي للمصلحة في الدعوى الدستوريّة، فيمكن تحريه في عددٍ من أحكام القضاء الدستوري، ومنها ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصريَّة بأنَّ المصلحة الشَّخصيَّة المباشرة تنتفي إذا كان إبطال النَّص التشريعي المطعون بعدم دستوريته لن يؤدي إلى تحقيق فائدة عمليَّة ينتج عنها تغيير مركزه القانوني على إثر الفصل في الدعوى الدستورية[٢]، في حين لم يتصدَّ القضاءُ الدُّستوريُّ الأردنيُّ لتعريف المصلحة.

يتطلب الوقوف على شرط المصلحة في الدعوى الدستورية معرفة آلية رفع الدعوى الدستورية في القانون الأردني والقانون المصري لمعرفة اختلاف المصلحة باختلاف طرق اتصال القضاء الدستوري بالدعوى الدستورية؛ ولتمييزها عمَّا يختلط بها من مفاهيم كجديّة الدفع وكشرط الصفة، فقد حدّد الدستور الأردني في المادة (٦٠) منه كيفيّة الطعن بعدم الدستوريّة بوسيلتين: أولهما الطعن المباشر، وقد حدد الجهات التي يحق لها الطعن المباشر على سبيل الحصر لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة ألا وهي مجلس الأعيان ومجلس النواب ومجلس الوزراء.

أمَّا الوسيلة الثانية فهي الطعن غير المباشر، إذ أجاز الدستور الأردني لأيٍّ من أطراف الدعوى المنظورة أمام المحاكم الأردنيّة إثارة الدفع بعدم الدستوريَّة، وإذا وجدت تلك المحكمة أنَّ الدفع جدي، فإنَّ عليها إحالة الدفع إلى المحكمة التي يحدّدها القانون للبتّ في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية[٣]، وقد حدد قانون المحكمة الدُّستوريَّة الأردني تلك المحكمة بأنَّها محكمة التمييز[٤].

فصّل قانون المحكمة الدستوريَّة الأردني أحكام الدستور الأردني في هذا الشأن، فأوضح بأنَّ لأيّ طرف في دعوى منظورة أمام المحاكم الأردنيَّة على اختلاف أنواعها ودرجاتها الحق في إثارة الدفع بعدم دستوريَّة أي قانون أو نظام شريطة أن يكون واجبَ التَّطبيق على موضوع الدعوى[٥].

أمَّا في القانون المصري فإنَّه يوجدُ ثلاث طرق لاتصالِ المحكمةِ بالدَّعوى الدستورية: الطريقة الأولى عن طريق الدفع بعدمِ الدستوريَّة، ومن ثم السَّماح بإقامةِ الدعوى الدستوريَّة، أمَّا الطريقة الثَّانية

(١) الطبطائي، مرجع سابق، ص ١٧-١٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ٩٠ لسنة ١٨، قضائية دستورية، تاريخ ٢٠٠٥/٥/٨.

(٣) المادة ٢/٦٠ من الدستور الأردني.

(٤) المادة ١١/ج/١ من قانون المحكمة الدستورية الأردني.

(٥) المادة ١١/أ من قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

فإحالتها مباشرة من محكمة الموضوع، أما الأخيرة فهي التَّصدي لمسألة دستوريَّة من المحكمة الدستورية[١].

وتختلفُ أوضاعُ تحقق المصلحة باختلافِ طُرق تحريك الرَّقابة الدستوريَّة، فيشترط لتحقق شرط المصلحة في الدعوى الدستورية- إذا كان تحريكها قد حصل بطريق الدفع الفرعي- أن يثبت أنّ حقًا دستوريًّا قد اعتدى عليه المُشرع، وأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازمًا للفصل في الدعوى الموضوعيّة، فإذا كان الإخلال بالحقوق المدّعى بها في الدعوى الموضوعية لا تعود إلى النص المطعون بعدم دستوريته، أو كان الفصل في المسألة الدستوريّة غير لازم للفصل في الدعوى الموضوعيّة، فإنّ المصلحة تعدّ منتفية[٢]، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازمًا للفصل في الدعوى الموضوعيّة، فإذا لم يكن له تأثير في النزاع الموضوعي فلا تقبل الدعوى الدستورية[٣].

وقد تُحرّك الدعوى الدستورية بطريق الإحالة من محكمة الموضوع بذاتها، وعندئذٍ تثبت المصلحة إذا كان هنالك ارتباط بين المسألة الدستورية ومصلحة أحد الخصوم في الدعوى الموضوعيّة، إذ يتطلب الفصل في النزاع الموضوعي الحكم في المسألة الدستورية ابتداءً[٤]، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتوافر شرط المصلحة، وورد في حيثيّات الحكم أنّ محكمة الموضوع رأت أنّ النص المطلوب إنزال حكمه على النزاع موضوع الدعوى يشوبه عوار دستوري، الأمر الذي يتطلب لزامًا حسم المسألة الدستورية ابتداءً للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط به والمتعلق بطلب المدعي إعمال المادة (٢٥) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المتضمنة احتفاظ العامل بالمكافأة الشاملة التي كان يتقاضاها في أثناء عمله بالهيئة قبل تعيينه في وظيفة دائمة[٥].

أمّا إذا استخدمت المحكمة الدستوريّة رخصتها في التصدي، فإنّها لا تباشرها إلّا إذا كان للمدعي مصلحة بشأن النص الأصلي المطعون بعدم دستوريته، أمّا النص المرتبط بالنص الأصلي، فإنّه لا يشترط أن تتوافر للمدعي مصلحة في إلغائه، بل يُكتفى بوجود صلة بين النصّين[٦].

---

(١) المادة ٢٧، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

(٢) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٢٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٣/٥/١١.

(٤) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٧٥ لسنة ٢٦ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٧/١/١٤.

(٦) السيد، مرجع سابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

يجب التمييز بين جديَّة الدفع بعدم الدستورية وبين شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية، فالمصلحة في الدفع مناطها أن يكون النص المدفوع بعدم دستوريته لازمًا للفصل في النزاع الأصلي ومنتجًا فيه، وعلى قاضي النزاع أن يتحقق من توافر المصلحة في الدَّفع كشرط لقبوله قبل تقدير جديته، وعند عدم توافر المصلحة، فإنَّه يقضي بعدم قبول الدفع لا رفضه بسبب انتفاء الجديّة، وعليه فإنَّ ما يتعلق بالمصلحة في الدفع هو وجوب أن يكون النص المطعون بعدم دستوريته لازمًا للفصل في الدعوى الموضوعية ومتعلقًا بالحق المدعى به ومنتجًا في الفصل في الدعوى، في حين أن جديّة الدفع تتمثل في أن تكون المطاعن الدستورية المدّعى بها في النص القانوني لها ما يظاهرها[1].

لقد أناط المشرّع الأردني بقاضي الموضوع سلطة تقدير جديّة الدفع بعدم الدستورية، وعلى الرغم من ذلك فإنَّ تقديره يخضع لرقابة المحكمة الدستورية، إذ تملك عند تحققها من توافر إجراءات الدعوى الدستورية أن تستوثق من جديتها، لذا فإنَّ على من يدفع بعدم الدستورية أن يحدد النصوص التي شابها عدم الدستورية، ويوضح أوجه مخالفتها للدستور؛ ليتمكن قاضي الموضوع من تقدير جدية ادّعائه، ثمّ على محكمة التمييز الأردنية عند بتّها في أمر إحالة الدفع للمحكمة الدستورية التأكد من أنّ النص القانوني المطعون بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى، ثم التأكد من جدية الدفع بعدم دستورية النص القانوني وأن تقارنه مع النص الدستوري المحدّد من صاحب المصلحة في الدفع استنادًا إلى ما قدمه من مؤيدات لادعائه كأدلة وأسانيد سواء كانت قانونية أم واقعية تعزز دفعه[2].

ترى الباحثة أنّ تقدير جدّية الدفع يتطلّب من محكمة الموضوع ومحكمة التمييز أن تتأكدا من أنَّ المطاعن الدستورية لها ما يظاهرها، أي وجود شبهة دستورية، ولن تتمكّن من ذلك إلّا إذا حدّد من قدّم الدفع النصوص التي يطعن بدستوريتها وأوجه مخالفتها للدستور.

وقد أكّدت المحكمة الدستورية العليا المصريَّة الفرق بين المصلحة في الدفع وجدية الدفع، فقد جاءَ في حكم لها بأنَّه يجب أن يتوافر أمران في الدفع بعدم الدستوريَّة في نزاع موضوعي: أولهما أن يكون النَّص لازمًا للفصل في النزاع ومتعلقًا بحقوق المدعي ومنتجًا في النزاع الموضوعي، وثانيهما أن تكون المطاعن الدستوريَّة المدعى بها جدية[3].

ومن الجدير بالذكر أنّ هنالكخلطًا بين المصلحة في الدفع بعدم الدستورية والمصلحة في الدعوى الدستورية، ويرجع السبب في الخلط إلى أنّ مناط كلا المصلحتين يتمثل في وجوب الفصل في المسألة

(١)عبد الكريم، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، ص ٤٧.

(٢)السعيد، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ص ١٠٣-١٠٥.

(٣)حكم المحكمة الدستوريَّة العليا المصرية، القضية رقم ١٣٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٠/٤/١.

الدستورية للتمكن من الفصلفي الدعوى الموضوعية، أمّا الفرق بينهما فيتمثل في أنّ المصلحة في الدفع بعدم الدستورية يضطلع بها قاضي النزاع، أمّا المصلحة في الدعوى الدستورية فيفصل فيها القضاء الدستوري، بوصفه المهيمن على الدعوى الدستورية، إذ يباشر في التحقق من توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية[١].

وقد قضت المحكمة الدستوريَّة الأردنيَّة بأنّه: "وحيث إنَّ الدفع بعدم الدستورية وفقًا لأحكام المادة(١١) من قانون المحكمة الدستورية ودلالة المادة ٤/أ من القانون ذاته ليس دفعًا فرعيًّا تابعًا للدعوى الموضوعية لغايات الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المدعى بعدم دستوريتها ولا يحتاج لتوكيل خاص؛ وإنما هو (الدفع بعدم الدستورية) في واقع الحال وحقيقة الأمر طعن غير مباشر بعدم الدستورية (دعوى أصلية غير مباشرة) من خلال الدعوى الموضوعية لغايات إبطال النصوص المطعون بعدم دستوريتها، وله (الدفع بعدم الدستورية) كيان مستقل عن الدعوى الموضوعية من حيث موضوعه والمطلوب (الغاية) منه والجهة المختصة (المحكمة الدستورية) بالنظر والفصل فيه"[٢].

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية، فقد قضت بأنَّ "المصلحة في الدعوى الدستورية، وهي شرط لقبولها، مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، ويستوى في شأن توافر المصلحة أن تكون الدعوى قد اتصلت بالمحكمة عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة، والمحكمة الدستورية العليا هي وحدها التي تتحرى توافر شرط المصلحة في الدعاوى الدستورية للتثبت من شروط قبولها، بما مؤداه أن الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة"[٣].

وتوجد هنالك عدَّة أوضاع تتخذها الصفة في الدعوى الدستوريَّة، فالصفة في الدعوى المرفوعة عن طريق الدفع بعدم الدستوريَّة تثبت للخصم في الدعوى الموضوعيَّة المثار فيها الدفع، أمَّا إذا كانت الدعوى الدستوريَّة قد رفعت بطريق الإحالة، فإنَّها تثبت الصفة لمختلف المحاكم أيًا كان نوعها أو درجتها وللهيئات ذات الاختصاص القضائي، مثل: مجلس تأديب أعضاء السلكين الدبلوماسي

(١) عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية العدد (٥٢٧٣)، تاريخ ٢٠١٤/٣/٢.

(٣) حكم المحكمة الدستوريَّة العليا المصرية، القضية رقم ١٩٤ لسنة ٢٩ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٩/٧/٦.

والقنصلي، أما الصفة في الدعوى الدستورية المقامة بطريق التَّصدي فتثبت للمحكمة الدستوريَّة بعد اتباع الإجراءات المقررة؛ لتحضير الدعوى الدستورية شريطة أن تتصل بالنزاع المعروض عليها(١).

اتجه القضاء الدستوري المصري إلى إدماج شرط الصفة بشرط المصلحة في الدعوى الدستورية، إذ قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية "ومن ثم كان شرط المصلحة – وتندمج فيه الصفة – من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الدعوى الدستوريَّة في غيبتها"(٢).

يُعدُّ الدفع بعدم توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية من الدَّفوع بعدم القبول، كون شرط المصلحة من الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى، ويترتب على ذلك عدد من النتائج المهمة، من أبرزها: أن ذلك الدفع لا يسقط عند الدخول في موضوع الدعوى؛ لذا يجوز إثارته في أية مرحلة من مراحل الدعوى، بل ويجوز إثارته لأول مرة لدى القضاء الدستوري الذي يملك إثارته من تلقاء نفسه لتعلقه بالنظام العام(٣)، وهذا الدفع يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى، وللقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه؛ لأنها من النظام العام(٤)، ويقع عبء إثبات توافر المصلحة على المدعي في الدعوى الدستورية، فإذا تم الدفع بعدم توافر شرط المصلحة، وجب على من يدعي ذلك إثباته.

وقد حكمت المحكمة الدستورية الأردنية بعدم قبول الطعن شكلًا لعدم توافر المصلحة لدى الطاعن بالنسبة إلىالمادة الرابعة والخمسين من قانون التحكيم: "من حيث إنَّ المصلحة الشخصية المباشرة هي شرط لقبول الطعن بعدم دستورية القانون أو أي نص فيه، ومن حيث إن مناط هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بينها، وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية أمام المحاكم، ومن حيث إن ما يستفاد من وقائع الدعوى الاستئنافية رقم (٢٠١٢/١٦٤) التي أقامها الطاعن نفسه أمام محكمة استئناف عمان، هي لإبطال قرار تحكيم وفقًا للمادة (٥٠) من قانون التحكيم فإن طعنه بعدم دستورية المادة (٥٤) من قانون التحكيم الباحثة في أصول طلب تنفيذ حكم المحكمين والأمر بتنفيذه بعد استنفاذ طرق الطعن به لا يحقق أي مصلحة له بالدعوى الاستئنافية المشار إليها وبما ينبني عليه عدم قبول الطعن من هذه الجهة وبالتالي رده"(٥).

---

(١) السيد، مرجع سابق، ص ٢٣٧-٢٤٣.

(٢) حكم المحكمة الدستوريَّة العليا المصرية، القضية رقم ٢٠ لسنة ٣٨ قضائية دستورية تاريخ 2018/06/02.

(٣) الجهمي، مرجع سابق، ٣٢٩.

(٤) الهلالي، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٥) حكم المحكمة الدستورية رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ تاريخ ٢٠١٣/٦/١٢.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى الاتجاه ذاته، وعدت المصلحة من الشروط اللازمة لقبول الدعوى الدستورية، وأنّ المصلحة يجب أن تكون شخصية ومباشرة، أي لا يكفي لتحققها أن يكون النص القانوني المطعون به مخالفًا للدستور، بل يجب أن يلحق بالمدعي ضررًا مباشرًا[١].

وتتمثل سلطة القاضي الدستوري وآلية عمله في تفسير مفهوم المصلحة في أنّ عليه أن يتأكد من ارتباط المصلحة في الدعوى الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، وأن يتأكد من توافر مصلحة شخصية ومباشرة لدى الطاعن بعدم الدستورية، وأن تبقى المصلحة قائمة منذ رفعها إلى حين الفصل فيها[٢]، وعليه فإنّ القضاء الدستوري هو المسؤول عن التأكد من توافر شرط المصلحة، ولا يكون ملزمًا بتقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع[٣].

وقد اتخذت المحكمة الدستورية العليا المصرية موقفًا واضحًا بشأن وقت توافر المصلحة في الدعوى الدستورية من حيث وجوب أن تظل المصلحة الشخصية المباشرة قائمة حتى الفصل في الدعوى الدستورية، وأنّ على المحكمة الدستورية العليا ألا تخوض في موضوع الدعوى إذا انتفت المصلحة عند رفعها، أو زالت قبل الفصل فيها[٤]، ومن الجدير بالذكر أنه نظرًا لحداثة القضاء الدستوري الأردني، فإنّه لم يتعرض أي حكم من أحكام المحكمة الدستورية الأردنية لشرط استمرار توافر المصلحة إلى حين الفصل في الدعوى الدستورية.

وقد ثار خلاف فقهي حول تحديد وقت توافر المصلحة في الدعوى الدستورية، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنّه يجب توافر المصلحة في الدعوى الدستوريّة عند رفعها مع وجوب استمرار توافرها إلى حين الفصل في الدعوى الدستورية، فإذا لم تتوافر المصلحة عند قيام الدعوى تكون الدعوى غير مقبولة، وإذا زالت أثناء نظرها وقبل الفصل فيها، فإنّ الخصومة تعد منتهية، في حين ذهب جانب آخر إلى الاكتفاء بتوافر المصلحة عند الطعن بعدم الدستورية؛ لعدة أسباب، من أبرزها طبيعة الدعوى

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ قضائية دستورية لسنة ٢٠١٣.

(٢) السيد، مرجع سابق، ص ٢٤٥-٢٥٨، شطناوي وحتامله، الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن، ص ٦٢٥.

(٣) الهلالي، مرجع سابق، ص ١٥٣، نصراوين، رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن، ص ١٩٥-١٩٦.

(٤) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٥/١٠/٢١، وحكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ١٣ لسنة ٣ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٦/٦/١١.

الدستورية التي تتصف بالعينيّة، بالإضافة إلى دعم دور المحكمة الدستوريّة في ممارسة رقابتها على التزام المشرع أحكام الدستور(١).

وقد وجهت الانتقادات لهذا الرأي؛ لتعارضه مع شرط أساسي؛ للطعن بعدم الدستورية، وهو أن يكون الحكم بعدم الدستورية ضروريًّا للحكم في الدعوى الموضوعية؛ ما يؤكد الارتباط بين الدعويين الدستورية والموضوعية، وأمّا عينيّة الدعوى الدستوريّة، فلا علاقة لها بشرط المصلحة بل تتعلق بسريان الحكم بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة والأفراد(٢).

ترى الباحثة أنّه يجب الاكتفاء بتوافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستوريّة، وعدم اشتراط استمرارها إلى حين الفصل في الدعوى، وذلك انسجامًا مع طبيعة القضاء الدستوري كونه قضاءً عينيًّا موضوعيًّا، ونظرًا لأنَّ القضاء الدستوري هو السياج الحامي للدستور؛ لذا لا يعقل أن يتوقف النظر بالدعوى لزوال المصلحة دون أن تتمكن المحكمة من الفصل في دستورية النص القانوني.

المطلب الثالث: مفهوم المصلحة في الدعوى الإداريّة

نصَّ قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٥/هـ) منه على عدم قبول الدعوى ممّن ليس له مصلحة شخصيّة، وقد تواترت أحكام القضاء الإداري الأردني على تأكيد ضرورة توافر المصلحة، كأحد شروط قبول الدعوى الإداريّة، ووضحت المقصود به، ومن أحكامه ما قضت به المحكمة الإداريّة العليا بأن "وجود المصلحة شرط أساسي لقبول الدعوى الإداريّة ابتداءً من تاريخ إقامة الدعوى وانتهاءً بالفصل فيها، بحيث يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مؤثرًا تأثيرًا مباشرًا في مصلحة شخصية له"(٣).

وقد نصَّ قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ في المادة (١٢/أ) منه على أنَّ: "لا تقبل الطلبات الآتية: الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية"، وقد استقرالقضاءالإداري المصري على ضرورة توافر شرط المصلحة، وقد أكَّد حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية ذلك، إذ جاء فيه: "أنَّ قضاء المحكمة الإداريّة العليا استقر على أن شرط المصلحة هو شرط جوهري يتعين توافره ابتداء عند إقامة الدعوى، كما يتعين استمراره قائمًا حتى صدور حكم نهائي فيها"(٤).

---

(١) السيد، مرجع سابق، ص ٢٥٩؛ الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢٣؛ الطبطائي، مرجع سابق، ص ٤٢-٤٣.

(٢) الطبطائي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٠١٩/٢٠٤، منشورات قسطاس.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم ٣٤٨٥٣ لسنة ٦٤ ق تاريخ ٩/٧ /٢٠١٥.

وتصدت آراء فقهيّة كثيرة إلى تعريف المصلحة في الدعوى الإداريّة، فذهب رأي إلى أنَّها: "الحالة القانونية التي يكون عليها رافع الدعوى ويتمتع بها، والتي قد تتأثر مباشرة من القرار الإداري المراد الطعن به بالإلغاء؛ لمنع ذلك التأثير، سواء كانت هذه الحالة، أو الوضع القانوني واقعيًا أو محتملًا"(١)، وعرفها رأي آخر بأنَّها: "مصلحة تحميها قاعدة قانونية مصدرها القضاء"(٢).

ويختلف مفهوم المصلحة عن الصفة في الدعوى الإداريّة، إذ إنَّ المصلحة تحمي المركز القانوني للمدعي من المساس به، أو الاعتداء على حقه في الدعوى، أما الصفة فتعرف بأنّها قدرة الشخص على المثول أمام القضاء، إما بذاته كأصيل، أو بمن يمثله كوكيل، أو ممثل قانوني(٣).

وقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية بأن المصلحة تندمج في الصفة في القضاء الإداري؛ لأنَّ المصلحة في دعوى الإداريّة لا تتطلب وجود اعتداء على حق، بل تهدف دعاوى الإلغاء لإزالة الآثار القانونية للقرارات الإداريّة غير المشروعة، أو المخالفة للقانون(٤).

وقد جاء في حكم حديث للمحكمة الإداريّة الأردنية: "وحيث إنه من المبادئ المسلم بها أنَّه يشترط في طلب إلغاء الانتخابات والإجراءات السابقة عليها والمتزامنة معها واللاحقة بها أن تتوافر الصفة للطاعن وهو أن يكون أحد المرشحين لهذه الانتخابات. وهنا تندمج الصفة في المصلحة بحيث يمس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة به تجعل له مصلحة شخصية مباشرة في طلب إلغاء عملية الانتخابات، وما ترتب عليها من نتائج؛ وهذا يعني أن الطاعن يجب ألاَّ يطعن بصفته العامة كأحد المنتخبين، بل يتحتم أن يضيف إليها صفة خاصة به تميزه عن غيره وتجعله في وضع خاص بالنسبة لما يطعن به"(٥).

وفي الاتجاه ذاته توجه الفقه والقضاء الإداري المصري إلى تأكيد اندماج الصفة بالمصلحة في الدعوى الإداريّة(٦)، لذا فإن هنالك إجماعًا على أنَّ اندماج شرط المصلحة وشرط الصفة في الدعوى الإداريّة؛ لذا فإنَّ تحقق شرط المصلحة يتضمن توافر شرط الصفة(٧).

---

(١) الحسبان، شرط المصلحة لقبول دعوى وقف العمل بالقوانين المؤقتة، ص ٣٩١.

(٢) لبنا، الوسيط في القضاء الإداري، ص ٨٨.

(٣) القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ص ٢٣٨.

(٤) حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٧٩ لسنة ١٩٩٧، منشورات قسطاس.

(٥) حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٩، منشورات قسطاس.

(٦) الطماوي، القضاء الإداري الكتاب الأول قضاء الإلغاء، ص ٥١٢.

(٧) الذنيبات والربضي، مدى التباين في شرط المصلحة بين الدعوى المدنية ودعوى الإلغاء، ص ١٠٦؛ الغويري، قضاء الإلغاء في الأردن، ص ٢٥٨.

تعدّ المصلحة شرطًا أساسيًّا لقبول الدعوى الإداريّة[١]، فقد أكدت المحكمة الإداريّة العليا الأردنية ذلك في حكم لها جاء فيه: "فمن الرجوع لأحكام المادة (٥/ه) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ التي تنص على: "لا تقبل الدعوى المقدمة ممن ليس له مصلحة شخصية". يتبين أن هذه المصلحة المشروطة لقبول الدعوى من النظام العام... وحيث استقر القضاء الإداري على أنه لكي يتوافر شرط المصلحة المنصوص عليها في المادة (٥/ه) سالفة الذكر كشرط لازم لقبول الدعوى الإداريّة يجب أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تؤثر مباشرة في مصلحة شخصية له مادية أو أدبية في طلب إلغاء القرار"[٢]، ويلاحظ أن الحكم الذي يصدر في هذه الحالة هو الحكم برد الدعوى لتقديم الدعوى من غير ذي مصلحة لمخالفة شروط قبول الدعوى[٣].

ويعد الدفع بانعدام المصلحة من الدفوع الموضوعية التي يجوز إبداؤها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، إذ إنه ليس من الدفوع الشكلية التي تسقط بمجرد الدخول إلى الموضوع، وهو الأمر الذي ينسجم مع ما اتجه إليه القضاءان الإداريان الأردني والمصري بشأن اشتراط استمرار توافر المصلحة حتى الفصل فيها نهائيًا؛ ولذا تنتهي الخصومة إذا زالت المصلحة في أي وقت قبل الحكم بالدعوى[٤]، وقد قضت المحكمة الإداريّة العليا بأنه "يشترط لقبول دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المحكمة الإداريّة توافر المصلحة الشخصية المباشرة واستمرارها ابتداءً من إقامتها وحتى صدور الحكم فيها ويشترط لقيامها أن يكون من شأن القرار المطعون فيه إلحاق ضررٍ بالمركز القانوني للطاعن، وتعتبر الدعوى منتهية وغير ذات موضوع لعدم استمرار المصلحة"[٥].

ويجوز للمستدعى ضده أن يثير الدفع بانعدام المصلحة، كما يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها؛ لأن شرط المصلحة من النظام العام وهذا ما أكده حكم المحكمة الإداريّة العليا الذي جاء فيه: "أما فيما يتعلق بالحكم المطعون فيه بشقه المتضمن رد الدعوى شكلًا كونها أصبحت غير ذات

---

(١) العتوم، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري الأردني والمقارن، ص٢٠٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٦ لسنة ٢٠١٧ تاريخ ١/ ١١/ ٢٠١٧.

(٣) القبيلات، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

(٤) الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٢١، كنعان، القضاء الإداري الأردني، ص ٢٠٤، والقبيلات، مرجع سابق، ص٢٥٤.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٦٦ لسنة ٢٠١٧ تاريخ ١/ ١١/ ٢٠١٧.

موضوع.فإن محكمتنا تجد أن أسباب الطعن قد خلت من الطعن بهذا الشق من الحكم المطعون فيه ولكون المصلحة من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها في أي مرحلة"[١].

ويقع عبء إثبات توافر المصلحة على المدعي في الدعوى الإداريّة، فإذا كان الدفع من المدعى عليه بانتفاء المصلحة، وجب عليه أن يثبت انتفاءها، فقد قضت المحكمة الإداريّة الأردنية بأنه: "استقر عليه الفقه والقضاء الإداري أن مناط قبول دعوى الإلغاء هو وجود مصلحة للطاعن تتأى بدعواه أن تكون دعوى حسبة... وبعرض حال المستدعي على هذا المفهوم نجد أنه تم استبعاد المستدعي من المنافسة لعدم اجتيازه في امتحان المقابلة الشخصية كما هو ثابت من كشف النتائج المبرز من قبل النيابة العامة الإداريّة، حيث إنه لم يجتز الحد الأدنى لعلامة النجاح في ذلك الامتحان، فضلًا عن وجود من حصل على علامة أعلى من علامته التي حصل عليها وفقًا لذلك الكشف، وبذلك فإنه لم يعد للمستدعي مصلحة في الطعن في القرار المشكو منه... وبما أن المصلحة هي مناط دعوى الإلغاء وهي شرط من شروطها، فإن الدعوى تكون مستوجبة الرد شكلًا بالنسبة لهذا القرار؛ لانتفاء المصلحة"[٢].

وتتمثل سلطة القاضي الإداري وآلية عمله في تفسير مفهوم المصلحة في أنّ على القاضي الإداري أن يتأكّد من أن المدعي في حالة قانونية تأثرت بشكل مباشر بالقرار الإداري[٣]، وأن القرار الإداري المطعون فيه يشكل اعتداءً مباشرًا على الطاعن ويؤثر في مركزه القانوني بشكل مباشر، ولذا فإنّ إلغاءَه يعود بالمنفعة المباشرة عليه[٤].

لقد استقر القضاء الإداري الأردني والمصري على وجوب استمرار المصلحة قائمة منذ إقامة الدعوى وحتى الفصل فيها، وقد قضت المحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "وحيث إنّ الفقه والقضاء قد استقرا على أنه يجب توافر شرط المصلحة أن يكون رافع الدعوى في وضع قانوني خاص بالنسبة للقرار المشكو منه، وأنّ من شأن هذا القرار أن يؤثّر تأثيرًا مباشرًا في مصلحته الشخصية وأن تبقى هذه المصلحة قائمة ما بقيت الدعوى ولحين فصلها نهائيًا وتؤثّر في مركزه القانوني، وحيث إنَّه قد تم الاستغناء عن خدمات الطاعن أثناء سير هذه الدعوى فلم يعد له أيّ علاقة تنظيمية مع الجهة التي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٨١ لسنة ٢٠١٨ تاريخ ٢٠١٨/١٢/٣١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم ٢٠٢٠/١٩٩ تاريخ ٢٠٢١/٥/١٠.

(٣) عبد الهادي، الاتجاهات الحديثة لشرط المصلحة في الدعوى الإدارية، ص ٧.

(٤) القبيلات، مرجع سابق، ص ٢٤١.

أصدرت القرار المشكو منه بحقه، وبالتالي لم تعد له مصلحة من متابعة هذه الدعوى الأمر الذي يتعين معه رد هذه الدعوى شكلًا"[١].

كما وصفت المحكمة الإداريّة الأردنية في حكم لها شرط المصلحة بأنه شرط بداية واستمرار، إذ يجب استمراره إلى حين الفصل النهائي في الدعوى، وقد جاء فيه أن: "انقضاء العام ٢٠١٥ الذي رفضت جهة الإدارة الترخيص للمستدعي فيه يؤدي إلى انقضاء مصلحته في هذه الدعوى، وبالتالي فإنَّ مصلحة المستدعي أصبحت منتفية ولم تعد قائمة"[٢].

ومن شواهد القضاء الإداري المصري حول وجوب استمرار المصلحة إلى حين الفصل في الدعوى الإداريّة ما قضت به محكمة القضاء الإداري: "ومن حيث إنَّه المقرر في قضاء المحكمة الإداريّة العليا ...أن شرط المصلحة في الدعوى يتعين توافره ابتداءً عند إقامة الدعوى، كما يتعين استمرار قيامه حتى صدور حكم نهائي فيها"[٣].

وقد اختلف الفقه الإداري بين مؤيد لموقف القضاء الإداري من استمرار المصلحة قائمة إلى حين الفصل في الدعوى، وذلك كونها خصومة قضائيّة؛ مناطها المصلحة، ولتخفيف عدد القضايا المنظورة[٤]، وبين معارض يرى اقتصار توافر المصلحة عند رفع الدعوى، وذلك مراعاة لطبيعة الدعوى الإداريّة بأنَّها دعوى موضوعية لا شخصية، وأنَّ الهدف منها حماية مبدأ المشروعية، ولتقويم سلوك الإدارة وحماية الأفراد، وإنصافهم من أخطائها[٥].

لذا ترى الباحثة ضرورة أن يأخذ القضاء الإداري الأردني بوجوب توافر المصلحة فقط عند رفع الدعوى الإداريّة، وعدم اشتراط استمرارها إلى حين الفصل في الدّعوى الإداريّة.

المبحث الثاني: أوصاف المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة

تمتاز المصلحة في الدعوى بشكل عام بأوصاف معينة من أبرزها: أن تكون قانونية وشخصية ومباشرة، بالإضافة إلى أن تكون حالة وقائمة أو محتملة، ويثور التساؤل هنا حول مضمون تلك الأوصاف وفحواها في المصلحة في كلٍّ من الدعويين الدستورية والإداريّة، وهل توجد أوصاف إضافية تمتاز بها عن سائر الدعاوى؟ وقد تصدى المبحث الآتي للإجابة عن هذا السؤال.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ١٧٠ لسنة ٢٠٢٠، منشورات قسطاس.

(٢) حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم ٢٠١٥/٥٧٣، منشورات قسطاس.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، القضية رقم ٣٤٧٠٣ لسنة ٦٤ ق تاريخ ٢٠١٥/٩/٧.

(٤) الطماوي، مرجع سابق، ص ٥١٥.

(٥) الغويري، مرجع سابق، ص ٢٦٠، العتوم، مرجع سابق، ص ٢٠١.

المطلب الأول: المصلحة القانونية

يقصد باشتراط قانونية المصلحة أن يقرها القانون ويوفر لها الحماية، أي تستند المصلحة إلى حق أو مركز قانوني، ويكون الهدف من الدعوى حماية الحق أو المركز القانوني؛ لذا فإنّ المصلحة التي لا يقرّها القانون لا تحميها الدعوى(١).

ويقصد بوصف المصلحة بأنّها قانونيّة في الدعوى الدستورية أن يكون الدستور قد كفل المركز القانوني محل المصلحة صراحةً أو ضمناً وأسدل عليه الحماية القانونية، وأضفى عليه المشروعية(٢)، ولا توصف المصلحة بأنها قانونية إلا إذا استند صاحبها إلى مركز قانوني، أو حق يحميه الدستور؛ كون القضاء الدستوري يهدف إلى حماية المشروعية الدستورية، وبناءً عليه حماية الحقوق والمراكز القانونية المكفولة دستوريًا(٣).

ويشترط في المصلحة ألّا تكون نظرية فقط كأن تهدف إلى تقرير حكم الدستور في مسألة معينة لأغراض أكاديميّة أو أيدولوجيّة، أو للدفاع عن قيم مثالية، أو للتعبير عن آراء شخصيّة، أو لتأكيد مبدأ سيادة القانون، دون أن يكون للطاعن صلة بذلك، أو لإرساء مفهوم معين في مسألة لم يلحق بسببها ضرر بالطاعن، وإن كانت محل اهتمام عام(٤).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية ذلك، إذ جاء في أحد أحكامها: "وحيث إنه من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي"(٥).

أما المصلحة القانونية أو المشروعة في الدعوى الإداريّة؛ فإنّه يقصد بها أن تكون المصلحة مشروعة يحميها القانون(٦)، وتعرف أيضًا بأنّها "المصلحة المبنية على مركز قانوني للطاعن قد مس به به القرار المطعون فيه"(٧).

(١) فوزي، الدعوى الدستورية، ص ١٦٣؛ الطبطائي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) الهلالي، مرجع سابق، ص ٤٩-٥٠.

(٣) الجهمي، رقابة دستورية القوانين، ص ٣٠٨.

(٤) فوزي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٢٧ لسنة ٢٥ قضائية دستورية تاريخ 2007/4/15.

(٦) الغويري، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٧) حتاملة، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، ص ١٩٢.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يشترط لتوافر المصلحة في الدعوى الإداريّة أن تكون مستندة إلى حق؛ وذلك لأنّ قضاء الإلغاء هو قضاء عيني يهدف إلى حماية القواعد القانونية، لا الدفاع عن الحقوق الشخصية، إذ تقترن المصلحة في الدعوى الإداريّة بحماية مبدأ المشروعية؛ لأنّ المركز القانوني المراد حمايته بموجب الدعوى الإداريّة يتعلق باحترام القرار الإداري لمصدر المشروعية من عدمه، ومدى مساس القرار بالمركز القانوني لمن صدر بحقه، لذا فإنّها دعوى ذات طبيعة عينيّة لتعلق الخصومة بمدى مشروعية القرار الإداري(١).

وقد قضت المحكمة الإداريّة الأردنية أنه: "وحيث إنّ الاجتهاد القضائي الإداري للقضاء الأردني استقر على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط أساسي لقبول دعوى الإلغاء وتقتضي هذه المصلحة في تواجد المستدعي في مركز قانوني يؤثر في القرار المطعون فيه تأثيرًا مباشرًا، وأنّ المصلحة يجب أن تكون مشروعة ويحميها القانون"(٢).

وتستوي أن تكون المصلحة ماديّة أو أدبيّة في الدعوى الدستوريّة، إذ قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنّ إدانة المدعي من قبل محكمة الثورة بجناية الخيانة العظمى، وإيقاع عقوبة الحبس مدة سنة مع وقف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات، وقد انقضت مدة وقف تنفيذ العقوبة دون أن يصدر حكم بإلغائه، وعلى الرغم من أنه يترتب على ذلك اعتبار الحكم كأن لم يكن، وسقوطه بكافة آثاره الجنائية، وهو الأمر الذي يعد رد اعتبار قانوني للمحكوم عليه، إلا أنه يثبت للمدعي في هذه الحالة مصلحة أدبية تتمثل في إعادة محاكمته لإثبات براءته من الجريمة يستهدفها عن طريق رفع دعوى بعدم دستورية قانون التفويض رقم (٥١) لسنة ١٩٦٧ وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم(٤٨) لسنة ١٩٦١ بإنشاء محكمة الثورة(٣).

وذهبت الآراء الفقهية إلى الأخذ بالمصلحتين المادية والمعنوية في الدعوى الإداريّة، فذهب رأي إلى أنّ المصلحة المادية هي تلك المصلحة التي من الممكن تقويمها بالمال، أما المصلحة المعنوية فهي تتعلق بالمساس بالحقوق المعنوية لرافع الدعوى الإداريّة(٤)، ويجب أن تكون المصلحة المعنوية تتمتع بالذاتية، وقابلة الإدراك لإخراج الضرر المتوهم(٥).

---

(١) القبيلات، مرجع سابق، ص ٢٣٢؛ الذنيبات والربضي، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٢) حكم المحكمة الإداريّة الأردنية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٩، منشورات قسطاس.

(٣) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٨ لسنة ٥ قضائية دستورية تاريخ ١٩٧٦/٣/٦.

(٤) الحسبان، مرجع سابق، ٣٩٣.

(٥) حتاملة، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري الأردني على الأخذ بالمصلحة المعنوية، ومن أحكام القضاء الإداري بهذا الشأن ما جاء في حكم المحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "فإنّ المطعون ضده الأول هو أحد أعضاء الهيئة التدريسية في الجامعة الهاشمية وأبنائه من المستفيدين من نسبة (١٥%) من مجموع الطلبة المقبولين في البرنامج العادي؛ وذلك استنادًا على أسس القبول الصادرة بالاستناد إلى أحكام المادة (٦) من قانون التعليم العالي والبحث العلمي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٨ للعام (٢٠١٨/٢٠١٩) وبموجب تلك الأسس، فإن من حق المطعون ضده الأول الحصول على مقعد جامعي لابنته وله في ذلك مصلحة معنوية باعتباره أحد أعضاء الهيئة التدريسية، ومصلحة مادية، تتمثل في أنه مكلف بالإنفاق على ابنته خلال دراستها في الجامعة يجعله ينتصب خصمًا للطاعن"[١].

كما استقر القضاء الإداري المصري على ذلك، ومن الأمثلة على الأحكام التي أكدت ضرورة توفر شرط القانونية في المصلحة حكم المحكمة الإداريّة العليا بأنَّ: "الدعوى هي الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الشأن إلى السلطة القضائيّة أي إلى المحاكم لحماية حقه، وأنه يشترط لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة لقانونية في إقامتها بأن يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو بمركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقًا من الحقوق"[٢].

المطلب الثاني: المصلحة الشخصية والمباشرة

يقصد بشخصية المصلحة في الدعوى الدستورية أن يكون المدعي في حالة قانونيّة خاصة تجاه النص المطعون بعدم دستوريته بسبب مساس ذلك النص بحق المدعي أو مركزه القانوني بصورة متميزة ومستقلة، الأمر الذي ينأى بالدعوى عن صفة الحسبة، إذ لا تقبل الدعوى من أي فرد عادي لا تتوفر لديه مصلحة شخصيّة[٣].

يشترط في المصلحة لكي تكون مباشرة أن يؤثر النص القانوني المطعون بعدم دستوريته تأثيرًا مباشرًا في الطاعن، وأن تعود المنفعة من الحكم بعدم دستورية النص عليه مباشرة دون وسيط، وأن يكون النص المطعون بعدم دستوريته قد أثر تأثيرًا مباشرًا في المركز القانوني للمدعي، ويترتب على الحكم بعدم دستوريته فائدة سواء كانت مادية أو أدبية، ولا يكفي مجرد مخالفة النص المذكور للدستور[٤].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠١٩، منشورات قسطاس.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم ٢٤٨٤ لسنة ٥١ ق تاريخ ٢٠١٤/١٢/٢٨.

(٣) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٠٩؛ السيد، مرجع سابق، ص ٢٤٨-٢٤٩.

(٤) فوزي، مرجع سابق، ص ١٦٥-١٦٦.

استقر القضاء الدستوري على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة، ومناطها أن يكون الفصل في دستورية النص المطعون فيه والحكم بشأن دستوريته لازمًا للفصل في مسألة كليّة أو فرعيّة تتعلق بالخصومة في الدعوى الموضوعيّة[١]، ويعدّ من أبرز أوصاف المصلحة في الدعوى الدستورية، التي تنفرد بها تلك الدعوى عن غيرها، هو ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، ويترتب على ذلك أنه تعدّ المصلحة متوافرة لدى من أثار الدفع بعدم دستورية نص قانوني معين إذا كان له في الدعوى الموضوعية مصلحة تتمثل في عدم تطبيقه ذلك النص[٢]، ويجب لتوضيح استقرار القضاء الدستوري أن نعرض عددًا من الاجتهادات القضائيّة الدستورية الأردنية والمصرية، فقد قضت المحكمة الدستورية الأردنية بأن "مناط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية – وهي شرط لقبولها – أن يكون ثمة ارتباط بينهما وبين موضوع الدعوى، وواضح من وقائع الطعن أن شروط الخصومة القضائيّة متوفرة بما في ذلك مصلحة المستأجر(الطاعن)"[٣].

كما جاء في حكم آخر للمحكمة الدستورية الأردنية: "ومؤدى ذلك أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يدفع بعدم دستورية نص في قانون أو نظام إذا كان هذا النص واجب التطبيق على واقعة من وقائع الدعوى المنظورة، وأن من شأن تطبيقه الحاق الضرر بمن يدفع بعدم دستوريته. فلا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء تطبيق النص المطعون فيه عليهم...ولما كانت المادة الخامسة من قانون المالكين والمستأجرين قد عالجت أوضاعًا قانونية مختلفة لم تكن محلًا للتطبيق على الدعوى الموضوعية كما تستلزم المادة (١١) من قانون المحكمة من قانون المحكمة الدستورية وذلك باستثناء ما نصت عليه الفقرة (ب) من تلك المادة فإنه لا مصلحة شخصية للطاعن للدفع بعدم دستورية المادة المشار إليها بباقي فقراتها (وبالتحديد الفقرتين (أ) و(ج) من المادة الخامسة المذكورة). وتأسيسًا على ذلك فإنَّ محكمتنا سوف تبحث موضوعًا في الطعن بحدود الفقرة (ب) وحدها ودون البحث بباقي بنود المادة الخامسة الأخرى كون الدفع بعدم دستورية هذه البنود غير مقبول ومردود شكلًا لانعدام المصلحة للأسباب المبينة آنفًا"[٤].

---

(١) الخطيب، البسيط في النظام الدستوري، ص ٣١٣.

(٢) فوزي، مرجع سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٣) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٤ لسنة ٢٠١٣، الجريدة الرسمية العدد (5213)، تاريخ ٢٠١٣/٣/٢٠، تم تصحيح رقم الحكم إذ أصبح يحمل الرقم ١ بسبب وقوع خطأ مادي في ملاحظة على هامش حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٢ لسنة ٢٠١٣، الجريدة الرسمية (٥٢١٧)، تاريخ ٢٠١٣/٤/٣.

(٤) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٥ لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية العدد (٥٣٢٥)، تاريخ ٢٠١٥/٢/١.

وقد أكّدت المحكمة الدستورية العليا المصرية ضرورة وجود ارتباط بين المصلحة في الدعوى الدستورية والمصلحة في الدعوى الموضوعية: "وحيث إن المصلحة في الدعوى الدستورية، وهي شرط لقبولها، مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع"(١).

وجاء في حكم آخر لها: "حيث إنّ المصلحة الشخصية المباشرة، وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية، مناطها – على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة– قيام رابطة منطقية بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يؤثر الحكم في المسألة الدستورية في الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، وترتبط المصلحة الشخصية المباشرة بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية وليس بهذه المسألة في ذاتها منظورًا إليها بصفة مجردة، ومن ثم فلا تقوم هذه المصلحة إلا بتوافر شرطين يحددان– بتكاملهما معًا–مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الدعوى الدستورية: أولهماأن يقيم المدعي الدليل على أن ضررًا واقعيًّا قد لحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرًا ومستقلًا بعناصره، ممكنًا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائيّة، وليس ضررًا متوهمًا أونظريًّا أو مجهّلًا. وثانيهماأن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما"(٢).

وقد قضت المحكمة في حكم سابق لها بأنه: "وحيث إنّ رحى المنازعة الموضوعية تدور في الدعوى الأصليّة حول طلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير الصحة رقم (٢٧١) لسنة ٢٠٠٧ بمنع ختان الإناث، ووقف تنفيذ وإلغاء قرار رئيس الجمهورية بإصدار القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ فيما تضمنه من إضافة المادة (٢٤٢ مكررًا) إلى قانون العقوبات، التي جعلت من ختان الإناث جريمة يعاقب عليها بالحبس أو الغرامة. لما كان ذلك، وكانت أوراق الدعوى قد خلت ممّا يفيد تطبيق النصوص السالفة الذكر على ذوي المدعين، ولم يثبت أنّ أضرارًا واقعيّة قد حاقت بهم أو بذويهم جراء هذه النصوص... الأمر الذي تنتفي معه مصلحتهم الشخصية المباشرة في الطعن عليها"(٣).

(١) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ١٩٤ لسنة ٢٩ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٩/٧/٦.

(٢) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٣٢٨ لسنة ٢٣ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٩/٢/٢.

(٣) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٣/٢/٣.

أما بالنسبة إلى المصلحة في الدعوى الإداريّة، فقد نص قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٥/هـ) منه على عدم قبول الدعوى ممَّن ليس له مصلحة شخصية، وكذلك فعل قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ في المادة (١٢/أ) منه بنصه على عدم قبول الطلبات التي يقدّمها الأشخاص إذا لم يكن هنالك مصلحة شخصية لهم.

ويقصد بشخصية المصلحة في الدعوى الإداريّة أن تكون مصلحة الطاعن على درجة من التفريد، أي على خلاف المصلحة العامة التي تقرر لكل مواطن؛ ولذا فإنّها تبتعد عن مفهوم دعوى الحسبة التي عرفها الفقه الإسلامي، أي أن القرار الإداري المطعون فيه يمس بالمركز القانوني لرافعها، وليس المقصود مساسه بحق من حقوق رافعها(١).

ومن خصائص المصلحة الشخصية في الدعوى الإداريّة أنَّها لا تتطلب وجود حق تعدت الإدارة عليه، أو هددت بالاعتداء عليه، بل يكتفى بأن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية تأثرت بشكل مباشر بالقرار الإداري(٢)، أما المصلحة المباشرة في الدعوى الإداريّة فإنها تتوافر إذا كان القرار الإداري المطعون فيه يشكل اعتداءً مباشرًا على الطاعن، ويؤثر في مركزه القانوني بشكل مباشر، ولذا فإنَّ إلغاءَه يعود بالمنفعة المباشرة عليه، إذ استقر الفقه والقضاء الإداريين على الاكتفاء بوجود مصلحة شخصية ومباشرة لرافع الدعوى وعدم اشتراط استنادها إلى حق لرافعها اعتدت عليه الإدارة أو هددته بذلك(٣).

وقد أكد القضاء الإداري ضرورة توافر المصلحة الشخصية والمباشرة، ووضح المقصود بهما، فقد جاء في حكم المحكمة الإداريّة الأردنية: "أنَّ المصلحة الشخصية تعني أن تكون مصلحة الطاعن على درجة معينه من التفرد بحيث لا تختلط بالمصلحة العامة التي هي حق لكل مواطن في أن تتصرف الإدارة في حدود اختصاصاتها وهذا ما يميز دعوى الإلغاء عن دعوى الحسبة... كما أنَّ المصلحة يجب أن تكون شخصية ومباشرة بمعنى أن تكون المصلحة مؤثره تأثيرًا مباشرًا بأن يشكل القرار محل الطعن اعتداء مباشرًا على الطاعن وأن الفائدة أو الميزة التي يحصل عليها من الحكم القضائي بإلغائه تعود عليه مباشرة وأن يكون الطاعن في مركز قانوني يؤثر فيه القرار المطعون فيه تأثيرًا مباشرًا(٤).

---

(١) كنعان، القضاء الإداري الأردني، ص ١٩٥؛ الحسبان، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(٢) عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٧.

(٣) القبيلات، مرجع سابق، ص ٢٤١؛ العتيبي، موسوعة القضاء الإداري، ج١، ص ٢٥١.

(٤) حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٩، منشورات قسطاس.

ومن الأمثلة التي من الممكن أن نسوقها من أحكام القضاء الإداري الأردني حكم المحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "وحيث إنّ المستدعي (الطاعن) بتاريخ الإعلان عن الوظيفة كان يبلغ من العمر (٥٦) عامًا وكان من شروط الإعلان ألاّ يزيد عمر المتقدم للوظيفة عن عمر (٥٥) عامًا حيث إنّه استبعد من المنافسة على الوظيفة لعدم انطباق شرط العمر فيه ولم يكن من ضمن الأشخاص الذين تم ترشيحهم للمنافسة وبالتالي فإنّ شرط المصلحة غير متوافر في المستدعي (الطاعن)، لأنّه لو ألغي القرار المشكو منه فإنّ ذلك لا يؤثّر على المركز القانوني للمستدعي (الطاعن)"[١].

وجاء في حكمٍ آخر لها: "وفي الحالة المعروضة فإنّ عدم قبول المطعون ضدها الثانية في كلية الطب في البرنامج العادي جعل المطعون ضدها الثانية في حالة خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه؛ ممّا جعل القرار يؤثر تأثيرًا مباشرًا في مصلحة شخصية لها تتمثل في عدم قبولها في البرنامج العادي في كلية الطب"[٢].

وقد أكد القضاء الإداري الأردني في كثير من أحكامه أن الدعوى الإداريّة ليست دعوى حسبة، ومنها حكم قد فرّق بين الدعوى الإداريّة ودعوى الحسبة، فقد قضت المحكمة الإداريّة الأردنية بأنه: "لم يجعل المشرع دعوى الإلغاء دعوى شعبية وهي ليس من قبيل دعوى الحسبة يجوز رفعها من أي مواطن وإنما حصر حق رفعها بمن تحققت له مصلحة أكيدة منها مستندًا إلى أنّ القرار المطعون فيه من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني للطاعن، ولا يصح أن تختلط مصلحة الطاعن بالمصلحة العامة، بل يجب أن تكون مميزه عنها ومستقلة بذاتها"[٣].

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بعدم كفاية رفع الدعوى من مواطن، بل يجب أن يتوافر في رافع الدعوى الذي يطلب إلغاء قرار إداري مصلحة شخصية مباشرة تتمثل في أن يكون في حالة قانونيّة خاصّة تجاه ذلك القرار، تجعله يؤثر تأثيرًا مباشرًا في مصلحة ذاتية له[٤].

المطلب الثالث: المصلحة الحالة والمحتملة

يقصد بأن تكون المصلحة قائمة، أي أن يكون هنالك اعتداء فعلي قد وقع على حق المدعي، أو المركز القانوني الذي يسعى إلى حمايته، أو يكون الضرر الذي يسعى المدعي إلى دفعه أو إصلاحه قد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ١٩٥ لسنة ٢٠١٨، منشورات قسطاس.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠١٩، منشورات قسطاس.

(٣) حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠١٥، منشورات قسطاس.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم ٥٣١٢٢ لسنة ٦٢ ق تاريخ ٢٠٠٩/٥/١٢.

وقع بالفعل[١]، وتكمن الحكمة من اشتراط أن تكون المصلحة في الدعوى الدستورية قائمة في عدم إضاعة المحكمة وقتها وجهدها في نزاع غير حقيقي وغير مستكمل لمحتواه، وعليه فإنّها لا تتصل بنزاع ما زال في طور التكوين أو أجهض قبل التداعي[٢].

يقصد بالمصلحة المحتملة أن تقوم على توقي ضرر لا شبهة في تحديده وأن التهديد الذي يشكله وشيك الوقوع، أي يُكتفى بأن يكون وقوع الضرر محتملًا وتعيينه ممكنًا، ولذا لا يعتد بالضرر المتوهم، أو المتصور، أو المنتحل، أو العام غير المحدد بضرر معيّن، أي أنّ الاعتداء على حق أو مركز قانوني محمي بموجب القانون، أو التأثير فيه لم يكن قد وقع، أو حدث أثناء إقامة الدعوى، بل هو أمر محتمل الحدوث آجلًا[٣].

أمّا بالنسبة إلى موقف القضاء الدستوري المصري فقد أكد صراحةً قبول المصلحة المحتملة في عدد من أحكامه، وقد سوّغ ذلك بأن توقي الضرر المحدق يشكل مصلحة شخصيَّة، وأنّ المصلحة الشَّخصيَّة والمباشرة تتحقق لدى الأشخاص الذين أصابهم ضرر قائم أو وشيك يتهددهم بسبب سريان النصوص المطعون بعدم دستوريتها[٤]، وقد أخذ بالمصلحة المحتملة في حكم له، أكد فيه توافر المصلحة لدى المخاطب بالقانون الضريبي المطعون فيه، ولو لم تتخذ بشأنه إجراءات تحصيل الضريبة، إذ جاء فيه بأن "شرط المصلحة اللازم قانونًا لقبول الدعوى الدستورية يعد متوافرًا دومًا في شأن المخاطب بالقانون الضريبي المطعون فيه ولو لم تتخذ في شأنه إجراءات ربط وتحصيل الضريبة"[٥].

وورد في حكم آخر أخذه بالمصلحة المحتملة؛ لأنه ساوى بين الضرر الفعلي والضرر الوشيك، فجاء فيه: "ألّا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ألحق بهم النص المطعون فيه ضررًا مباشرًا سواء أكان ضررًا وشيكًا يتهددهم أم كان قد وقع فعلًا"[٦].

ويثور هنا السؤال الآتي: هل يدخل في باب المصلحة المحتملة إصدار قانون وتأجيل نفاذه إلى زمن لاحق؟

---

(١) الطبطائي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٨٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٧/١٢/٦.

(٣) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣١٧، الهلالي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٤) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٧/٧/٥.

(٥) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٩/١/٢.

(٦) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية تاريخ ٢ ديسمبر ١٩٩٥.

ترى الباحثة أن المشرع الأردني كان قاطعًا في اشتراطه أن تكون القوانين والأنظمة التي تخضع للرقابة على دستوريتها نافذة، وعليه فإن كان القانون لم يدخل حيز النفاذ بعد، فإنّه لا يجوز الطعن بعدم دستوريته تحت مظلة المصلحة المحتملة، ولا ترى الباحثة أن هناك تعارضًا بين شرط استمرارية المصلحة وبين المصلحة المحتملة، إذ يجب أن تبقى المصلحة محتملة، أو تتحول إلى مصلحة قائمة بالفعل خلال النظر بالدعوى الدستورية، كأن يكون هناك ضرر محتمل يلحق أحد المخاطبين بأحكام القانون، ويقع الضرر بالفعل أثناء نظر الدعوى الدستورية، ويتصور أن تزول المصلحة المحتملة إذا ما تم تعديل النص المطعون بعدم دستوريته أو إلغائه أثناء نظر الدعوى الدستورية.

أما في الدعوى الإداريّة؛ فإنه يقصد بالمصلحة الحالة أنّها المصلحة المؤكدة أو المحققة، أي الفائدة المؤكدة من إلغاء القرار الإداري المطعون به، بمعنى أن رافع الدعوى سيستفيد بشكل مؤكد من إلغاء القرار المطعون به، الأمر الذي يشير إلى وقوع اعتداء على حق رافع الدعوى أو على المركز القانوني المراد حمايته(١)، أمّا المصلحة المحتملة فهي تهيئة الفرصة لجلب النفع أو دفع الضرر عن الطاعن(٢).

وقد أخذ القضاء الإداري الأردني بالمصلحة المحتملة، فقضت المحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "نجد أن ما توصلت إليه المحكمة الإداريّة بوجود مصلحة محتملة للمستدعي في طلب إلغاء القرار المشكو منه؛ ممَّا يترتب عليه إعادة دراسة طلب التعيين في الوظيفة التي تقدم إليها، ممَّا يحقق مصلحة أو مركز قانوني أفضل في حال إلغاء القرار المشكو منه يوافق القانون ويتعين رد هذا السبب"(٣).

وقد اكتفى القضاء الإداري المصري بشرط المصلحة المحتملة، ومن الأمثلة التي من الممكن أن نسوقها على ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الذي أكد أنّ في دعوى الإلغاء تمتاز باتصالها بقواعد واعتبارات المشروعية والنظام العام؛ ولذا فإن يُكتفى بأن يكون لرافع الدعوى مصلحة محتملة"(٤).

صفوة القول، إنّ المصلحة في كل من الدعويين الدستورية والإداريّة، وإن كانت تتمتع بهذه الأوصاف، إلا أنَّها تختلف في مضمونها وفحواها، وذلك بسبب اختلاف طبيعة الدعوى، إلى جانب أن الدعوى الدستورية تنفرد بوصف لا تتسم به أي دعوى أخرى ألا وهو ارتباط المصلحة في الدعوى الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

---

(١) حتاملة، مرجع سابق، ص ١٨٦؛ عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) كنعان، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٨، منشورات قسطاس.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم ٣٥٢٥ لسنة ٦٣ ق تاريخ ٢٠٠٩/١/٢٥.

المبحث الثالث: أسباب انتفاء المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة

تتعدد أسباب انتفاء المصلحة في الدعويين الدستوريّة والإداريّة؛ لذا لا بدَّ من الوقوف على أبرز تلك الأسباب لتوضيح أوجه الاختلاف بينها في الدعويين.

المطلب الأول: أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية

تلقي طبيعة المصلحة في الدعوى الدستورية بظلالها على أسباب انتفاء المصلحة، لذا فإنَّ بعض تلك الأسباب ترتبط بالدعوى الموضوعية، ونظرًا لأنَّ القانونين الأردني والمصري، لم ينصّا صراحةً على أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية؛ لذا يجب تبيانها عن طريق أحكام القضاء وآراء الفقهاء.

الفرع الأول: زوال النص المطعون بعدم دستوريته

يجب أن يكون القانون أو النظام المطعون بعدم دستوريته نافذًا أي ساريَ المفعولِ عند الطعن أو الدفع بعدم دستوريته. فإذا زال نفاذه بعد تقديم الطعن أو الدفع، فإنَّ المحكمة تقضي بانتهاء الخصومة، ورده شكلًا، وانتهاء الخصومة تتقرر؛ لأنَّها تتقضي المصلحة، إذ لم يعد القانون واجبَ التَّطبيق على موضوع الدَّعوى[1].

وقد أكدت المحكمة الدستورية الأردنية ذلك في الطعن المقدم بشأن نظام ملغي إذ جاء فيه: "وحيث إنَّ الدفع بعدم دستورية النظام الأخير رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٤ وتعديلاته الذي قدم بتاريخ ٢٠١٥/٤/١٢ واستكمال شروط تقديمه القانونية بعد دفع الرسوم عنه بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٣ قد جاء لاحقًا لإلغاء هذا النظام، وأنَّ الطعن بالتالي قد انصب على نظامٍ ملغيّ وتعديلاته. وحيث إنَّ المحكمة الدستوريَّة وفقًا للفقرة الأولى من المادة (٥٩) من الدستور تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة دون غيرها، فإنَّ محكمتنا تكون غير مختصة للنظر في الطعن المقدم في هذه الدعوى بما يتعين معه رده من الشكل[2].

وقد تعرضت المحكمة الدستورية في حكم لها بشأن الطعن في دستورية نص مادة وردت في نظام الخدمة المدنية الذي تمَّ إلغاؤه بموجب نظام الخدمة المدنية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ إذ جاء فيه: "وذلك من منطلق أن المراكز القانونية التي نشأت وترتبت آثارها في ظل قاعدة قانونية معينة تظل محكومة بهذه القاعدة رغم إلغائها، وعلى أساس أن نفاذ القاعدة القانونية الملغاة يبقى قائمًا رغم إلغائها

(١) الخطيب، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ١ لسنة ٢٠١٦، الجريدة الرسمية العدد (٥٣٩١)، تاريخ ٢٠١٦/٤/١٠.

ما دامت واجبة التطبيق على وقائع ومراكز قانونية نشأت في ظلها أثناء فترة سريانها وخلال العمل بها ومن ثم فإنَّ للمدعي مصلحة في الطعن بهذا النص من هذه الناحية الأخيرة التي انحصر الطعن بها"[١].

وفي الاتجاه ذاته ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى تأكيد أن الإلغاء التشريعي للقانون لا يحول دون النظر في الطعن بعدم الدستورية المقدم؛ ممَّن طبق عليه خلالمدة نفاذه بسبب توافر المصلحة الشخصية لديهم، كونه قد رتب القانون آثاره القانونية عليهم[٢]، كما أكدت المحكمة الدستورية العليا انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية إذا أُلغي النص بأثرٍ رجعي من تاريخ العمل به؛ لأنَّ إبطال النص لن ينتج عنه أي فائدة للمدعي من شأنها أن تغير مركزه القانوني، وذلك في حكمها القاضي بعدم توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الطعن في نص قانوني تم استبداله بموجب المادة الأولى من قانون رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤ في التمتع بحق الجنسية الذي ساوى بين أبناء الأب المصري وأبناء الأم المصرية في التمتع بحق الجنسية المصرية وتمتع ابناء الأم المصرية لأب غير مصري المولودين قبل تاريخ العمل بالتعديل التشريعي بذلك الحق[٣].

أما إذا تعلق إلغاء النص بإجراءات التقاضي، فإنَّ المصلحة تزول إذ جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن تشكيلالدائرة الأولى للمحكمة الإداريّة العليا المطعون بعدم دستوريتها قد عدلت بعد رفع الدعوى بموجب قانون نص على أن تضم المحكمة أعضاء من الشخصيات العامة بدلًا من أعضاء مجلس الشعب، وكون هذا القانون من القوانين الناظمة لإجراءات التقاضي التي تسري بأثر فوري على الدعاوى التي لم يفصل بها والإجراءات التي لم تتم؛ ممَّا يؤدي إلى زوال مصلحة المدعي في دعواه الدستورية[٤].

الفرع الثاني: التنازل عن الدعوى الموضوعية أو الدفع بعدم الدستورية

ذهب بعض الآراء الفقهية إلى أنه يترتب على ارتباط الدعوى الدستورية بالدعوى الموضوعية انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية في حال انتهاء الدعوى الموضوعية، وتكمن الحكمة من انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية في حال التنازل عن الحق المدعى به في الدعوى الموضوعيَّة بأن

(١) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٤، الجريدة الرسمية العدد (٥٢٩٤)، تاريخ ٢٠١٤/٧/١٦.
(٢) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ قضائية دستورية تاريخ ١٩٨٣/٦/١١.
(٣) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ١٦٦ لسنة ٢٤ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٠/١١/٧.
(٤) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٨ لسنة ٢ قضائية دستورية تاريخ ١٩٨١/١٢/٥.

الحكم الصادر في تلك الدعوى لن يكون له أثرٌ في الحق المدعى به في الدعوى الموضوعية بسبب التنازل عن الحق المدعى به(١).

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن تنازل المدعي عن طلبه الموضوعي بشأن الغرامة أدى إلى انتفاء مصلحته في الدعوى الدستورية كونه طعنًا بعدم دستورية النص القانوني المتضمن توقيع الغرامات دون الحصول على حكم قضائي(٢)، وكذلك حكمت بأن تنازل المدعيين عن المطالبة بالفوائد القانونية قد أدى إلى انتفاء مصلحتهما في الطعن بعدم الدستورية في المادة ٢٢٦ من القانون المدني المتعلقة بالفوائد القانونية(٣)، وكذلك قضت بأنه إذا تمَّ التنازل عن الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع أثناء نظر المحكمة الدستورية للطعن فإنَّ ذلك يؤدي إلى انتفاء مصلحة الطاعن في الدعوى الدستورية بسبب سقوط الدفع وإهدار آثاره القانونية(٤).

وجاء في حكم آخر للمحكمة الدستورية العليا المصرية حول النص المطعون فيه الناظم لأحكام رد الشهـــود بأنه:"بعد أن أقام المدعون دعواهم الدستورية المعروضة، مثَّل وكيل عن المدعى عليهم وقرر تنازله عن أقوال الشهود التي تم سماعها أمام المحكمة، وطلب حجز الدعوى للحكم بحالتها بما يفيد نزوله عن الاستناد إلى أقوال الشهود. ومن ثم فقد غدا النص المطعون غير لازم للفصل في الدعوى الموضوعية، بما مؤداه زوال مصلحة المدعـــون الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية الراهنة، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبولها"(٥).

ترى الباحثة خلافًا للآراء الفقهية السابق ذكرها والاجتهادات القضائيّة الدستورية المصرية المشار إليها أنه يجب ألاَّ يترتب على إسقاط الدعوى الموضوعية انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية، إذ إنَّ إسقاط الدعوى الموضوعية لا يسبغ على النص المطعون فيه صفة الدستورية، ولذا يتوجب على القضاء الدستوري ألاَّ يسقط الدعوى الدستورية في حال إسقاط الدعوى الموضوعية وأن يستمر في نظرها إلى حين إصدار حكمه النهائي بشأنها، وهذا ما ينسجم مع ما أثير سابقًا بشأن وقت توافر المصلحة في الدعوى الدستورية.

---

(١) السيد، مرجع سابق، ص ٢٦١-٢٦٢؛ فوزي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٤٥ لسنة ٧ قضائية دستورية تاريخ ١٩٨٧/١/٣.

(٣) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٣٠ لسنة ١١ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٠/٧/٢٨.

(٤) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٥٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٤/٢/٥.

(٥) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ٤٦ لسنة ٣٤ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٨/٦/٢.

الفرع الثالث: سبق الفصل في دستورية النص المطعون فيه

يترتب على سبق صدور حكم بعدم دستورية النص المطعون في دستوريته انتفاء المصلحة بالنسبة إلى المدعي في الدعوى الدستورية، ويعود السبب في ذلك إلى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية التي توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها، والحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام القضاء الدستوري(١).

تتمتع الأحكام الدستورية الصادرة في موضوع الدعوى الدستورية والتي انتهت إلى دستورية أو عدم دستورية النص القانوني بحجية مطلقة تجاه السلطات الثلاث والكافة وفقًا للمادة (٥٩) من الدستور الأردني، ولذا فإنَّ من أبرز آثارها عدم جواز النظر في الطعن بعدم دستوريتها مرة أخرى من المحكمة الدستوريَّة.

وقد أكدت أحكام المحكمة الدستورية الأردنية على آثار حجية أحكامها، فقد جاء في حكم لها: "ومن حيث إنَّ الدعوى الدستوريَّة هي دعوى عينية بمعنى أنَّها تنصب على نصوص بعينها فإنَّ ما ينبني عليه أن ما تفصل فيه إنما يحوز حجية بمواجهة الكافة ممثلين بالدعوى الدستورية أو غير ممثلين فيها، وكذلك بالنسبة إلى الدولة على امتداد تنظيماتها المختلفة، وهذه الحجية تمنع من المجادلة في هذه المسألة، ولما كانت محكمتنا قد قررت بتاريخ ٢٠١٣/٤/٣ في الطعن رقم (٢) لسنة ٢٠١٣ عدم دستورية المادة (٥١) من قانون التحكيم وجرى نشر الحكم بالعدد رقم (٥٢١٧) من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٤/١٦ فيكون هذا الحكم قد اكتسب حجية على الكافة"(٢).

وقد قضت في حكم آخر لها بأنه:"لهذا وبناء على ما تقدم وحيث سبق لهذه المحكمة البت بموضوع هذا الطعن بالحكم رقم (٥) لسنة (٢٠١٧) تاريخ ٢١/٨/٢٠١٧ والذي قررت فيه عدم دستورية العبارة الواردة في نهاية منطوق المادة الأولى من نظام الضريبة الخاصة المعدل رقم (٩٧) لسنة (٢٠١٦) التي تتضمن سريان النظام بأثر رجعي... وحيث إنَّ أحكام المحكمة الدستوريَّة هي أحكام نهائية غير قابلة للطعن وملزمة لجميع السلطات والكافة فإنَّ قرارها هو قول فصل لا يقبل التأويل أو التعقيب من أي جهة كانت وله حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه مرة أخرى، ممَّا يتعين معه عدم جواز النظر بهذا الطعن ورده شكلًا لسبق الفصل في موضوعه"(٣).

---

(١) فوزي، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٣، الجريدة الرسمية العدد (٥٢٢٥)، تاريخ ٢٠١٣/٦/٢٣.

(٣) حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٦ لسنة ٢٠١٧، الجريدة الرسمية العدد (٥٤٨٤)، تاريخ ٢٠١٧/١٠/١٦.

قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن حكم المحكمة الدستورية العليا يحوز حجية مطلقة وأنّه لا ينصرف بآثاره إلى الخصوم في الدعوى التي صدر فيها فحسب، بل تتعدى آثاره إلى الكافة وإلى كل سلطة في الدولة بما يمنع من تجاوز مضمونه، بالتالي فإنّ المصلحة تكون منتفية وأصدرت حكمها بعدم قبول الدعوى(١)، وأكدت ذلك في أحكام حديثة لها(٢).

وقد وجهت انتقادات من الفقه الدستوري لنهج المحكمة الدستورية العليا بحكمها بعدم قبول الدعوى لزوال المصلحة بسبب سبق صدور الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، دون أن تفرق بين ما إذا كان ذلك الحكم قد صدر قبل أم بعد رفع الدعوى الدستورية، وأن الأجدر بالمحكمة أن تصدر حكمها بعدم قبول الدعوى إذا رُفعت الدعوى الدستورية بعد صدور الحكم الدستوري، وذلك لعدم توافر شروط قبولها ابتداءً، أما إذا كان رفعها قبل صدور الحكم فإنّ ذلك يعني ثبوت المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية ابتداءً؛ لذا يجب الحكم بانتهاء الخصومة في الدعوى(٣)، في حين خالفت آراء فقهية تلك الانتقادات، وذلك لمجموعة من الأسباب، كان من أبرزها: أن عدم القبول يتعلق بعدم وجود حق للخصم في رفع الدعوى؛ لذا فإنّ الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحق في رفع الدعوى لا إلى إجراءات الخصومة، وقد استقر أغلب الفقه على أن سبق الفصل في الموضوع يعد من مسائل القبول(٤).

ومن الجدير بالذكر أنّ الأحكام الدستورية الصادرة برد الدعوى الدستورية شكلًا لا تحوز الحجية المطلقة، بل تحوز حجية نسبية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك الأحكام الصادرة بعدم توافر المصلحة، أما صدور حكم للمحكمة الدستورية في موضوع الدعوى الدستورية فإنّه يؤدي إلى عدم جواز النظر فيها مستقبلًا، وانتفاء أيّ مصلحة للطعن بعدم الدستورية(٥).

انتقد رأي ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية من عدم قبول الطعن في النصوص التي سبق صدور حكمها بشأنه سواء كان بدستورية أو عدم دستورية النص القانوني، وقد ذهب إلى ذلك بسبب أن الأحكام التي تقضي بدستورية النص لا تتمتع بالحجية المطلقة(٦).

---

(١) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ١٢٦ لسنة ٢٠ قضائية دستورية تاريخ ١٩٩٩/١٠/٢.

(٢) حكم المحكمة الدستوريّة العليا المصرية، القضية رقم ١١٣ لسنة ٣١ قضائية دستورية تاريخ ٢٠١٦/١١/٥.

(٣) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٤) فوزي، مرجع سابق، ص ١٨٣؛ والسيد، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٥) زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، ص ٤٧١؛ اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، ص ٧٧-٧٨؛ الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٦) الطبطائي، مرجع سابق، ص ٦٣.

تخالف الباحثة ما ذهب إليه هذا الرأي، وترى صحة نهج المحكمة الدستورية العليا المصرية من حيث اكتساب الحكم الدستوري للحجية، سواءً كان يقضي بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته؛ لأنها فحصت دستورية النص؛ ولذا فإن حكمها يتمتع بالحجية المطلقة في كلتا الحالتين.

الفرع الرابع: تغير أوضاع أطراف الدعوى الموضوعية وصفاتهم

يؤدي التغيير الذي يطرأ على أوضاع وصفات أيٍّ من أطراف الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية إلى انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية؛ وذلك لضرورة استمرارها إلى حين الفصل في الدعوى الدستورية(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالآتي: "وحيث إن مؤدى نص البند السادس من المادة (١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية أن صورة الإعلان لا يجوز تسليمها إلى الإدارة القضائيّة المختصة بالقوات المسلحة بواسطة النيابة العامة إلا إذا كان الإعلان متعلقًا بأحد أفراد القوات المسلحة أو من في حكمهم. وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن صفة المدعى عليهم – في الدعوى الموضوعية – كأفراد بالقوات المسلحة قد انفكت عنهم – قبل الفصل في الدعوى الماثلة، إما بالوفاة أو بالإحالة إلى التقاعد، وكان من المقرر أن شرط المصلحة في الدعوى لا يكفي أن يتوافر عند رفعها، بل يتعين أن يظل قائمًا حتى الفصل فيها نهائيًا، فإنه أيًّا كان وجه الرأي في شأن دستورية النص التشريعي المطعون فيه، فإنه- وقد أضحى غير متعلق بالمدعى عليهم- صار غير سارٍ في حقهم ليعود الأمر في شأن إعلانهم إلى القواعد العامة، وذلك بأن يتم الإعلان إمّا لأشخاصهم أو في مواطنهم شأنهم في ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين لا يشملهم تنظيم خاص بالنسبة إلى الإعلان. إذ كان ذلك، وكان ما قصد إليه المدعون من الطعن على البند السادس المشار إليه هو ألا يعامل المدعى عليهم معاملة خاصة في شأن الإعلان يمتازون بها عن سواهم، وهو ما تحقق بعد زوال صفتهم العسكرية وإعلانهم بالتالي وفقًا للقواعد العامة، فإن مصلحة المدعين في الطعن على البند السادس سالف البيان تغدو محض مصلحة نظرية، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى"(٢).

ونظرًا لحداثة القضاء الدستوري الأردني فإنه لم يتعرض أي حكم من أحكامه لزوال الصفة في الدعوى الموضوعية، وترى الباحثة أنّ زوال الصفة في الدعوى الموضوعية يؤدي إلى انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية مادام أنّ القضاءين الدستوريّين الأردني والمصري لا يزالان على موقفهما بشأن ضرورة استمرار المصلحة في الدعوى الدستورية إلى حين صدور الحكم، وهو الأمر

(١) الجهمي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٢٥ لسنة ٦ ق تاريخ ١٩٩٢/٢/١.

الذي يُحث سابقًا والتوصل إلى ضرورة العدول عن هذا الاتجاه القضائي واشتراط توافر المصلحة فقط عند إقامة الدعوى الدستورية.

المطلب الثاني: أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الإداريّة

لم ينص كلٌّ من القانونين الأردني والمصري صراحةً على أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الإداريّة لذا يجب توضيحها عن طريق أحكام القضاء وآراء الفقهاء.

الفرع الأول: التنازل عن الحق المدعى به في الدعوى الإداريّة

إن تنازل المستدعي بإرادته المنفردة والحرة عن الحق المدعى به يؤدي إلى انتفاء المصلحة، وكذلك إذا كان التنازل بصورة غير مباشرة؛ كالتغيب عن حضور الجلسات الذي أدّى إلى شطب الدعوى علمًا بأنه في هذه الحالة يجوز إعادة تجديدها(١).

قضت المحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "فمن الرجوع إلى أوراق الدعوى يتبين إنه وبتاريخ٢٠١٧/٣/٢٧ تم توقيع اتفاقية خطية بين الجهة الطاعنة والمفوض بالتوقيع عن المطعون ضدها شركة البرج للتربية والتعليم... تضمن البند الأول منها إسقاط جميع الدعاوى الإداريّة وغيرها المرفوعة من قبل المدارس بحق وزارة التربية والتعليم، وعدم رفع قضايا جديدة بذات الموضوع سواء إداريّة أو جزائية أو حقوقية... وحيث إنّ الاتفاق بين المستدعية مع الجهة المستدعى ضدها على إسقاط جميع الدعاوى الإداريّة أثناء نظر هذه الدعوى فإنّها تكون مشمولة بالاتفاق المذكور، وبذلك تصبح الدعوى غير ذات موضوع لفقدانها شرط المصلحة"(٢).

أمّا المحكمة الإداريّة العليا المصرية فقد قضت بأنّ: "المشرع حدد على سبيل الحصر الطرق التي يتعين على المدعي أن يسلكها إذا أراد التنازل عن الخصومة فقرر أن يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإدائه شفويًا في الجلسة وإثباته في المحضر والغرض من هذا التحديد أن تظهر إرادة المدعي في الترك واضحة محددة، ويترتب على الخصومة إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى، ويقتصر دور القاضي على إثبات ذلك في التنازل"(٣).

---

(١) حتاملة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٨٠ لسنة ٢٠١٧، منشورات قسطاس.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم ٣٨٠٤٥ لسنة ٥٦ ق تاريخ ٢٠١٤/٥/٢٤.

الفرع الثاني: زوال المصلحة أثناء الدعوى الإداريّة بتحققها أو لاستحالة تحققها

تتعدد حالات زوال المصلحة أثناء الدعوى الإداريّة، فقد تتحقق المصلحة وبالنتائج ذاتها التي يرجوها المستدعي من الدعوى الإداريّة، ومثال ذلك إذا عدل مصدر القرار الإداري عن تنفيذ قراره، وينتقد جانب من الفقه ذلك؛ لأنّ عدول الإدارة عن التنفيذ يعني تأجيله ولا يؤدي إلى انتهاء القرار، أو تأثيره في المركز القانوني لمن مسه القرار(١).

أمّا من حيث زوال المصلحة بسبب استحالة تحققها، فقد قضت المحكمة الإداريّة الأردنية:"نجد من خلال محاضر الدعوى لدى المحكمة الإداريّة أنّ وكيل الطاعن قد أثبت على محضر الدعوى أنه قد تم إنهاء خدمات موكله (الطاعن)، وهو ما ذكره أيضًا وكيل المستدعى ضدهما (المطعون ضدهما) ... وحيث إنه قد تم الاستغناء عن خدمات الطاعن أثناء سير هذه الدعوى فلم يعد له أي علاقة تنظيمية مع الجهة التي أصدرت القرار المشكو منه بحقه، وبالتالي لم تعد له مصلحة من متابعة هذه الدعوى الأمر الذي يتعين معه رد هذه الدعوى شكلًا"(٢).

وقد قضت المحكمة الإداريّة العليا المصرية بأن: "التحقق من توافر شرط المصلحة ومدى جدوى الاستمرار في الخصومة في ضوء تغيير المراكز القانونية لأطرافها بحسبان دعوى الإلغاء تستهدف إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار المطلوب إلغاؤه، فإذا حال دون ذلك مانع قانوني أو طرأت أمور أثناء نظر الدعوى أو الطعن تجعل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور غير ذات جدوى فإنّ مصلحة الطاعن في الاستمرار في الطعن تضحي منتفية ولا يكون وجه للاستمرار فيه ويتعين الحكم بعدم قبوله"(٣).

الفرع الثالث: سحب القرار الإداري

ويقصد بسحب القرار الإداري: "إنهاء الوجود القانوني له، وإزالة آثاره من لحظة صدوره، فيصبح كأنه لم يكن، وكأنه لم ينتج أي أثر"(٤)؛ لذا فإنّه في حالة سحب القرار الإداري وجب على المحكمة التوقف عن الفصل في الدعوى؛ لأنّ السحب ينهي آثاره منذ صدوره مما يرتب انتفاء المصلحة(٥).

---

(١) الذنيبات والربضي، مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ١٧٠ لسنة ٢٠٢٠، منشورات قسطاس.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم ١٠٦ لسنة ٥٣ ق تاريخ ٢٠١٤/٠٣/٢٢.

(٤) الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، ص ٣٥١.

(٥) العتيبي، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

وقد ذهب رأي إلى أنّ إلغاء القرار الإداري وسحبه يؤدي إلى انتفاء المصلحة شريطة أن يحقق ذات النتائج المتوخاة من الإلغاء القضائي للقرار الإداري، وإلا فإنه لن يؤثر في استمرار مصلحة رافع الدعوى[١]، وتخالف الباحثة ما ذهب إليه هذا الرأي؛ لأنّ سحب القرار الإداري فقط هو الذي يماثل الحكم القضائي الإداري بإلغاء القرار الإداري من حيث الآثار نظرًا لرجعية آثاره، وهو الأمر غير المتوافر في إلغاء القرار الإداري؛ لأنّ إلغاء القرار الإداري تنصرف آثاره إلى المستقبل لا إلى الماضي؛ لذا تبقى آثاره السابقة قائمة في المدّة الزمنية ما بين إصداره وإلغائه، الأمر الذي يُبقي على المصلحة في رفع دعوى لإلغاء القرار الإداري قضائيًّا لإزالة تلك الآثار.

صدر حكم المحكمة الإداريّة الأردنية في دعوى ألغى المستدعى ضده الثاني مديرية التربية والتعليم للواء الجامعة القرار المطعون فيه بعد إقامة الدعوى، إذ قضت المحكمة باعتبار الدعوى منتهية وغير ذات موضوع، وجاء في حكمها: "وبما أن المحل شرط من شروط قبول الدعوى الإداريّة فإن إلغاء وسحب القرار الطعين يجعل من الدعوى الإداريّة غير ذات محل وتصبح دعوى غير مقبولة...وبما أن شرط المصلحة في الدعوى، كما أسلفنا، يتعين توافره ابتداءً، كما يتعين استمراره حتى يصدر فيها حكم نهائي"[٢].

ترى الباحثة أنه كان الأجدر بالمحكمة الإداريّة أن تفرق بين سحب القرار الإداري وإلغاء ذلك القرار، لاسيما أنّ الدعوى تتعلق بالطعن في قرار إلغاء تعيين المستدعية مساعدة مديرة، لأن إلغاء هذا القرار لا يحقق النتائج التي تحققها الدعوى الإداريّة بسبب سريان الإلغاء بأثر فوري في حين أن سحب القرار الإداري يسري بأثر رجعي، ويحقق النتائج المرجوة من الدعوى الإداريّة.

وقد قضت المحكمة الإداريّة العليا المصرية بأن سحب قرار وقف عضو هيئة التدريس عن عمله احتياطيًّا قبل رفع الدعوى يجعل من الدعوى غير مقبولة لرفعها دون توافر عنصر النزاع المتمثل في القرار الإداري المطعون فيه، أما إذا تم السحب بعد رفع الدعوى وقبل أن يتم إصدار حكم قضائي فيها، فإنه يترتب في هذه الحالة الحكم بأن الخصومة تعدّ منتهية[٣].

الفرع الرابع: سبق إلغاء القرار الإداري بحكم قضائي

يترتب على ثبوت إلغاء القرار الإداري المطعون فيه بحكم قضائي الحكم بانقضاء الخصومة؛ لأنّ الدعوى تصبح غير ذات موضوع، وهذا ما جرى تأكيده في أحكام القضاء المصري، أما القضاء

(١) حتاملة، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) حكم المحكمة الإداريةالأردنية رقم ٤٧١ لسنة ٢٠١٥، منشورات قسطاس.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم ٤٣٥٤ لسنة ٣٩ ق تاريخ ١٩٩٥/٣/١١.

الإداري الأردني فإنه ساوى بين زوال المصلحة أثناء رفعها وانتفائها عند رفعها؛ لذا في الحالتين حكم برد الدعوى، أو عدم قبولها[١].

ويترتب على الحكم الصادر في الدعوى الإداريّة بإلغاء القرار الإداري إعدام ذلك القرار منذ صدوره، أي عدّ القرار المحكوم بإلغائه كأن لم يكن، ويعد الأثر الرجعي لحكم الإلغاء من أهم أسباب فعالية رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الإداريّة[٢].

وجاء في حكم للمحكمة الإداريّة العليا الأردنية: "فإن إصدار المستدعى ضده الثاني للقرار الطعين (المشكو منه) المتضمن تعذر إجابة الطلب؛ لأنّ عقد المساطحة ليس من الحقوق الواردة في جدول رسوم تسجيل الأراضي التي تستوفي عنها رسوم، وهو ذات القرار الإداري الذي سبق وأصدره المستدعى ضده في عام ٢٠١٨ وطعن به لدى المحكمة الإداريّة بالدعوى رقم (٢٠١٨/٤٢٠)، وتقرر رد الدعوى موضوعًا وتأيّد ذلك بموجب قرار محكمتنا رقم (٢٠١٩/١٤٦) تاريخ ٢٠١٩/٥/٢٩ وصدر القرار بين ذات الخصوم وبذات الموضوع، وحيث إن قانون الملكية العقارية ونظام الكلف الإداريّة للخدمات المقدمة من دائرة الأراضي والمساحة لم يغير من الواقع القانوني شيئًا ولم ينشئ للمستدعيتين (الطاعنتين) مركزًا قانونيًّا جديدًا فإن ذلك كله يعني أنه قد سبق الفصل بالدعوى، وأن هنالك قضية مقضية وهي مسألة من النظام العام تحكم بها المحكمة من تلقاء ذاتها؛ ممّا يجعل الدعوى مردودة شكلًا"[٣].

وقد قضت المحكمة الإداريّة العليا الأردنية كذلك بأنه: "وحيث نجد أن القرار المشكو منه صدر بتاريخ ٢٠١٩/١٢/١٠ عن المطعون ضده في جلسته رقم (١٤/٥٧) وتضمن تعليق التسجيل وإيقاف العمل بإجازة المزاولة الخاصة بعضو الجمعية الطاعنة لمدة سنة بموجب المادة (٣٦) فقرة (أ/٣) من قانون تنظيم مهنة المحاسبة القانونية المؤقت رقم (٧٣) لسنة ٢٠٠٣. وحيث إن قوام الدعوى هو المصلحة والتي يجب أن تبقى قائمة منذ بداية الدعوى وحتى الحكم فيها، ولما زالت مصلحة الطاعنة بتنفيذ العقوبة والتي مدتها سنة واحدة بدأت من ٢٠١٩/١٢/١٠ وانتهت في ٢٠٢٠/١٢/١٠ وما زالت الدعوى قيد النظر، وعليه فإن الدعوى قد أصبحت غير ذات موضوع لانتهاء المصلحة، مما يتعين ردها شكلًا"[٤].

---

(١) العتوم، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٢) الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٠٢١/٦٠ تاريخ ٢٠٢١/٣/١٦.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٠٢٠/٣٢٩ تاريخ ٢٠٢١/١/١٣.

وهو الاتجاه ذاته الذي أخذت به المحكمة الإداريّة العليا المصرية، إذ قضت بأن: "الحكم الصادر هو عنوان الحقيقة، وهو كاشف عن عدم سلامة القرار المقضي بإلغائه لمخالفته لأحكام القانون وإعدامه من يوم صدوره، وينتج هذا الأثر في مواجهة الغير، وعليه تغدو أية دعاوى تقام طعنًا على ذات القرار مستهدفة القضاء بإلغائه غير ذات موضوع، إذ لا مصلحة لمن يقيمها؛ لسريان حكم الإلغاء في مواجهته بحسبانه من الكافة"(١).

صفوة القول، يلاحظ أنَّ أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة قد جاءت منسجمة مع طبيعة كلٍّ من الدعويين، فنظرًا لاتصال الدعوى الدستورية بالدعوى الموضوعية؛ لذا ارتبط عدد من أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية بالدعوى الموضوعية، أمّا أسباب انتفاء الدعوى الإداريّة فقد جاءت مرتبطة بالقرار الإداري المطعون به دون أن تكون الأسباب مرتبطة بدعوى أخرى.

الخاتمة:

انصب البحث على مظاهر اختلاف شرط المصلحة بين الدعوى الدستورية والدعوى الإداريّة، وذلك للتعرّف إلى مظاهر الاختلاف في القوانين والاتجاهات القضائيّة الأردنية والمصرية بشأن شرط المصلحة من حيث ماهية المصلحة في الدعويين كلتيهما، وأوصافها، وأسباب انتفائها، وقد توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نعرضها على النحو الآتي:

النتائج:

١. لم ينص كلٌّ من القانونين الأردني والمصري على شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، واكتفيا بالإشارة إلى جديّة الدفع بعدم الدستورية، وهو يختلف في مفهومه عن شرط المصلحة. أمّا شرط المصلحة في الدعوى الإداريّة، فقد نص عليه كل من القانونين الأردني والمصري، وقد تعرض كل من الفقه الدستوري والإداري لتعريف المصلحة في الدعويين، وقد أكد كل من القضاءَين الدستوري والإداري، الأردني والمصري اندماج شرط المصلحة بشرط الصفة في الدعويين الدستورية والإداريّة.
٢. تختلف أوصاف المصلحة في الدعوى الدستورية عن أوصاف المصلحة في الدعوى الإداريّة من حيث المضمون، فالمصلحة يجب أن تكون قانونيّة في الدعويين كلتيهما، إلا أنَّ المصلحة في الدعوى الدستورية تكون قانونيّة إذا استندت إلى مركز قانوني أوحق يحميه الدستور، في

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم ١٩٠٤١ لسنة ٥٣ ق تاريخ ٢٠١٠/٦/٥.

حين أن توافر المصلحة في الدعوى الإداريّة لا يتطلب أن تكون مستندة إلى حق، بل يكتفى بأن تكون المصلحة مشروعة يحميها القانون، ومبنية على مركز قانوني للطاعن قد يمس به القرار الإداري.

٣. لا تقبل دعوى الحسبة أمام القضاءين الدستوري والإداري، الأردني والمصري، ويشترط في المصلحة في الدعوى الدستورية أن تكون شخصية ومباشرة، أي أن يكون المدعي في حالة خاصة تجاه نص مطعون بعدم دستوريته بسبب مساس النص بحقه أو مركزه القانوني، وتأثيره فيه تأثيرًا مباشرًا، أمّا المصلحة الشخصية والمباشرة في الدعوى الإداريّة، فتتوافر إذا كان القرار الإداري المطعون فيه يمس المركز القانوني للطاعن المدعي بشكل مباشر.

٤. أخذ القضاء الدستوري المصري بالمصلحة المحتملة، إلا أنه لا توجد أحكام للقضاء الدستوري الأردني بهذا الشأن نظرًا لحداثته، في حين أنّ القضاءين الإداريين الأردني والمصري قد أكدا في أحكامهما على الأخذ بالمصلحة المحتملة في الدعوى الإداريّة.

٥. اتجه كلٌّ من القضاءين الإداريين الأردني والمصري نحو تأكيد ضرورة أن تظل المصلحة قائمة حتى الفصل في الدعوى الإداريّة، على الرغم من اختلاف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا الاتجاه، أما في الدعوى الدستورية فإنّ القضاء الدستوري المصري قد أبدى في أحكامه ذات الاتجاه بالنسبة إلى الدعوى الدستورية، في حين لم تصدر بعد أحكام عن المحكمة الدستورية الأردنية توضح موقفها من هذه المسألة.

٦. تختلف أسباب انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية عن انتفاء المصلحة في الدعوى الإداريّة، وذلك بسبب طبيعة كل من الدعويين؛ لذا فإنّ المصلحة الدستورية تنتفي بسبب زوال النص المطعون بدستوريته، والتنازل عن الدعوى الموضوعية، أو الدفع بعدم الدستورية، ولسبق الفصل في دستورية النص المطعون فيه، وتغير أوضاع أطراف الدعوى الموضوعية وصفاتها، أما المصلحة في الدعوى الإداريّة، فإنّها تنتفي بالتنازل عن الحق المدعى به والدعوى الإداريّة، وزوال المصلحة أثناء الدعوى، سواء عن طريق تحققها، أو استحالة تحققها، وسحب القرار الإداري، ولسبق إلغاء القرار الإداري بحكم قضائي.

التوصيات:

١. ضرورة أن يأخذ القضاء الدستوري الأردني والقضاء الإداري الأردني بوجوب توافر المصلحة، عند رفع الدعوى الدستورية والإداريّة، وعدم اشتراط استمرارها إلى حين الفصل في الدعوى الدستورية أو الإداريّة، انسجامًا مع طبيعة القضاء الدستوري والإداري، كونهما يتبعان للقضاء العيني، ونظرًا لدور القضاء الدستوري بوصفه سياجًا منيعًا في حماية الدستور، ودور القضاء الإداري بوصفه قضاءً للمشروعية في حماية الحقوق والحريات.

٢. الأخذ بحق اللجوء الفردي في قانون المحكمة الدستورية الأردني تعزيزًا لدور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، وذلك عن طريق السماح للأفراد بتقديم طعن مباشر في دستورية النصوص القانونية الواردة في القوانين والأنظمة.

٣. اطلاع قضاة المحكمة الدستورية على الاجتهادات القضائيّة الدستورية في الدول ذات القضاء الدستوري العريق؛ للاستفادة منها نظرًا لحداثة القضاء الدستوري الأردني، ولاسيما ما يتعلق منها بشرط المصلحة؛ كأوصاف المصلحة وخاصةً المصلحة المحتملة.

٤. ضرورة استقرار الاجتهادات القضائيّة الدستورية والإداريّة الأردنية على أسباب انتفاء المصلحة؛ وذلك بسبب أهمية تلك الأسباب، وخطورة آثار الحكم بانتفاء المصلحة، منعًا لأي اجتهادات قضائيّة متعارضة، أو لحسم أي جدل فقهي حول أسباب انتفاء المصلحة في الدعويين الدستورية والإداريّة.

المراجع

الكتب:

ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، المجلد الثاني، الطبعة الأولـــى، ٢٠٠٣.

البنا، محمود عاطف، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.

الجهمي، خليفة، رقابة دستورية القوانين في ليبيا ومصر والكويت والبحرين دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٨.

الخطيب، نعمان، البسيط في النظام الدســتوري، دار الثقافة للنشــر والتوزيــع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١٧.

الخلايلة، محمد، الوســيط في القانون الإداري، دار الثقافة للنشــر والتوزيــع، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠١٨.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٦.

زكي، محمود، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته وتنفيذه، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٥.

السعيد، كامل، النظرية العامة للقضاء الدستوري دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيهية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

السيد، محمد صلاح، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤.

الشريف، عزيزة، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥.

الطماوي، سليمان، القضاء الإداري الكتاب الأول قضاء الإلغاء، تنقيح عبدالناصر أبو سمهدانة وحسين إبراهيم خليل، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

عبد الهادي، بشار، الاتجاهات الحديثة لشرط المصلحة في الدعوى الإدارية دراسة تحليلية مقارنة بين القضائين الإنجليزي والأردني، سلسة أعرف عن العلمية القانونية، العدد ١٢، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

العتيبي، جهاد، موسوعة القضاء الإداري الجزء الأول، القواعد القضائية في شرح شروط قبول الدعوى الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

الغويري، أحمد، قضاء الإلغاء في الأردن دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، المؤلف، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.

فوزي، صلاح الدين، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

القبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١٨.

كنعان، نواف، القضاء الإداري الأردني، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢.

اللمساوي، أشرف، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

الهلالي، علي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٨.

الأبحاث العلمية:

حتامله، سليم، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، مجلة الأكاديمية العربية في الدنمارك، العدد ١٥، ٢٠١٤، ص ١٧٩-٢١٤.

الحسبان، عيد، شرط المصلحة لقبول دعوى وقف العمل بالقوانين المؤقتة في ضوء اجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية والقضاء المقارن، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، عمان، المجلد ٣٢، العدد ٢، ٢٠٠٥، ص ٣٨٩-٤٠٧.

الذنيبات، محمد والربضي، نجم، مدى التباين في شرط المصلحة بين الدعوى المدنية ودعوى الإلغاء دراسة تحليلة مقارنة، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، عمان، المجلد٢٠، العدد ٢، ٢٠١٧، ص١٠٣-١١٩.

شطناوي، فيصل وحتامله، سليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، عمان، المجلد ٤٠، العدد ٢، ٢٠١٣، ص ٦١٧-٦٣٤.

الطبطائي، عادل، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد ٢٤، العدد الأول، ٢٠٠٠، ص ١٣-٦٦.

عبدالكريم، رجب حسن، ضوابط تقدير جدية الدفع بعد مالدستورية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنوفية، مصر، المجلد ١٦، العدد 28، ٢٠٠٨، ص ٣٥-١٣٩.

العتوم، منصور، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري الأردني والمقارن "دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٩، ٢٠١٢، ص ١٦٩-٢٢١.

نصراوين، ليث، رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، عمان، المجلد ٤٣، العدد ٣، ٢٠١٦، ص ١٨٣-٢٠٦.

المواقع الإلكترونية:

موقع الجريدة الرسمية الأردنية/ رئاسة الوزراء http://pm.gov.jo/newspaper منشورات قسطاس http://qistas.com

الموقع الرسمي الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية: http://www.sccourt.gov.eg

الموقع الرسمي الإلكتروني لمجلس الدولة المصري: http://www.ecs.eg/

دور الحماية الجنائية الدولية للأقليات أقلية الروهينجا في ميانمار حالة دراسة

د. رائد سليمان الفقير *
أ.د مدثر جميل أبو كركي**
د. سعدون نورس المجالي

تاريخ تقديم البحث: ٢٠٢١/٤/٣٠م. تاريخ القبول: ٢٠٢١/٨/١٨م.

ملخّص

تهدف الدراسة إلى تحليل دور الحماية الجنائية الدولية من الأعمال والجرائم الجسيمة التي تقترف في حق مسلمي الروهينجا في إقليم (راخين) بدولة ميانمار (بورما سابقاً). هذه الجرائم تتضمن الاضطهاد والعنف والقتل العنصري، والمذابح الجماعية، والحرق والتدمير، والتطهير العرقي، والإبادة الجماعية، والاغتصاب، والتجنّي التشريعي، والترحيل، والإبعاد القسري، والإرهاب والترهيب، وإنكار الهوية، والوجود، والجنسية وغيرها من الجرائم الفظيعة.

وتناولت الدراسة التعريف بأقلية الروهينجا، ونطاق الحماية الجنائية لها في ظل القانون الجنائي الدولي، ورصد دقيق للانتهاكات الجسيمة التي تتعرض لها، ومطابقة هذه الجرائم مع تلك الجرائم التي تتضمنها معاهدات القانون الدوليّ، والقانون الإنسانيّ الدوليّ، والقانون الجنائيّ الدوليّ. وتعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفيّ التحليليّ لرصد التحديات التي تواجه أقلية الروهنجا، ووصفها، وبيانِ دَور الحماية الجنائية الدولية المتوفرة لهذه الأقلية، من خلال تحليل النصوص القانونية في المعاهدات والمواثيق الدولية، والتشريعات الداخلية في ميانمار، بالإضافة إلى استقراء الحقائق في تقارير المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والدراسات المعاصرة المنشورة. وتوصّلتِ الدراسةُ إلى مجموعة من النتائج من أهمّها: أنّ مواطنين أصيلين في ميانمار يعيشون في إقليم آركان منذ قرون طويلة، ويختلفون عِرقياً، ودينياً، ولغوياً عن الأغلبية البوذية، وتواجه هذه الأقليّةُ إبادةً جماعيةً، وترحيلاً قسريّاً، وقتلاً وجرائمَ ضد الإنسانية، وأنّ التوصيفَ القانونيَّ للجرائم التي تُقترفُ في حق أقلية الروهينجا هي جرائمُ دَوليةٌ تقع في نطاق اختصاصِ المحكمةِ الجنائيةِ الدّوليّة.

الكلمات الدالة: الروهينجا، الانتهاكات الجسيمة، جرائم دولية، نظام روما الأساسي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ميانمار.

* جامعة البلقاء التطبيقية.
** جامعة الحسين بن طلال.
*** جامعة مؤتة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Role of International Criminal Protection for Minorities
The Rohingya Minority in Myanmar as a Case Study

Dr. Raed Suleiman Al-Faqir
Prof. Modather Jameel Abu Karaki
Dr. Sa'doun Nawras Al-Majali

Abstract

The study aims to analyze the role of the international criminal protection towards the grave crimes committed against the Rohingya Muslims in the (Rakhine) region of the State of Myanmar (formerly Burma). These crimes include persecution, violence, racial killing, genocide, arson and destruction, ethnic cleansing، rape, legislative injustice، deportation and forced expulsion, terrorism and intimidation, denial of identity, existence and nationality and other heinous crimes.

The study covered the definition of the Rohingya minority and the scope of criminal protection for them under International criminal law، in addition to a careful monitoring of the grave violations they are exposed to, and the conformity of these crimes with those crimes that are included in treaties of the International law, international humanitarian law and international criminal law. The study followed the descriptive and analytical approach to describe and monitor the challenges facing the Rohingya minority and the role of International criminal protection towards this minority by analyzing the legal texts in International treaties and charters and internal legislation in Myanmar, in addition to extrapolating the facts in the reports of International human rights organizations and contemporary legal studies. The study reached a set of results; the most important of which is that the Rohingya are indigenous citizens of Myanmar, living in Arkan region for centuries and differing ethnically, religiously and linguistically from the Buddhist majority. These minorities are facing genocide, forced deportation, murder and crimes against humanity and the legal adaptation of the crimes committed against the Rohingya is described as international crimes that fall under the jurisdiction of the International Criminal Court.

KeyWords: Rohingya, Serious Violations, International Crimes, Permanent International Criminal Court, Myanmar.

المقدمة:

أقلية الروهينجا "مجموعة إثنية عِرقية ودينية، يعتنق أبناؤها الدينَ الإسلاميَّ، ويتكلمون اللغة (الروهينجية) ويسكنون في إقليم أراكان (راخين) غربي بورما (ميانمار حالياً)[١]، وحسب إحصائيات عام ٢٠١٦ يقدر عدُدهم بنحو أكثرَ من مليون نسمة، ويعيشون مع الأغلبية البوذية في البلاد، ويشكلون حوالي ثلث سكان ميانمار[٢].

تعرّض الروهينجا للقتل والذبح في أعقاب احتلال الملك البورمي "بورديابا" لإقليم أراكان عام ١٧٨٤، وعانوا من سياسات (التبويذ)، كما تعرضوا لأبشع المذابح في أعقاب الاحتلال الثاني للإقليم في عام ١٨٤٢ و تدمير أكثر من أربعمائة قرية من قراهم وقتل القاطنين فيها آنذاك[٣].

ويلعب الرهبانُ البوذيّون في ميانمار دوراً سلبيّاً أدى إلى إضفاء الغطاء الديني لإباحة ممارسات العنف، والاضطهاد، والتهجير، والعزل في حق هذه الأقلية في إقليم أراكان (راخين)[٤]. ومن أكثرِ جرائم الإبادة الجماعية بشاعةً تلك التي اقتُرفتْ أثناء الحرب العالمية الثانية إثر انهزام الجيش الياباني على يد قوات التحالف في إقليم (أر)، والاستيلاء على أسلحتهم التي وُجِّهتْ لاحقاً في مواجهة مسلمي الروهنيجا وأسفرت عن قتل أكثرَ من ١٠٠ ألف منهم[٥].

تعاني أقليةُ الروهينجا من انتهاكاتِ حقوق الإنسان، والحرمانِ التعسُّفيِّ من الجنسيّة، والتهجير من أراضيها، والحرمان من أية حقوق تتعلق بوطنها أراكان، والاعتداء على دينها ومعتقدها، وإحداث

(1) Alireza Arashpuor and Alireza Roustaei, The Investigation of Committed Crimes against " Myanmmar's Rohingya" and the Invoke Necessity to " the Theory of Responsibility to Protect, Juridical Tribune, Vol.(6), Issue No.(2), 2016,p.396

(٢) وفاء لطفي، الروهينجا: معضلة تبحث عن حل، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، المجلد (١٧)، العدد (٦٨)، ٢٠١٧، ص١٨٤

(٣) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، الطبعة الأولى، وزارة الإعلام، الرياض، ص ٢٩،٣٠، و٥٩-٦٠. وتشير المصادر التاريخية إلى تعرض الروهينجا لجرائم الإبادة الجماعية في عام ١٩٤٢ على يد أقلية (الماغ) البوذية على مرأى وبمباركة الزعماء البورميين، وبلغ عدد ضحايا هذه الجرائم في ذلك العام نحو (٥٠) ألفاً من الروهينجا. كما تعرض المئات إلى القتل والدفن وهم أحياء على يد كتيبة القوات البورمية النظامية في أعقاب الاستقلال في عام ١٩٤٨.

(٤) ميسون منصور عبيدات، الاعتداءات البورمية المتكررة على الأقلية المسلمة " الروهينجا" في " بورما" ميانمار ١٩٤٨-٢٠١٢، حوليات آداب عين شمس، كلية الآداب، جامعة عين شمس، المجلد (٤٦)، سبتمبر ٢٠١٨،

(٥) عبد الكامل جوبية وخضراء هجرسي، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما: دراسة تاريخية نقدية، مجلة الدراسات التاريخية والاجتماعية، جامعة نواكشوط، العدد (٣٢)، ٢٠١٨، ص ٢٣٣.

التغيير الإثني في إقليم أراكان حيث التداخلُ العِرقيُّ (الماغيّ والروهينجيّ) والدينيّ (البوذيّ والإسلاميّ)، وهناك شواهدُ على الممارسات التطهيرية ضدَّها شَملتْ مئاتِ آلافٍ من أبنائها ؛ بذريعةِ الوجودِ غيرِ الشَّرعيِّ لهذه الأقليةِ، ووقوفِها إلى جانب المُخرِّبينَ والمتمرِّدين.

فالقادةُ السياسيون، والعسكريون، وأتباعُهم من ضباطِ الجيش وأفرادِه، وعناصرُ الشرطة والأمن، والتنظيمات العسكرية الأخرى، ورهبانُ الدين البوذيّ، والمسئولون المدنيون في الوزارات والدوائر الحكومية المعنية على دراية بالقوانين الوطنية والدولية التي تعاقب على كل الأفعال المؤلِّفة لجرائمهم، وعارفون بكل الوقائع، ومن ثم لا يمكن لهم التذرُّعُ بعدم العلمِ بهذه الجرائمِ مِن: أفعال الذبح والقتل، والاغتصاب، والإبعاد القسريّ، ومصادرة الأراضي، ومصادرةِ الهُويّة والجنسية، وتعذيبِ أبناء أقلية الروهينجا، ودَفْنِهم أحياءً، وتدميرِ قُراهم، ونَسْفِ بيوتِهم، وهذه الأفعال مُجَرَّمةٌ في القانون الوطنيّ، والقانون الجنائي الدوليّ .

فنفْيُهم هذا، وادّعاؤهم الجهلَ بهذه الجرائم لا يُعتدُّ به، ولا ينفي مسؤوليتَهم عن ارتكاب هذه الجرائم. وثمّةَ سوابقُ قضائيةٌ تاريخية للمحكمة الجنائية الدَّولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا، وراوندا وسيراليون تُثبت ذلك.

أولاً: مشكلة الدارسة وأسئلتها:

تكمن مشكلةُ الدراسة في أنّ حقوق أقلية الروهينجا في ميانمار (بورما سابقاً) تتعرض للانتهاكات الجسيمة على يد الحكومات البورمية المتعاقبة، وأدواتِها السياسية، والعسكرية والأمنية والشعبية على نحو مُمنهَج ومستمرّ، وعلى الرُّغم من توافر الآلياتِ القانونية الدولية، ومنها المحكمةُ الجنائيةُ الدوَّليةُ الدائمة إلا أنّها ما تزالُ عاجزةً عن وقفِ الجرائم الدَّوليةِ المُقترفَةِ في حق الروهينجا، ومعاقبةِ مرتكبي تلك الجرائم.

وتسعى هذه الدراسةُ للإجابة على التساؤلات التالية:

١. ما هي أقليةُ الروهينجا؟ وما المأساةُ التي تعانيها؟
٢. ما مدى فاعلية وكفاية الحماية الجنائية الدولية لحقوق أقلية الروهينجا؟
٣. ما دورُ المحكمة الجنائية الدولية في الحد من انتهاكات حقوق أبناء أقلية الروهينجا؟

ثانياً: أهداف الدراسة:

تحاول الدراسةُ تحقيقَ الأهداف التالية:

١. التعرف على أقلية الروهينجا وحقوقها في ظل القانون الجنائي الدولي ونطاق الحماية الجنائية الدولية لها ومصادرها.
٢. الوقوف على الانتهاكات الجسيمة في حق أقلية الروهينجا وتوصيفها في القانون الجنائي الدولي، والتكييف القانونيّ للجرائم المرتكَبة في حقها في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثالثاً: أهمية الدراسة:

تنبع أهمية الدراسة من أهمية موضوعها؛ لأنها تتعلق بواحدة من القضايا الدولية المعاصرة، وهي الجرائم الجسيمة المرتكبة في حق أبناء أقلية الروهينجا في إقليم أراكان الميانماري، وما تعاني منه هذه الأقلية من مآسٍ، وتعذيبٍ، واضطهاد، وتشريد، وآلام، وعنف رسميّ وغير رسميّ في ميانمار.

فهذه الأقليةُ تعاني الاضطهادَ، والإبادةَ الجماعية، والقتل العنصريّ، والتطهير العِرقيّ، وإنكار العدالة في داخل ميانمار وخارجها، وخاصة مع الصمت الدولي إزاء هذه الجرائم.

رابعاً: منهجية الدراسة:

اعتمد الباحثون في هذه الدراسة المنهجَ القانونيَّ الوصفيَّ التحليلي لوصف، وتحديد هُويّةِ وقائع مُعينةٍ للحصول على معلومات موثوقة في إطار الدراسة، وتحليل نصوص المعاهدات الدَّوليّة، ونظام روما الأساسيّ للوصول إلى النتائج المرجوّة للدراسة.

خامساً: حدود الدراسة:

تعالج الدراسةُ موضوعَ الحماية الجنائية لحقوق أقلية الروهينجا في إطار القانون الجنائي الدولي، وتقتصر الحدودُ المكانية على دراسة الانتهاكات المقترفة في حق أقلية الروهينجا في دولة ميانمار (بورما سابقاً)، وتغطي معاناة مسلمي الروهينجا، مع التركيز على الجرائم المقترفة بعد دخول نظام روما والمواثيق الدولية الأخرى حيّزَ التنفيذ.

سادساً: خطة الدراسة

تقسم الدراسة إلى مبحثين رئيسين، بالإضافة إلى مقدمة عن الدراسة ومشكلتها، وأهميتها وأهدافها وحدودها، والمناهج العلمية التي اعتُمد عليها للوصول إلى حلول لمشكلة الدراسة. أمّا المبحثُ الأوّلُ فتناول الحماية الجنائية الدولية لحقوق مسلمي الروهينجا في مواجهة الانتهاكات الجسيمة، ويعالج المبحث الثاني دور المحكمة الجنائية في حالة الجرائم الدولية ضد أقلية الروهينجا.

المبحث الأول: الحماية الجنائية الدولية لأقلية الروهينجا في مواجهة الانتهاكات الجسيمة

تحظى الأقليات بالحماية الجنائية الدولية في إطار القانون الدولي، وتكرست هذه الحماية في الاتفاقيات الدولية التي أُبرمَتْ في حِقَبٍ تاريخية مختلفة، ساهمت الانتهاكاتُ الجسيمةُ التي تعرضتْ لها الأقليّاتُ في أنحاءَ مختلفةٍ من العالم. هذه المآسي تركتْ آثاراً وخيمةً على هذه الأقليات، وهدّدتها في وجودها وكيانها وموروثها الحضاري.

وتحاول الدراسة من خلال هذا المبحث تسليط الضوء على حماية أقلية الروهينجا في ميانمار، وما تواجهه من تطهير عرقي، وجرائمِ إبادة جماعية، وجرائمَ ضد الإنسانية. ويعالج المبحثُ هذا الموضوعَ من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول مفهوم أقلية الروهينجا، المطلب الثاني الحماية الجنائية الدولية للأقليات ومصادرها، والمطلب الثالث يرصد الانتهاكات الجسيمة لحقوق مسلمي الروهينجا في ميانمار.

المطلب الأول: مفهوم (قلية) الروهينجا:

بقي الإقليمُ يشكل دولةً مستقلةً لقرونٍ من الزمن حتى احتلاله من بورما في نهايات القرن السابع عشر[١]. ويَقطُنُ الإقليمَ مجموعةٌ أغلبيتُها من الروهينجا المسلمين، والماغ، أو (الماغو) البوذيين، بالإضافة إلى أقليات أخرى من الهندوس والمسيحيين، ويُشَكِّلُ مسلمو الروهينجا الأغلبيةَ بنسبة ٩٠% من سكان الإقليم، في حين يشكل الروهينجا مع بقية المسلمين في عموم ميانمار (بورما) ما نسبته ٢٠% من سكان الاتحاد البورمي[٢].

تتكتّلُ الأقليّاتُ عادةً، وتقطن في مكان معين داخلَ الدولة، في أحياء، أو إقليم خاصٍّ بها، مثالُ ذلك: أحياءُ اليهود في أوروبا، وأكرادُ العراق في إقليم كردستان، وعرب إيران في إقليم عربستان. ويُعدُّ إقليمُ أراكان موطنَ أقلية " الروهينجا" في ميانمار، وهو اسمٌ مُركّبٌ من (أر) و (أكان)، ويَعني " بلادَ القومية العربية "، ويرى بعضُهم بأنّ الاصطلاحَ العربيَّ لكلمة " أراكان" يعني الجوانب[٣]. ويقع

(١) يرى لبوميون من سلالة (الماغ) بأن الروهينجا أغراب في بلادهم، وأنهم مجموعات بشرية من أصول بنغالية. ولقد تم غزو إقليم أراكان من قبل البورميين عام ١٧٨٥ وتعرض مسلمو الروهينجا للقتل والإبادة الجماعية. انظر آلاء الحريري وآخرون، مأساة مسلمي الروهينجا في ميانمار، مديرية الدراسات الاستراتيجية، بيروت، لبنان، العدد (٢٦)، كانون الأول ٢٠١٧، ص٨.

(٢) عبد الكامل جويبه وخضراء هجرسي، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما، مرجع سابق، ص٢٣٠.

(٣) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، ص٢٦

إقليم أراكان على الساحل الشرقي من خليج البنغال، وهو واحدٌ من أربعَ عشرةَ مقاطعةً تؤلف الاتحاد البورمي.

نجد أنّ الأصلَ اللُّغويَّ لمصطلح الروهينجا محلُّ خلاف، حيث يرى بعضُهم أنّه مشتق من الكلمة العربية (الرحمة)، في حين يرى آخرون أنّ المصطلح مشتق من كلمة (مروهارنج) وهي مملكة أركانية قديمة، ويرى آخرون أنّ لاصطلاح " الروهنجي" جذوراً في اللغة البرتغالية وتعني (القرصان)[١] وترجع المصادر التاريخية أصل أقلية الروهينجا إلى خليط من العرب والفرس، والبنغال، والترك، والأفغان، وعرب الأندلس المغاربة، والمغول، ومسلمي الهند[٢]. توالتْ الهجراتُ البشرية في الوصول إلى ميناء "أكياب" في إقليم أراكان منذ عهد الحكم العباسي، وتحديداً في زمن الخليفة العباسي هارون الرشيد (٧٧٦م-889)م[٣].

استُخدم مصطلحُ الأقلية (العرقية والقومية واللغوية) في أعقاب الحرب العالمية الأولي ومع إنشاء عصبة الأمم المتحدة أُبرمت العديدُ من الاتفاقيات والمعاهدات بشأن الأقليات في تلك الحقبة.

جاءت كلمةُ (الأقلية) في اللغة العربية بمعني " الجزئية والاستثناء"، وهي مشتقة من الجذر الثلاثي "قلل"، والقلة خلاف الكثرة[٤]. وهناك اختلاف حول تعريف اصطلاح الأقلية في أدبيات القانون الدولي، وللتغلب على هذه الإشكالية تبلورت مجموعةٌ من التعريفات وفقاً للمعايير التالية:

الفرع الأول: المعيار العددي:

يعتمد هذا المعيار في تعريف الأقلية على الأصل اللغوي، وتعرف الأقلية وفقاً له بأنها " مجموعة وطنية أقل عدداً من باقي سكان الدولة، وأعضاؤها يمتلكون خصائص عرقية، أو إثنية، أو دينية أو لغوية مختلفة، ويُبدون ــ ولو ضمنياًــ شعوراً بالتضامن للمحافظة على ثقافتهم وتقاليدهم ودينهم، و لغتهم" [٥].

(١) عبد الكامل جويبه وخضراء هجرسي، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما، مرجع سابق، ص٢٣١.

(٢) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص ٢٥

(٣) عبد الكامل جويبه وخضراء هجرسي، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما، ص٢٣١.

(٤) كمال السعيد حبيب، قضايا الأقليات في المنظور الإسلامي: رؤية مقاصدية، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية، كولالمبور، ماليزيا، المجلد (٤)، العدد (٢٨)، ٢٠١٠ ص ٣٠

(5) Francesco Capotorti, Study on the Human Rights of Persons Belongings to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations, New York, 1991, UN Sale No. E. 91 XIV 2, cited in Mohammad Mohibul Haque, The Rights of Minorities in India with Special Reference to the Role of the National Commission for Minorities, Ph.D. Thesis, Department of Political Science, Aligarh Muslim University, India, 2009, 141

المعيار العددي أكثر ملائمة في الدول البسيطة منه في الدول المركَّبة[١]. فالروهينجا يشكلون أغلبية عرقية ودينية في إقليم أراكان، لكنّ هذا الإقليم جزءٌ من الاتحاد البورمي، ومع ذلك تُعَدُّ أقليةً عرقيةً ودينية مقارنة مع العدد الإجمالي لسكان ميانمار[٢].

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي:

يقوم هذا المعيار في تعريفه لاصطلاح الأقلية على فكرة انعدام الهيمنة أو التعرض للاضطهاد (السياسي، والاجتماعي والاقتصادي)[٣]. ويُعرِّفُ بعضُ أنصار هذا المعيار الأقليةَ بأنها " مجموعة من مواطني دولة ما، تعيش مع أغلبية تختلف عنها عرقياً، أو دينياً، أو لغوياً، وفي وضع غير مسيطر، وتسعَى لحماية تراثها وتقاليدها وثقافتها ولغتها الخاصة" [٤]. ويذهب آخرون في تعريف الأقلية بأنها "مجموعةٌ أقلُّ عدداً وغيرُ مهيمِنة من مواطني الدولة، تمتلك خصائصَ اثنيةً، ودينية، أو لغوية تميزها من الأغلبية، ولها هُويّةٌ مختلفةٌ مُصرَّحٌ بها، وتمتلك إرادةً مشتركة للبقاء وللحصول على حقوق مساوية لحقوق الأكثرية"[٥].

وتكمن إشكالية تعريف أقلية الروهينجا وفقاً لهذا المعيار – من وجهة نظر الباحثين– افتراضه إقرار الدولة بمواطنة أشخاص الأقلية التي تعيش فوق أقاليمها، وهو ما لم يحصل في حالة الروهينجا، إذ تُنْكرُ الحكوماتُ المتعاقبة في ميانمار (بورما سابقاً) حقَّهم في المواطنة والجنسية، وتعتبرهم مجموعةً غريبةً تقيم في الدولة بصفة غير مشروعة، وهذا خلاف للحقائق التاريخية التي تؤكدُ تواجدَهم بصفة

(١) بن مهني لحسن، حقوق الأقليات في القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بتنة، الجزائر، ٢٠١٨، ص٣٥

(٢) يلاحظ عدم دقة ومصداقية الإحصاءات التي تصدر عن الحكومات البورمية إزاء تعداد المسلمين في ولايات الاتحاد البورمي، وتعداد مسلمي الروهينجا في إقليم أراكان.

(٣) الطاهر بن أحمد، الأقليات في ظل النزاعات المسلحة بين الفقه الجنائي الإسلامية والقانون الدولي الإنساني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٠، ص41.

(٤) نيفين مسعد، الأقليات والاستقرار في الوطن العربي، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الإدارة والاقتصاد والعلوم السياسية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، ١٩٨٨، ص ٢٧٧

(5) M. Koppa, Minorities in Post-Communist Balkans: Central Policies- Minorities Reaction, Reaction, IDIS Library, Athens, 1997, Cited in Emilia Papoutsi, Minorities under International Law: How Protected They Are? Journal of Social Welfare and Human Rights, Vol. (2), Issue No. (1), PP. 305-345, March 2014,

دائمة في إقليم أراكان (راخين) منذ قرون طويلة تعود الى زمن الخلافة العباسية [١]. ومع ذلك، أسْبغَ أنصارُ هذا المعيارِ وصفَ الأقلية حتى على الجماعات التي تدخل دولةٌ ما بصورة شرعية أو غير شرعية، وحتى لو لم يكونوا من مواطني تلك الدولة، ويُعرّفون الأقليةَ بأنها "مجموعة تتواجد في دولة ما بصورة شرعية أو غير شرعية، يتميزون مِن الأغلبية من حيث العِرقُ والدينُ واللغة والهوية والانتماء"[٢]، وهذا التعريف لا ينطبق على حالة الروهينجا؛ لتواجدهم في إقليم أركان منذ قرون بعيدة.

الفرع الثالث: المعيار الشخصي

تعتبر العوامل الداخلية والنفسية – وفقا لأنصار هذا المعيار– الأساس في تعريف الأقلية، فالرغبة الداخلية والنفسية تولد لدى أفراد الأقلية حتمية التكاتف والتقارب للمحافظة على معتقداتهم وهويتهم الثقافية والحضارية. وبهذا يعرف بعضُهم الأقلية بأنها "مجموعة إنسانية يتولد لدى أعضائها الشعور بوحدة المصير والانتماء، لامتلاكهم خصائصَ نوعيةً تُميّزُهم من الجماعات الأخرى في المجتمع" [٣]، ويعرفها آخرون بأنها "مجموعة الأحاسيس والملكات الإرادية التي تحكم سلوكيات الأفراد، والرغبة في العيش الجماعي، والارتباط بالماضي، والانطلاق للمستقبل بغية تحقيق غاياتهم المشتركة"[٤]

وفي حالة الروهينجا، تنبع أهمية هذا المعيار من امتلاكهم لخصائص وعناصر تحتاج للمحافظة والصيانة، مثل الهوية المشتركة، والانتماء الجماعي، ووحدة اللغة والدين والتاريخ المشترك، وهو ما يجعلها تحظى بالحماية الجنائية الدولية ليس كون هذه العناصر تمثل تراثاً لهم، بل لأنها تمنحهم كيانا خاصاً يميزهم من الأغلبية البوذية. ومع ذلك، فإن الاعتماد على هذه العوامل لا يعد معياراً قانونياً محدداً لمعرفة إذا كانت أيُّ مجموعة بشرية أقليةً أم لا [٥]. فالكشف عن عدد أبناء الأقلية قد يكون مستحيلاً – في بعض الحالات– كون المشاعر نوايا داخلية قد لا يصرح بها، صحيح أنّ أقلية الروهينجا مضطهدة، إلا أنّ هناك أقلياتٍ أخرى قد تكون مسيطِرةً في مجتمع ما.

(١) عبد الكامل جويبه وخضراء هجرسي، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما، ص٢٣١. (٧٧٦-٨٨٩).

(٢) سلوي أحمد ميدان وطلعت جياد لجي، الضمانات الدولية لحق الأقليات في إقامة الشعائر الدينية، مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٦ ص١٢٨

(٣) انظر: محمد الشافعي، القانون الدولي في وقت السلم والحرب،١٩٧١، ص٨٤، ورد في سلوي ميدان وطلعت جياد لجي، مرجع السابق، ص١٢٣-١٥١، ص ١٢٨

(٤) انظر: محمد برع، حقوق الأقليات وحمايتها في ظل أحكام القانون الدولي العام، بيروت، ٢٠١٢، ص٣٥.

(٥) محمد السيد، المركز الدولي للأقليات في القانون الدولي (دون تاريخ)، ص٩١

أخيراً، يرى الباحثون أنّ التعريفات السابقة، وبغض النظر عن المعيار الذي تقوم عليه، تنطوي على قواسم مشتركة وهي: اعتمادها صفات مميزة للأقليات (العرق، والدين واللغة)، ووحدة الهوية والانتماء، والرغبة في التكاتف والترابط، ووحدة المصير والأهداف والغايات.

وبناءً عليه فإنّ المعايير السابقة الذكر ــ بوصفها أساساً لتعريف اصطلاح الأقلية ــ تُعدُّ مكملةً بعضُها لبعض، ويميل الباحثون إلى المعيار العددي في تعريف الروهينجا كـــ (أقلية) يبلغ تعدادها حوالي(٢٠%) من إجمالي سكان ميانمار، واختلافها العرقي والديني واللغوي. ويخلص الباحثون إلى تعريف أقلية مسلمي الروهينجا على أنها "مجموعة بشرية غير مهيمنة تمتلك خصائص أثنية، ودينية ولغوية تميزهم من الأغلبية البوذية في ميانمار، ولديها الرغبة في المحافظة على هويتها وتقاليدها والخصائص المميزة لها، وتُبدي الولاءَ، والانتماء إلى الأمة البورمية".

المطلب الثاني: الحماية الجنائية الدولية للأقليات ومصادرها

تعرف الحماية الجنائية الدولية بأنها " مجموعة قواعد قانونية عامة ومجردة، يضعها المجتمع الدولي من خلال المعاهدات والاتفاقيات المعنية بحماية الأفراد من استبداد السلطات العامة في الدول(١). كما عرفت بأنها " إحدى صور الحماية القانونية تتفرد بها قواعد القانون الجنائي ونصوصه بالاشتراك مع الفروع الأخرى للقانون لحماية الإنسان وحرياته"(٢).

ويمكن لنا حصر مصادر الحماية الجنائية الدولية للأقليات في القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الجنائي الدولية للمحاكم الجنائية المؤقتة والدائمة.

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨:

لم يتضمن الإعلانُ العالميُّ لحقوق الإنسان أيّة نصوص لحماية الأقليات(٣)، وهو وثيقة مستقلة عن ميثاق الأمم المتحدة، وغير مُلزِم، ولا يترتب على انتهاك حقوق الأقليات اتخاذ أية إجراءات عملية ملموسة(٤).

(١) رمزي حوحو، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المفكر، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد (٥)، ص ١٩٥-١٩٨، ٢٠١٠.

(٢) د. محمود شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، دار الشرق للنشر، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٧٣

(٣) صحيح أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ يخلو من أي إشارة لمعالجة مسألة الأقليات، إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تغفل مصير الأقليات حيث أصدرت القرار رقم ٢١٧ (جـــ) بتاريخ ١٠ كانون الأول لعام ١٩٤٨ الخاص بـــ "مصير الأقليات، وطالبت الجمعية المجلس الاقتصادي والاجتماعي إجراء دراسة شاملة عن هذا الموضوع.

(٤)غفران أحمد السراي، الحماية الجنائية وغير الجنائية لحقوق الإنسان في ظل القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الاردن، حزيران ٢٠٢٠، ص ٢٣-٢٤

ومن المآخذ على هذا الإعلان عدم اهتمامه بشؤون الأقليات لا من قريب أو بعيد، وبالتالي لم ينصَّ على أية إجراءات لحماية حقوق أبناء الأقليات، ولا يتضمن أيّةَ تدابيرَ، أو آلياتٍ من شأنها منعُ انتهاكات حقوق الأقليات، واعتمد الإعلان على المحاكم الداخلية لمنع انتهاكات حقوق الإنسان بصورة عامة، وهو يدلل على انعدام دور الإعلان في حماية حقوق الأقليات[١].

- العهدان الدوليان الخاصان: عهد الحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦.

عالجا بصورة جزئية بعضَ المسائل المتعلقة بحقوق الأقليات، ونجد أن المادة (٢٧) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تُقِرُّ لأبناء الأقليات حق المحافظة على ثقافتهم، وحرية الاعتقاد الديني وممارسة الشعائر واستعمال اللغة الخاصة بهم[٢]. كما كفلت المادة (١٨) من هذا العهد للإنسان حرية الفكر والوجدان والدين[٣]. وكفلت المادة (١٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حق التعليم لأبناء الأقليات العرقية أو الإثنية أو الدينية. كما كفلت لها المادة (١٥) من العهد نفسه حق التمتع بالثقافة[٤].

---

(١) غفران أحمد السراي، المرجع السابق، ص٢٤

(٢) تنص المادة (٢٧) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه " لا يجوز في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو لغوية، أن يحرم الأشخاص المنتسبون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة بدينهم أو إقامة شعائره، أو استخدام لغتهم، بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم".

(٣) تم تضمين المادة (١٨) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٠ في إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد، الذي اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٥٥/٣٦) بتاريخ ٢٥ تشرين ثاني ١٩٨١. وتحديداً في نص المادة السادسة من الإعلان وثيقة الصلة بحقوق الأقليات الدينية، التي شملت ضمان حريات ممارسة العبادة، عقد الاجتماعات الدينية وصيانة أماكن العبادة، واقتناء واستعمال الأشياء الضرورية لممارسة الطقوس الدينية، وتعليم الدين أو المعتقد، وإصدار المنشورات والكتب الدينية، والاعياد وإقامة الشعائر، وانتخاب الزعماء الدّينيين والاتصال الداخلي والخارجي بشأن أمور الدين أو المعتقد.

(٤) لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، فئات محددة من الجماعات والأفراد: الأقليات (حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وأقليات دينية ولغوية)، تقرير المفوض السامي، لجنة حقوق الإنسان، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الأمم المتحدة، الدورة الستون، البند ١٤(ب) من جدول الأعمال المؤقت وثيقة رقم (E/CN.4/2004/75)، ٢٠٠٤، ص ٤-٥

- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لسنة ١٩٤٨[١]

توفر هذه الاتفاقية الحماية الجنائية للأقليات، ففي تعريفها لاصطلاح الإبادة الجماعية أكدت المادة(٢) من الاتفاقية أنها "الأفعال المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية"[٢]. وأهم ما يميز هذه الاتفاقية أخذُها بالمعيارين الموضوعي والشخصي في تعريف اصطلاح الأقلية، حيث عرفته اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات بأنه " جماعة بشرية غير مهيمنة تمتلك مميزات خاصة- إثنية أو دينية أو لغوية- تميزها من باقي سكان الدولة، ولديها الرغبة في المحافظة على هذه الخصائص"[٣].

ويرى الباحثون أن الحماية الجنائية المقررة بموجب نصوص اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لسنة ١٩٤٨ قاصرة على حماية الأقليات العرقية والقومية دون الأقليات اللغوية، ولكن يُحسب لهذه الاتفاقية توفير أشكالٍ مختلفة للحماية الجنائية لأبناء الأقليات في أنفسهم، وأبدانهم، وحقهم في الإنجاب والتكاثر، ومنع سلب أطفالهم أو طمس هويتهم[٤]، بل تجاوز الأمر إلى توفير ما يعرف بالحماية المعنوية والروحية لهم.

-اتفاقية القضاء على مختلف أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٣[٥]

أقرت هذه الاتفاقية بالحماية الجنائية للأقليات، وحقها في المساواة أمام القانون والقضاء، وحقها في النماء. وأكدت المادة (٢) من هذه الاتفاقية التزامَ الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ التدابير

(١) قرار الجمعية العامة رقم: ٢٦٠، المتضمن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، المؤرخة في: ٩ ديسمبر ١٩٤٨، ودخلت حيز النفاذ في: ١٢ يناير ١٩٥١.

(٢) وفقاً لنص المادة الثانية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لسنة ١٩٤٨ فإنّ الأفعال المؤلفة لجريمة الإبادة الجماعية تشمل: قتل أعضاء من الجماعة، إلحاق الأذى الجسدي أو الروحي الخطير بأعضاء من الجماعة، وإخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً، وفرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة، ونقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى".

(٣) مصعب خلواتي، الحماية القانونية للأقليات في القانون الدولي، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الخامس، العدد(٣٠)، ص ص ٦٥-٨٤، ٢٠١٨،

(٤) تنص المادة (٣) من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لسنة ١٩٤٨ على تجريم الاشتراك في جريمة الإبادة الجماعية والشروع فيها.

(٥) قرار الجمعية العامة رقم (١٩٠٤)، المتضمن اتفاقية القضاء على مختلف اشكال الميز العنصري، المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٣.

اللازمة لمنع انتهاك حقوق الأقليات وحرياتها الأساسية، وضرورة ضمان النماء الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لها.

ومع ذلك، يرى الباحثون قصور المادة الثانية من هذه الاتفاقية، وتركيزها على توفير الحماية القانونية الظرفية والمؤقتة للأقليات العرقية والإثنية، وفي الوقت ذاته عدم امتداد الحماية التي توفرها إلى باقي أنواع الأقليات الأخرى.

- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة ١٩٨٤[١]

عالجت هذه الاتفاقية الآليات القانونية لمناهضة التعذيب وملاحقة المسئولين عن ارتكابه داخل وخارج الدولة. فأقرت الاتفاقية بحق الأشخاص الذين تعرضوا للتعذيب من الحصول على التعويض العادل، وألزمت الدول بضرورة اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية والقضائية اللازمة لمنع التعذيب فوق أقاليمها سواء في أوقات السلم أو حتى في الظروف الاستثنائية (الحروب والطوارئ) [٢]. كما ألزمت الاتفاقية الدول بإنشاء آليات رقابية لمناهضة التعذيب[٣].

ويرى الباحثون، أن الاتفاقية لم تتضمن نصوصاً صريحة للحماية الجنائية للأقليات، إلا أنّ نصوصها قابلة للتطبيق على الأقليات، فهي تهدف لحماية كل البشر وصون الكرامة الإنسانية بغض النظر فيما إذا كانوا يمثلون الأقلية أم الأغلبية في دولهم.

- **نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لسنة ١٩٩٨[٤]**

تناول هذا النظام الحماية الجنائية للأقليات من خلال معالجة نصوصه لبعض الجرائم التي تُعدّ اعتداء على حقوق الأقليات[٥]، وأقر بالاختصاص الشخصي للمحكمة في النظر في كافة الانتهاكات

(١) قرار الجمعية العامة رقم (٣٩/٤٦)، المتضمن اتفاقية مناهضة التعذيب وغير من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة، المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٨٤.

(٢) انظر المواد (١-١٦) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغير من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة ١٩٨٤.

(٣) انظر المواد (١٧-٢٧) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغير من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة ١٩٨٤.

(٤) أنجز في روما في ١٧ تموز ١٩٩٨، بدء النفاذ في ١ تموز ٢٠٠٢

(٥) انظر المواد السادسة، والمادة السابعة فقرة (١) (ح و ي) والمادة السابعة (٢/ز) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨.

الجسيمة التي تقترف في حق الأقليات من قبل الأشخاص الطبيعيين الذين تزيد أعمارهم عن ثماني عشرة سنة، وبغض النظر عن حصاناتهم السياسية أو العسكرية. ولا يغطي النظام إلا الجرائم التي وقعت قبل نفاذه، ومن ثم لا تسري نصوصه على الجرائم التي اقتُرفت قبل نفاذه، ولا تستطيع التحقيق في أية قضية ما لم تكن الدولة، التي اقتُرفت الجريمة الدولية فوق أقاليمها، طرفاً في الاتفاقية[١].

وعليه تختص المحكمة بنظر الانتهاكات الجسيمة (جريمة الإبادة الجماعية، جرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب وجرائم العدوان) [٢] في حق الاقليات في الدول الأعضاء في الاتفاقية، شريطة قبولها لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية في التحقيق في هذه الجرائم. ولكن يجوز لمجلس الأمن الدولي وفقا للنظام الاساسي والمادة (٤) من الفصل السابع لميثاق الأمم المتحدة إحالة الجرائم الدولية إلى المحكمة الجنائية الدولية الدائمة[٣] كبديل للمجلس عن إنشاء المحاكم الجنائية الخاصة المؤقتة[٤]، وسواء كانت الدولة التي وقعت الانتهاكات الجسيمة فوق أراضيها طرفاً في الاتفاقية، أم ليست طرفاً فيها[٥].

المطلب الثالث: الانتهاكات الجسيمة لحقوق مسلمي الروهينجا في ميانمار

تواجه أقلية "الروهينجا" في ميانمار الظلم والقسوة، وامتهان الكرامة الإنسانية، حيث سُلبتْ جنسيتُهم، وفُرضت عليهم الإقامة الجبرية في مخيمات يلفها الجوع والفقر، عدا عن جرائم القتل، والاغتصاب، ومصادرة الممتلكات، وإحراق البيوت وغيرها[٦]. ولا يزالون يتعرضون للتهجير والنقل القسري على يد الحكومات البورمية المتعاقبة منذ استقلال بورما في عام ١٩٤٨. وفي وقت سابق على الاستقلال، وتحديداً في عام ١٨٤٢ تم تهجير حوالي (٨٠) ألفاً منهم إلى بنجلادش تحت وطأة الاعتقالات والمضايقات والتعذيب، ولا تزال الحكومات البورمية تنكر حق العودة لأبنائهم وأحفادهم[٧].
وأحفادهم[٧].

(١) انظر المواد (٢٤، ٢٥، ٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨.
(٢) انظر المادة (٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨.
(٣) عصام مطر، القضاء الجنائي الدولي: مبادئه وقواعده الموضوعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٣٤
(٤) انظر البند (ب) من المادة (١٣) والمواد (١٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨.
(٥) انظر المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨.
(6) Kenneth Christie & Robert Hanlon, Sustaining Human Rights and Responsibility: Myanmar, Athens Journal, Vo. (1), Issue No. (1), Pp.9-20, 2014,
(٧) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص٣٠ و٦٠.

الفرع الأول: دور الجيش البورمي

يمارس الجيش الميانماري (البورمي) إستراتيجيات قمعية في حق الروهينجا بإقليم" أراكان" بهدف تهجيرهم قسرياً بعلم وإرادة الإدارتين السياسية والعسكرية في البلاد، ولقد ساهم واشترك في تنفيذ هذه السياسات كبار قادة الدولة. فمنذ الاستقلال لا تزال هذه الأقلية تواجه انتهاكات العسكر الجسيمة لحقوق الإنسان، كالتوقيف والاعتقال التعسفي، والاغتصاب والقتل الجماعي، والأعمال الشاقة، والعمالة القسرية، ومصادرة الاراضي والإحلال السكاني وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية[١].

ولقد ارتكبت قوات الجيش البورمي جرائم اغتصاب في حق الآلاف من مسلمات الروهينجا أثناء العمليات العسكرية المستمرة [٢]، وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم إبادة جماعية وتطهيراً عرقياً في إقليم "أراكان". وفي عام ١٩٧٨، تبنى الجيش البورمي عملية وحشية أطلق عليها اسم "ملك التنين" وخطة (منذا) ضد أبناء الأقلية بحجة القبض على المهاجرين غير الشرعيين، ونجم عنها تهجير حوالي مائتي ألف مسلم إلى بنجلاديش[٣].

وكانت حصيلة السجل الإجرامي للجيش البورمي ضد أقلية الروهينجا في عام ١٩٩٤ إبادة نحو(٥) آلاف شخص، بالإضافة إلى أوجه متعددة للتمييز العنصري الممارس ضدها، وهو ما يؤكد أنّ انتهاكات حقوق الإنسان لأقلية الروهينجا على يد عناصر الشرطة والجيش البورمي وقوات النازاكا (Nasaka Forces) سيئة السمعة ترتقي إلى وصف الجرائم ضد الإنسانية[٤]. ولاحقاً جاء في تقرير عن منظمة العفو الدولية ونقلاً عن شهود عيان تعرض نساء الروهينجا للاغتصاب على يد أفراد الجيش البورمي، وهو ما يبرهن على فشل حكومة " سو تشي أونغ سان " (Aung San Suu Kyi) في وقف الجرائم البشعة التي تقترف في حق مسلمي الروهينجا[٥]

(1) Zarni, Maung, and Alice Cowley., The slow-burning genocide of Myanmar's Rohingya. Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. (23), Issue No. (3), Pp.683, 2014,

(٢) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص٣٠.

(3) Arakan Report, The Foundation for Human Rights and Freedoms and Humanitarian Relief, Istanbul – Turkey, July 2012, p.5. Available at: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources, (accessed on21April, 2020).

(4) Human Rights Watch/Asia, Burma: the Rohingya Muslims: ending a cycle of exodus? New York :: 1079-2309 ; Vol. 8, Issue No. 9(C), 1996, p.10. Available at: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/burma969(accesse 13 ٥-, 2020)

(٥) سو تشي هي ابنة الزعيم البورمي الجنرال أونغ سان أحد أبطال الاستقلال البورمي عن الاستعمار البريطاني عام ١٩٤٨، ولدت في عام ١٩٤٥ حاصلة على جائزة نوبل للسلام في عام ١٩٩١ لنضالها في مواجهة حكم العسكر في بلادها، وتقلدت منصب مستشار الدولة، وهو يعادل منصب رئيس الوزراء، وعملت زعيمة للمعارضة، حيث كانت تتزعم حزب الرابطة الوطنية من أجل الديمقراطية الذي فاز في أول انتخابات ديمقراطية في ميانمار عام٢٠١٢، وألقي القبض عليها في انقلاب على حكومتها من قبل الجيش في مطلع شهر شباط من عام ٢٠٢١. انظر أحمد أبي معاذ، مسلمو أراكان وستون عاماً من الاضطهاد، مكة المكرمة، السعودية، ٢٠١٢، ص١٤٥.

الفرع الثّاني: دور الحكومات المتعاقبة

لم تتوان الحكومات البورمية المتعاقبة عن تعزيز وتأجيج العنف الممنهج والظلم والاضطهاد الجرمي في حق أقلية الروهينجا، وبقي هذا ديدنها على مدار عشرات العقود من خلال سياساتها التنفيذية والتشريعية المنحرفة التي ترمي الى التطهير العرقي لهذه الأقلية المنكوبة.

١. السياسات والبرامج الحكومية المتطرفة:

تبنت الحكومات العسكرية في ميانمار سياسات وبرامج (معلنة وخفية) ترمي للتطهير العرقي للروهينجا، وهو نهج امتد منذ عام ١٩٦٢ عندما تقلد العسكر مقاليد الحكم وحتى عام ٢٠١١ وولادة حكومة مدنية ديمقراطية تلفها الشوائب و الشكوك والتي لم تفلح لاحقاً في وقف سياسات الدولة العميقة، فانتهكت حقوق هذه الأقلية بصورة علنية دون أية مساءلة دولية(١).

ويرى الباحثون أن النظام السياسي الجديد في ميانمار نظام عسكري بعباءة مدنية، فالقادة السياسيون فيه أصلاً من قدامى ضباط الجيش البورمي. عدا عن ذلك وُسم هذا النظامُ بالفساد، واحتل مرتبة متقدمة على مؤشر الفساد العالمي، وبالتالي لا يختلف عن النظام القديم في التعامل مع المسألة (الروهينجية) بوصف هذه الأقلية من حيث العرق واللغة والدين والثقافة، وأنهم خارج نطاق التركيبة الديموغرافية للبلاد.

٢. السياسات التشريعية

كانت السياسات التشريعية مجحفةً في حق مسلمي الروهينجا؛ فسلبت حقوقهم التاريخية بإصدار (قانون المواطنة البورمي في عام ١٩٨٢) لإضفاء الشرعية على جرائم الحكومات البورمية ضد الإنسانية بقتل، واقتلاع وتهجير هذه الأقلية. هذا القانون من أسوأ القوانين العنصرية في تاريخ البشرية، فنصوصه تبيح الاضطهاد والقمع(٢).

(1) Trevor Wilson, Judging Myanmar's Human Rights Abuses: Is There a Role for a Commission of Inquiry, Asia Rights Australian National University, 2011, Available at: https://ssrn.com/absract=2690608 (accessed on 12th July 2020).

(٢) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص٣١.

تحدد المركز القانوني والاجتماعي لهذه الأقلية في إقليم أراكان (آراخين) بموجب قانون المواطنة العنصري بوصفها كياناً مستقلاً، وغريباً عن المكون القومي البورمي، وباعتبارهم (بدون) لا جنسية لهم أو هوية"[١].

كما أنكر قانون المواطنة حق أبناء الأقلية في المواطنة واعتبرهم ضيوفاً، وأجانب استقروا في البلاد بعد عام ١٨٣٥، وحرمهم من الانتساب للجيش البورمي، والمشاركة في الحياة السياسية، وعضوية الأحزاب، والمشاركة في الحكومات، وممارسة الحقوق السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية، وحقوق أخرى مرتبطة بالتعليم والصحة[٢].

تَسبّبت حالة التجنّي التشريعي بالاستبعاد الصريح لأقلية الروهينجا من الجنسية، وذلك باستثنائها من قائمة "الجماعات العرقية والإثنية" القومية في البلاد [٣]، بالإضافة إلى هضم حقوقهم في التعليم والزواج والعمل وحرية المعتقد، وغيرها من الحقوق المدنية والسياسية الأخرى[٤]. وساهم القانون في تكريس سياسات التطهير العرقي لهذه الأقلية من خلال تقسيم مواطني البلاد إلى ثلاث مجموعات غير متكافئة، وهي: المواطنة الأهلية، والمواطنة بالانتساب، والمواطنة بالتجنس[٥]. وفي الوقت ذاته، أخرج أقلية الروهينجا من التصنيف الثلاثي للمواطنة وكرس فكرة النبذ الاجتماعي لها بإقرار سُموٍّ العرق البورمي، وذلك في مخالفة صريحة لأحكام الدستور البورمي لعام ١٩٤٧، وجعل هذه الأقلية " شعباً بلا وطن أو دولة"[٦].

ووفقا لهذا القانون فُرضتْ قيودٌ تشريعيةٌ قاسية على حقوق الروهينجا في الزواج والإنجاب[٧]، بتحديد سن الأهلية للزواج بـ (١٨ سنة للإناث و٢٤ سنة للذكور) وعدم إتمام الزواج دون (رخصة

(1) See Burma Citizenship Law, (Oct. 15, 1982) & Law Amending the Myanmar Citizenship Law (State Law and Order Restoration Council Law No. 4/97). Available: https://www.burmalibrary.org/docs/Citizenship%20Law.htm (Accessed 10 Jan, 2018)

(٢) أحمد أبي معاذ، مسلمو أراكان وستون عاماً من الاضطهاد، مرجع سابق.

(٣) المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، هذا وطننا: الأقليات العديمة الجنسية وبحثها عن الجنسية، تقرير انعدام الجنسية لعام٢٠١٧، ص٧.

(4) Rianne Ten Veen, Myanmar's Muslims: The Oppressed of the Oppressed, First Edition, Islamic Human Rights Commission, London: UK, 2005, Pp.9,10.

(5) See Sections (13), (32) and (54) of Burma Citizenship Law, (Oct. 15, 1982)

(6) Benjamin Zawacki,. Defining Myanmar's "Rohingya Problem, Human Rights Brief, Vol.(20), Issue No (3), 2013, Pp. 18-25

(7) Micha'el Tanchum, The Buddhist-Muslim Violence in Myanmar: A Threat to Southeast Asia, The Begin-Sadat Center for Strategic Studies, BESA Center Perspectives Paper, No. 188, 2012, p. 2. Available:https://besacenter.org (Accessed on 22 August, 2019)

مسبقة) من الحكومة[١]، وتحديد الإنجاب بطفلين[٢]. وكذلك فرض قيود على الحريات، فالتنقل الداخلي والخارجي ممنوع دون موافقة دائرة الهجرة، والحرمان من استصدار وثائق الأحوال الشخصية والنفوس، ووثائق إثبات الهوية والمواطنة والجنسية، والحرمان من أداء فريضة الحج أو السفر إلى الخارج لأي غاية كانت. [٣].

الفرع الثالث: الدور الطائفي

ساهم العنف الطائفي والاضطهاد الديني– منذ استقلال ميانمار– في التهجير القسري للروهينجا، فالموجة الأولي للتهجير كانت خلال الفترة من (١٩٥٥ الى ١٩٧٨)، ونتج عنها تهجير أكثر من(٢٥٠) ألفاً، لجأ معظمُهم إلى بنجلادش، وَوُطِّنَ منهم أكثرُ من (١٨٠) ألف لاجئ لاحقاً وبصورة دائمة في بنجلادش وحدها[٤].

أخذ العنف غير الرسمي صبغة التحرك الطائفي البوذي الذي استهدف كيان هذه الأقلية ووجودها في الإقليم، وهو عنف مؤسس على آيدولوجيات إرهابية سياسية، واجتماعية مدعومة حكومياً ترفض الاعتراف بالروهينجا بوصفها أقلية إثنية قومية، وعنصراً من عناصر النسيج القومي البورمي[٥].

أدّى هذا إلى خلق ذهنية عدائية لدى الأغلبية البوذية إزاء مسلمي الروهينجا بوصفها مجموعة لا تربطها أيُّ روابطَ اجتماعية، وتاريخية، وثقافية،وحتى دينية مع بقية المكونات القومية والديموغرافية للبلاد[٦]، واعتبارهم مهاجرين " قبيحين كالأغوال " قدموا إلى إقليم أركان (أرخين) من أرض البنغال بطريقه غير مشروعه إثر الحرب البورمية– الأنجولية الأولى عام ١٨٢٤، وهو ما كرس النهج العدائي الشعبي لدى متشددي الديانة البوذية الذي أسفر عن تعذيب الروهينجا واضطهادهم على أساس

(1) Report Fortify Rights, Policies of Persecution: Ending Abusive State Policies Against Rohingya Muslims in Myanmar, Feb 25, 2014, p.24. Available: https://www.fortifyrights.org/mya-inv-rep-2014-02-25/ (Accessed 19 Sep, 2020)

(2) Aruna Kashyap, Burma's Bluff on the Two-Child Policy for Rohingya, The Irrawaddy, 21-٦-/٢013. Available: https://www.hrw.org/ar (Accessed on 07 Feb 2020)

(3) Engy Abdelkader, The Rohingya Muslims in Myanmar: Past, Present, and Future, Oregon Review of International Law, Vol.(15), 2013, Pp.395,398

(٤) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص٣١.

(5) Khin Maung Saw, On the Evaluation of Rohingya Problems in Rakhine State of Burma, Self-Published, 2005, P.5. Available;https://www.burmalibrary.org/en/on-the-evolution-of-rohingya-problems-in-rakhine-state-of-burma (accessed 11- ٣-, 2021)

(6) Syeda Naushin Parnini, "Non-traditional Security and Problems of Rohingya across the Bangladesh-Myanmar Borders", British Journal of Arts & Social Sc, Vol.(5), Issue No.(2), 2012, p.284

اختلافهم الإثني والديني واللغوي[١]، وتجريدهم من هويتهم القومية وإنكار حقوقهم المدنية والسياسية[٢]، وتعرضهم للإقصاء، والتهجير والإبعاد، والإبادة والقتل، وحرقهم ودفنهم أحياء ورميهم في البحر، والاعتداء على أعراضهم بكافة ضروب الوحشية والبربرية من اغتصاب وهتك العرض بصورة يندى لها جبين البشرية[٣].

ومن الشواهد على تغذية الحكومات البورمية للفتن والنعرات الطائفية والكراهية الدينية إزاء أقلية الروهينجا تدمير نحو (٥٧) مسجداً ومدرسة عام ١٩٩٦، وتدمير نحو (٣٧) مسجداً في مدينة (منقاده) عام ٢٠٠١، واستبدال عدد من مساجد العاصمة (سيتوي) بأضرحة بوذية، عدا عن تهجير نحو (٢٠) ألفاً من أبناء هذه الأقلية إلى السعودية حتى عام ١٩٩٣، و (٢٥) ألفاً إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، بالإضافة إلى حرق الآلاف وتهجيرهم إلى دول الجوار[٤].

المبحث الثاني: دور المحكمة الجنائية في حالة الجرائم الدولية ضد أقلية الروهينجا

على الرغم من محاولات المحكمة الجنائية الدولية في إجراء التحقيق الأولي في جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية والأعمال القسرية المرتكبة في حق أقلية الروهينجا، إلا انها لم تتمكن من إجراء التحقيقات الرسمية الشاملة مع مقترفي هذه الجرائم. ومع ذلك، تستطيع المحكمة من الناحية العملية أن تُقرِّر اختصاصها في هذه الجرائم، على الرُّغم مِن أنّ ميانمار ليس عضواً في المحكمة، إلا أنّ اختصاصها قابل للتفعيل؛ كون معظم ضحايا هذه الجرائم لجأوا إلى بنغلاديش العضو في المحكمة الجنائية الدولية.

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسين: يتناول المطلب الأول الجرائم ضد الإنسانية التي ترتكب في حق أقلية الروهينجا، ويتناول المطلب الثاني جرائم الإبادة الجماعية والتطهير العرقي في حق هذه الأقلية.

(1) T. Jeremy Gunn., the Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in. International Law, Harvard Human Rights Journal, Vol.(16), 2003, p.203

(2)Timothy Samuel Shah, In God's Name : Politics, Religion, and Economic Development, the 9th Annual AELEX Lecture, MUSON Centre, Onikan, Lagos State, Nigeria, July 2013, p.9. Available t:https://berkleycenter.georgetown.edu/publications/in-god-s-name-politics-religion-and-economic-development (accessed on 17 December, 2020)

(3) Juliane Schober, Buddhism, violence, and the state in Burma (Myanmar) and Sri Lanka, In Religion and Conflict in South and Southeast Asia: Disrupting Violence . Routledge Taylor & Francis Group, 2006.Pp. 51-69. Available at:https://asu.pure.elsevier.com/en/publications/buddhism-violence-and-the-state-in-burma-myanmar-and-sri-lanka (accessed on 12 July, 2019).

(4) Jay Milbrandt, Tracking Genocide: Persecution of the Karen in Burma, Texas International Law Journal. V. (48), Issue (1), 2012-2013, p.85.

المطلب الأول: جرائم ضد الإنسانية

يواجه أبناءُ أقلية الروهينجا- أشخاص مدنيون- جرائم تقترف على المستويين الرسمي وغير الرسمي، وترتقي هذه الجرائم إلى جرائم ضد الإنسانية(١).

الفرع الأول: فرض العمل القسري:

يحرم القانون الدولي الجنائي العبودية، وتَعاملَ نظامُ روما الأساسيّ مع (العمل القسري) على أنّه من أعمال العبودية والاسترقاق(٢) وأحد المكونات الأساسية للجرائم ضد الإنسانية متى اقتُرفت في سياق هجوم ممنهج وواسع ضد السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم(٣). وبقراءة نص المادة السابعة فقرة (١/ج) من نظام روما الأساسي، يلاحظ أنها لم تنص صراحة على (العمل القسري) كإحدى صور الاسترقاق. ومع ذلك، تبرهن النظرية القانونية، بصورة جلية، على أنّ فرضه يعد أحد مكونات جريمة الاسترقاق في ظل القانون الدولي العرفي(٤).

أدى العنف والاضطهاد (الرسمي وغير الرسمي) إلى تشريد الروهينجا وتعريضهم لمخاطر كبيرة، وفي هذا الصدد أكد المقرر الخاص لمجلس حقوق الإنسان، في تقريره حول (حالة حقوق الإنسان في ميانمار) في عام ٢٠٠٩ "إجبار الجيش البورمي للمدنيين من أبناء الأقلية على (العمل القسري) من خلال إجبارهم على أعمال مختلفة، مثل تعبيد وإصلاح الطرق، وبناء الجسور، وبناء التجهيزات العسكرية، وبناء مخيمات الحماية والقرى النموذجية تحت إشراف وزارة تطوير المناطق الحدودية والأعراق القومية (٥).

---

(١) انظر كذلك: فلاح فريد المطيري، المسؤولية الجنائية للأفراد في حقوق تطور القانون الدولي الجنائي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن ، ٢٠١١، ص٧٨

(٢) تعرف المادة ٧ (٢/ج) من نظام روما الأساسي لسنة ١٩٩٨ الاسترقاق على أنه " ممارسة من أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعها، على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص، ولا سيما النساء والأطفال.

(٣) محمد الفواعرة، الرق في ثوبه الجديد: ما بين التحريم الدولي والتجريم الوطني: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد (٤٢)، العدد (٣)، ٢٠١٥، ص ١١٦٨. أنظر كذلك المادة ٧ (١/ج) من نظام روما الأساسي لسنة ١٩٩٨

(4) William A. Schabas, the International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statue, Oxford University Press, 2010, Pp.160-163.

(5) Tomás Ojea Quintana, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar,' UN Human Right Council, UN Doc. A/HRC/4/14, para. 59, 78 s, 65.

ومما لا شك فيه، أنّ جريمة فرض (العمل القسري) على أقلية الروهينجا – من وجهة نظر الباحثين– ترتقي إلى جرائمَ ضدّ الإنسانية بدلالة المادة السابعة فقرة (١/ج) و (٢/ج) من نظام روما الأساسي لسنة ١٩٩٨. فالأدوات العسكرية والأمنية في ميانمار أجبرت أبناء الأقلية على مغادرة ديارهم، ومصادرة ممتلكاتهم، وتسخيرهم للقيام بأعمال شاقة، وهو ما يجعل هذه الجرائم ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، خاصة أنّ إحدى المحاكم الجنائية المؤقتة قضت في قضية (كيونارك) بإدانة المتهم (رادومير كوفيك) ومعاقبته بالسجن لعشرين سنة لمساهمته في جريمة العبودية في حق فتاتين تم اختطافهما وفرض (العمل القسري) عليهما للقيام بأعمال الخدمات المنزلية المجانية[١]. هذه السابقة القضائية تدلل ــ بما لا يحتمل الشك ــ على تعامل المحكمة مع هذه الجريمة باعتبارها إحدى مكونات الجرائم ضد الإنسانية.

الفرع الثّاني: الاغتصاب والعنف الجنسي

العنف الجنسي، وفقاً للفقرة (ز) من المادة السابعة لنظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لعام ١٩٩٨، هو أحد المكونات الأساسية للجريمة ضد الإنسانية. فالاغتصاب، والاسترقاق الجنسي، والدعارة القسرية، والحمل القسري، والتعقيم القسري وغيرها من أشكل العنف الجنسي أمثلة حقيقية على الجرائم ضد الإنسانية المشار اليها في المادة آنفة الذكر في نظام روما الأساسي.

يقع العنف الجنسي ضمن الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية حتى لو لم يتضمن إيلاجاً، أو استطالة مادية على جسم المجني عليهم– العنف النفسي والشفوي–، تحديداً عندما تتم ممارسته تحت وطأة الإكراه باختلاف أشكاله وأنواعه. وعليه يدخل في مفهوم العنف الجنسي سلسلة من الأفعال تشمل: التعري والتجريد القسري من الملابس، كشوفات العذرية القسرية، والاستغلال الجنسي، والإجهاض القسري، والزواج القسري، وتشويه الأعضاء الجنسية، والتحرش الجنسي[٢].

أظهر تقرير المركز الإيرلندي لحقوق الإنسان، تعرض نساء وفتيات أقلية الروهنجي للاغتصاب في شمال إقليم أراكان، وبتورط عدد من مسؤولي الحكومة في هذه الجريمة. أما ضحايا جرائم

(1) Matteo Fiori, The Foča "Rape Camps": A dark page read through the ICTY's jurisprudence, Hague Justice Journal, Vol. (2), Issue No. (3), 2007, Pp.12-14. The accused (Radomir Kovač) was member of a military force called the "Dragan Nikolić Unit". Available at:https://www.asser.nl/upload/documents/20120817T105253-The%20Foca_Fiori_EN.pdf (accessed on 17 March, 2021).

(٢) غلوريا غاجيولي، العنف الجنسي في النزاعات المسلحة: انتهاك للقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٩٦)، ٢٠١٤، ص ٥٠٦، ٥٠٧

الاغتصاب الممنهج فهُنّ النساءُ السجيناتُ في المخيمات العسكرية، والنساء غير المتزوجات في مساكنهن أثناء التفتيش الليلي، والنساء والفتيات اللواتي يعملن في المزارع[١]. كما أكد تقرير لمنظمة العفو الدولية اغتصاب نساء الروهينجا في مراكز التوقيف أثناء الاستجواب الجنائي على يد ضباط الشرطة[٢]. وفي تقرير (هيومن واتش ريتس) شوهد الجنود وهم يضعون قضبان من الخيزران في (فروج) اللاجئين من أبناء الأقلية المنكوبة[٣].

فاغتصاب النساء والفتيات المسلمات من أقلية الروهينجا، والاعتداء على أعراضهن أمام محارمهن، يعد من أبشع صور الجرائم ضد الإنسانية التي تحتم ضرورة تفعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية للتحقيق مع مرتكبيها وجلبهم للعدالة ومحاكمتهم عليها، بل أكثر من ذلك ضرورة التدخل من قبل الأمم المتحدة لوقف هذه المأساة البشرية، فالنساء والفتيات والشابات اللواتي ينتمين لهذه الأقلية استسلمن، على مرأى ومسمع العالم المتحضر، تحت وطأة الضغوط النفسية والعنف الجسدي للاغتصاب، وانتهاك شرفهن أمام أفراد أسرهن[٤].

فظاعة جرائم الاغتصاب في حق فتيات وشابات الروهينجا على يد قوات الجيش والشرطة البورمية، وضحها المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بالتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة البروفيسور (مانفريد نواك) Manfred Nowak بقوله إن معظم الجنود اقترفوا جرائم الاغتصاب، ومارسوا أقسى صنوف العنف الجنسي والتعذيب والقتل في حق الضحايا[٥]. كما تؤكد الوثائق الدولية قيام قوات الجيش وعناصر (الناكاسا) بالتهديد، والعنف

(1) Irish Centre for Human Rights, Crimes against Humanity in Western Burma: The Situation of the Rohingyas, Galway, Ireland:, 2010. Pp. 70-75. Available at: http://burmaactionireland.org/images/uploads/ICHR_Rohingya_Report_2010.pdf (accessed on 18 February, 2021)

(2) Amnesty International, "We Will Destroy Everything": Military Responsibility for Crimes against Humanity in Rakhine State, Myanmar, Amnesty International, London, UK, 2018, Pp. 33–35.

(3) Human Rights Watch, All of My Body Was Pain: Sexual Violence against Rohingya Women and Girls in Burma, the USA. Nov 2017, p.17. Available https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/burma1117(accessed 12 Jan, 2021)

(٤) محمد رشيد زاهد، انتهاك حقوق الإنسان في ميانمار: مسلمو الروهينغا اللاجئين في حدود بنغلاديش أنموذجاً، مجلة العلوم الإسلامية الدولية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، كوالالمـــبور، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢٠، ص١١٨

(5) Manfred Nowak, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Report of Special Procedure of Human Rights Council, Geneva: UN, 17 Feb. 2009, Pp.234-235. Available at: https://digitallibrary.un.org/record/650408?ln=en (accessed on 8 December, 2020)

والقوة بإجبار نساء وفتيات (الروهينجي) على الممارسات الجنسية، هذه الأفعال تؤثر – بصورة كارثية– على النساء ضحايا الاغتصاب من الناحيتين النفسية والعقلية[١].

الفرع الثالث: التهجير القسري (الإبعاد أو النقل القسري) للسكان

يميز الفقه الجنائي الدولي بين اصطلاحي (النقل القسري) للسكان و(الإبعاد القسري للسكان). ويعرف جانب من الفقه[٢] الإبعاد القسري بأنه "النقل القسري للسكان المدنيين من ديارهم الأصلية إلى دولة أخرى" ويعرفون النقل القسري بأنه" النقل القسري لمواطني الدولة من ديارهم الأصلية إلى أماكن أخرى داخل الدولة".

أما نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فقد تعامل مع جريمة (الترحيل والإبعاد القسري) للسكان المدنيين بوصفها جريمة ضد الإنسانية تارة في المادة السابعة (١/د)، واعتبرها تارة أخرى جريمة من جرائم الحرب في المادة الثامنة فقرة (أ) و (ب) و كذلك باعتبارها من جرائم الحرب في إطار النزاعات المسلحة الداخلية في الفقرة (هـ) من المادة الثامنة للنظام الأساسي[٣]. وعرفت الفقرة الثانية (د) من المادة (٧) لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة الإبعاد و النقل القسري للسكان بـ: نقل الأفراد قسراً من أماكن تواجدهم بطردهم أو بأى فعل قسري، وبصورة غير مشروع أو مبررة، إلى أماكن أخرى [٤]. وعليه فإنه في كلتا الحالتين، (الترحيل والنقل) القسري للسكان يتم نقل الأفراد من بلاد إلى بلاد أخرى.

ووفقاً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا تقوم جريمتا (الإبعاد والنقل القسري) للسكان المدنيين إلا بتوافر شروط: أولهما، الإقامة الشرعية للأشخاص المرحلين أو المبعدين في الأماكن التي يقطنونها (مشروعية التواجد في إقليم معين). وثانيهما الإجبار القسري، باختلاف أدواته ووسائله وأنواعه، وبدون أية مبررات مشروعة لنقل هؤلاء الأشخاص من مكان إلى آخر. وعليه فإنّ

---

(1) Ibid

(٢) رشاد السيد، الإبعاد والترحيل القسري في ضوء القانون الدولي الإنساني، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٥١)، ١٩٩٥، ص ٢٣٨

(٣) حسن محمد الحديد وغالب خلف محمد، حماية النازحين في إطار القانون الدولي الإنساني أثناء الصراعات الداخلية المسلحة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (١)، المجلد (١)، العدد (٢)، الجزء (١)، آذار ٢٠١٧، ص١٩. انظر كذلك المواد (٧) و (٨) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

(٤) تعرف المادة السابعة (٢/د) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة ١٩٩٨، جريمة إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان بانها: " نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة، بالطرد أو بأي فعل قسري آخر، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي.

عمليات الإبعاد التي قامت بها السلطات البورمية في ميانمار في حق مسلمي أقلية الروهينجا بنقلهم من أماكن تواجدهم في إقليم أراكان (آراخين أو راخين) تنطبق عليها أحكام المادة السابعة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في لاهاي، وهذا ينطبق على الإبعاد القسري لأبناء الأقلية من مناطق تواجدهم الشرعية في الإقليم إلى الدول المجاورة[١]، وكذلك النقل القسري لهم إلى المخيمات الحدودية داخل ميانمار[٢].

بالإضافة إلى ماديات جريمتي (الإبعاد والنقل القسري) للسكان المدنيين، فالركن المعنوي يتوافر في حالة (الإبعاد والنقل القسري) لأبناء أقلية الروهينجا في إقليم أراكان، إذ إن هذه الجرائم اقتُرفت بعلم وإرادة القيادتين السياسية والعسكرية في البلاد، ومرتكبو ومنفذو هذه الجرائم من ضباط وأفراد الجيش البورمي وقوات الشرطة وعناصر التنظيمات العسكرية الأخرى كانوا على علم بأن من شأن أفعالهم أن تؤدي إلى انتقال هذه الفئة من السكان المدنيين من أماكن إقامتهم المشروعة في الإقليم إلى المخيمات الحدودية، أو مناطق أخرى داخل الحدود البورمية، أو خارج الحدود إلى الدول المجاورة لميانمار[٣].

وتوالت جرائم (الإبعاد والنقل القسري) للسكان المدنيين من مسلمي (الروهينجا) بعلم وإرادة الحكومات البورمية المتعاقبة ضمن أربع موجات رئيسة: أولها، بدأت بعد استقلال البلاد خلال الأعوام من ١٩٥٥ إلى ١٩٧٨، وقد أسفرتْ ــ تحت وطأة العنف والإرهاب والتخويف والقتل والقمع والاضطهاد ــ عن الإبعاد القسري لأكثر من (٢٥٠) ألف شخص إلى بنجلادش ودول مجاورة أخرى، وظل أكثر من (١٨٠) ألف لاجئ منهم لاحقاً وبصورة دائمة في بنجلادش وحدها[٤]. وثانيها، كانت خلال عامي ١٩٩١ و١٩٩٢، وقد شهدت زيادة ملحوظة في إجبار قوات الجيش والشرطة لأبناء الروهينجا على العمل القسري، ومصادرة الأراضي، وفرض القيود على الحريات، والانتشار الكبير

(1) Mehebub Sahana, Selim Jahangir & MD. Anisujjaman, Forced Migration & the Expatriation of the Rohingya: A Demographic Assessment of Their Historical Exclusions and Statelessness, Journal of Muslim Minority, 39:1, 44-60, 2019, p.51

(2) Gerhard Varleh, Crimes against humanity in contemporary international law, International Law Journal, Vol. (25), Issue No (39), 2008, p. 80.

(3) Nicole Messner. Qualitative Evidence of Crimes against Humanity: the August 2017 Attacks on the Rohingya in Northern Rakhine State, Myanmar, Conflict and Health Journal, Vo . (13), 2019. P.2

(٤) انظر تقرير المركز الإيرلندي لحقوق الإنسان (Irish Centre for Human Rights)، مرجع سابق، ص٩١، وجاء في هذا التقرير أنّ عدد أبناء أقلية الروهينجا الذين تم إبعادهم إلى الحدود البورمية والبنجلاديشية بلغ في عام ١٩٧٨ نحو (٢٥٠) ألف مُهجّر.

لجرائم الاغتصاب والتعذيب، وهو ما تسبب في الترحيل والنقل القسري لآلاف (الروهينجي) من ديارهم، وهو ما ضاعف عدد المهجرين منهم لمختلف أصقاع العالم، وبلغ عددهم حتى عام ١٩٩٠ نحو (٨٤٤.٣٣٦) ألف شخص، ثلثهم موجود في بنجلادش[١]. وثالثها أعمال العنف واسعة النطاق التي تسببت بموجة الترحيل والتهجير القسري الثالثة في عام ٢٠١٢، ونجم عنها انتزاع أبناء الأقلية المسلمة من مساكنهم في إقليم أراكان. ووفقاً لتقديرات الـــ (وتش هيومن راتس) فإن أعمال العنف تسببت بإبعاد ونقل مئات الآلاف بلغ عددهم نحو (٧٥) ألف شخص[٢].

المطلب الثاني: جرائم الإبادة الجماعية

تعني جريمة الإبادة الجماعية استئصال الجنس البشري والقضاء عليه في مكان محدد[٣]. واستُخدم اصطلاح الإبادة الجماعية لأول مرة من قبل "رفائيل ليماسن" عام ١٩٤٤ في وصفة لجرائم النازية ضد النور واليهود أثناء الحرب العالمية الثانية[٤]، واستخدم الاصطلاح رسمياً بموجب قرار الجمعية العامة رقم (٩٦) بتاريخ ١١ كانون أول ١٩٦٤ الذي اعتبر هذه الجريمة من جرائم قانون الشعوب[٥]. وأهم ما يميز جريمة الإبادة الجماعية طابعها الدولي، وازدواجية المسؤولية المترتبة عن ارتكابها على الدولة والأفراد معاً، فهي تتطلب إثبات عناصر الجريمة المادية والمعنوية، بالإضافة لما يعرف بالعنصر الكمي.

الفرع الأول: جريمة الإبادة الجماعية[٦]

عرفت المادة (٦) من نظام روما الأساسي جريمة الابادة الجماعية بأنها: أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية، أو عرقية، أو دينية بصفتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً، قتل أفراد الجماعة، إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، إخضاع الجماعة عمداً

---

(١) محمد بن ناصر العبودي، بورما الخبر والعيان، مرجع سابق، ص٥٤.

(2) Human Rights Watch Report , The Government Could Have Stopped this Sectarian Violence and Ensuing Abuses in Burma's Arakan State, U S A, 2012, Pp.32-35

(٣) عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر، الإسكندرية، مصر ة، ٢٠٠٤، ص٣١٣.

(٤) براء منذر عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، رســالة دكتوراه، كلــية القانون، جامعة بغــداد، ٢٠٠٥، ص ١٦٦، ورفائيل يهودي بولندي الأصل أمريكي الجنسية وكان مستشاراً في وزارة الحرب الأمريكية، وجاء استعماله لهذا الاصطلاح خلال مقال نشره في مجلة القانون الدولي بعد الحرب العالمية الثانية.

(٥) نزار العنبدي، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ٥٠١

(٦) لندة معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ١٨٠. تُرجع المصادر اللغوية اصطلاح جريمة الإبادة الجماعية (Genocide) إلى اللغة اللاتينية وهي مركبة من (Genos) وتعني الجنس و (Cide) وتعني القتل.

لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً، فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة، نقل أطفال الجماعة عنوة الى جماعة أخرى. وهذا التعريف مستوحى اصلاً من نص المادة(٦) اتفاقية منع جريمة الإبادة والمعاقبة عليها لسنة ١٩٤٨.

أما ماديات جرائم الإبادة الجماعية فقد حددها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتتحقق بارتكاب أى فعل من الأفعال الي تهدف إلى إهلاك جماعة قومية، أو أثنية، أو عرقية أو دينية. وفي حالة جرائم الإبادة الجماعية التي تقترف رسميا – من قبل قوات الجيش البورمي والشرطة والتنظيمات العسكرية الأخرى–، واجتماعياً من قبل متشددي الأغلبية البوذية ضد مسلمي أقلية الروهينجا تعد بامتياز جرائم إبادة جماعية في حق أقلية أثنية ودينية لغايات استئصالها وإهلاكها. وبهذا وتعد الأفعال المؤلفة للركن المادي لجرائم الإبادة الجماعية في حق أقلية الروهينجا، من قتل، وإلحاق الضرر البدني والعقلي والنفسي، والإخضاع العمدي لأحوال معيشية ترمي لإهلاك هذه الأقلية بصورة كلية أو جزئية كفرض تدابير منع الإنجاب والنقل القسري خارج الديار إلى مخيمات داخل البلاد أو طردهم الى خارج الحدود[١]، من أبرز صور النشاط الإجرامي لجريمة الإبادة الجماعية[٢].

فالعنف الجنسي والاغتصاب في حالة مسلمي أقلية الروهينجا يرتقي إلى جرائم الإبادة الجماعية وهو ما يثبت تصميم القيادتين السياسية والعسكرية على التدمير الكلي والجزئي لتدمير أقلية الروهينجا. ووفقاً لنص المادة السادسة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن قتل الجيش البورمي لثلاثة آلاف متظاهر في أيلول من عام ١٩٨٨م [٣]، وكذلك قتل (١١) من مسلمي الروهنجي في حزيران عام ٢٠١٢ دون أي ذنب اقترفوه، وقتل نحو (٥٠) من أبناء الأقلية أثر اشتباكات واسعة في الإقليم بين مسلمي الروهينجا والبوذيين، وما تبعها من أعمال طرد وقتل وتعذيب وترحيل لمسلمي

(١) زياد ربيع، جرائم الإبادة الجماعية، مجلة دراسات الدولية، مركز الدراسات الإستراتيجية والدولية، جامعة بغداد، العدد (٥٩)، ٢٠١٤، ص١٠٨

(٢) صلاح الرقاد، جريمة الإبادة الجماعية أمام المحكمة الجنائية الدولية: إقليم دارفور أنموذجاً، مجلة المنارة، المجلد (٢١)، العدد (٤)، ٢٠١٥،٣٦٥. وانظر: سرمد محمد، جريمة الإبادة الجماعية دراسة سوسيو إنثربولوجية: الأزيديين أنموذجاً، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (٤٧)، العدد (٢)، ملحق (١)، ٢٠٢٠، ص١٨٢

(3) Bunya Nunda, Mann, "Burma, ASEAN, and Human Rights: The Decade of Constructive Engagement 1991–2001" Stanford Journal of East Asian Affairs, Vol. 118, Issue No.(2), 2002.

الإقليم[١]، هذه الأفعال كافة من صور الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية في حق مسلمي الروهينجا وتسعى إلى التدمير الكلي والجزئي لأقلية الروهينجا.

ولا يخرج عن نطاق جرائم الإبادة الجماعية قيام أفراد الشرطة وعناصر الجيش البورمي وبزيهم الرسمي بالاشتراك مع مجموعات الراخين في قتل مئات الضحايا من مسلمي الروهينجا في قرية (كيلادونغ) إحدى قرى إقليم أراكان في الرابع عشر من كانون أول (٢٠١٢)، ونجم عن الهجمات العنيفة للراخين وبتواطؤ مع قوات الجيش والشرطة البورمية في عام ٢٠١٢ إجبار حوالي (١٤٠) ألف من مسلمي قري الإقليم من الفرار من مساكنهم[٢]. وأسفرت أعمال العنف العرقي للأغلبية البوذية التي أججتها حكومة ميانمار ضد أقلية الروهينجا خلال الفترة من حزيران إلى تشرين أول من عام ٢٠١٢ عن مقتل أكثر من مائتي شخص وتدمير ما يقارب ألف منزل[٣].

أما معنويات جريمة الإبادة الجماعية فتتطلب توافر القصد الجنائي، وهو متحقق في حالة جرائم الإبادة في حق مسلمي أقلية الروهينجا، فالقيادتان السياسية والعسكرية في مينمار تستهدف عمداً أبناء هذه الأقلية بسبب انتمائهم العرقي والديني، والقصد الخاص هو بنية فناء وتدمير هذه الأقلية بصورة كلية أو جزئية. فالقصد الجنائي في جرائم ميانمار في حق أقلية الروهينجي متحقق مع قتل الآلاف من أفرادها ضمن موجات عنف مستمرة من نحود قرن أو أكثر من الزمان. فالحكومات البورمية المتعاقبة، عسكرية كانت أم ديمقراطية، تنكر حق كافة أبناء أقلية الروهينجا – كمجموعة إنسانية عرقية وإثنية ودينية– في الوجود في إقليم أراكان[٤].

وعلى خلاف الجرائم ضد الإنسانية، فإنّ جريمة الإبادة الجماعية تتطلب بالإضافة إلى القصد الجنائي العام (العلم والإرادة) أيضاً قصداً جنائيا خاصاً، وهو نية (الإفناء أو التدمير) الكلى أو الجزئي لمجموعة إنسانية عرقية أو أثنية أو دينية، وهذا الوصف ينطبق على جرائم القتل والعنف الجنسي والاغتصاب ومنع الحمل والزواج المقترفة في إقليم أراكان، فالقادة السياسيون والعسكريون في

(١) ميسون منصور عبيدات، الاعتداءات البورمية المتكررة على الأقلية المسلمة، مرجع سابق، ص ١٤١

(٢) ميسون منصور عبيدات، الاعتداءات البورمية المتكررة على الأقلية المسلمة، مرجع سابق، ص ١٤٢

(3) Aydin Habibollahi., Crimes Against Humanity: The Case Of the Rohingya People in Burma, All Party Parliamentary Group for the Prevention of Genocide and Other, The Norman Paterson School of International Affairs.2013. Available at: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.362.6578&rep=rep1&type=pdf (Accessed on February 14, 2021)

(٤) جبار محمد مهدي السعيدي، جرائم الإبادة الجماعية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠١٥، ص٢٨٤-٢٨٥

ميانمار، بالإضافة إلى الجنود والمدنيين المتورطين في اقتراف جرائم الإبادة الجماعية بنية الإفناء الكلي أو الجزئي لأبناء الأقلية المسلمة، مسؤولون عن ارتكاب جرائم دولية، وعلى المجتمع الدولي جلبُهم لعدالة المحكمة الجنائية الدائمة ليحاسبوا على هذه الجرائم [١]. ومع ذلك، فإن التداخل والتشابك بين جرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية يجعل من الصعب التمييز بينها، وهو ما يدفع القاضي الجنائي الدولي للبحث في مدى توافر القصد الجنائي الخاص لتمييز هذه الجرائم بعضها عن بعض[٢].

أخيراً، يرى الباحثون بأن صنوف العنف المقترفة خلال العقود الماضية تبرهن على وجود خمسة أشكال من جرائم الإبادة الجماعية في حق أقلية الروهينجا (القتل العمدي الجماعي، والإيذاء البدني الجماعي، فرض الظروف الصعبة التي تقود بصورة أو بأخرى إلى التدمير المادي، الكلي أو الجزئي، لأبناء الأقلية، منع الإنجاب الجماعي)، المرتكبة من قبل المسؤولين السياسيين والعسكريين والمدنيين في ميانمار، وهي جرائم ورد النص عليها بصورة جلية في المادة (٢) من اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨والمادة (٦) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

الفرع الثاني: التطهير العرقي[٣]

استُخدم اصطلاح التطهير العرقي لأول مرة في التاريخ البشري من قبل الكاتب الصربي (فيك كارزيتش) عام ١٨٦٠ عند وصفه لجرائم مجلس الحكومة الصربي في حق مسلمي البلاد من الأصل

(1) SIMON-SKJODT Center for the Prevention of Genocide, They Tried To Kill Us All: Atrocity Crimes against Rohingya Muslims in Rakhine State, Myanmar, Witness Report for USA Holocaust Memorial Museum, Washington, , November 2017, p.16

(2) The International Task Force (ITF), Holocaust, Genocide, and Crimes against Humanity: Suggestion for Classroom Teachers ،p.10. Available at: www.holocausteducation.org.uk (Accessed on March 15, 2021)

(٣) إيلان بابه، التطهير العرقي في فلسطين، ترجمة أحمد خليفة، الطبعة الأولى، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٠. تعرف موسوعة هاتشينسون (Hutchinson) التطهير العرقي بأنه " طرد بالقوة من اجل إيجاد تجانس عرقي في إقليم أو أرض يقطن فيها سكان من أعراق متعددة. وهدف الطرد هو ترحيل أكبر عدد ممكن من السكان، بكل الوسائل المتاحة لمرتكب الترحيل الذين طردوا". بالمفهوم الواسع لـــ (التطهير العرقي) فإنه يضم " أفعال احتجاز الرجال، وفصلهم عن النساء ونسف البيوت، وإحلال مجموعات أثنية فيما يتبقى من بيوتهم".

التركي خلال الانتفاضة ضد الحكم العثماني التي وقعت في الأعوام (١٨٠٥-١٨٠٧) وأدت إلى إنهاء الحكم العثماني والسيطرة على بلغراد[١].

أما القانون الجنائي الدولي فلا يقر بـــ (التطهير العرقي) كجريمة مستقلة، بل بوصفها إحدى صور جرائم الحرب، أو جرائم الإبادة الجماعية أو الجريمة ضد الإنسانية. ويصنف التطهير العرقي في المعاهدات والاتفاقيات الدولية تارة كجريمة ضد الإنسانية، وتارة أخرى كجريمة حرب، وهو النهجُ نفسُه الذي سارت عليه المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، فقد تعاملت معه بوصفه جريمة حرب حتى لو لَمْ تُتخذْ إجراءاتٌ قانونية في حق مقترفيه[٢].

وفي حقيقة الأمر، يمكن القول بأن التطهير العرقي نوع معين من (الإبعاد والنقل القسري) للسكان غير دقيق، فالعلاقة بين التطهير العرقي وجريمة ضد الإنسانية تعد وثيقة، فالتطهير العرقي يقع في حالة الصراع العرقي بين مجموعات أثنية مختلفة، ولكن الإبعاد والنقل القسري ليس مقصوراً فقط على حالات الصراع الإثني[٣].

باختصار يمكن تعريف اصطلاح التطهير العرقيّ، أو الإثني على أنه " استئصال مجموعة بشرية عرقية أو دينية من الإقليم الذي تقيم فيه، لغايات أيدولوجية أو سياسية".

ولقد مارست الحكومات المتعاقبة في ميانمار (بورما سابقاً) نوعين من سياسات التطهير العرقي: أولهما سياسات التطهير العرقي المباشرة المتمثلة في المذابح والمجازر والقتل، والتشريد والتهجير، ومصادرة الهوية القومية والجنسية، وتدمير القرى وحرقها ونسف البيوت على رؤوس أهلها، والإبعاد النقل القسري لمئات الآلاف إلى داخل البلاد وخارجها، والتسريع من عمليات (التبويذ وطمس الهوية واللغة القومية، ومحو آثار المسلمين التاريخية بتدمير المساجد والمدارس) [٤]، وثانيهما التطهير العرقي غير المباشر، فالاضطهاد والعنف والظلم، والتضييق الاقتصادي والثقافي، ومصادرة الأراضي،

---

(١) قناة الجزيرة، التطهير العرقي، تقرير حول التطهير العرقي الصربي في البوسنة، الدوحة، قطر، بتاريخ ١٣ تشرين الثاني ٢٠١٥. الموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net (تمت زيارة بتاريخ ٢٢ /١٢ /٢٠١٩).

(٢) أقرت المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا سابقاً، والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في حالة الجرائم الدولية المقترفة في إقليم دارفور في السودان، والمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا بجريمة التطهير العرقي وضرورة مقاضاة المخططين والمرتكبين لها.

(3) Clotilde Pégorier, The Legal Qualification of Ethnic Cleansing, Ph.D. Thesis, The University of Exeter. 17 December 2010, Pp.75-79

(٤) محمد علي جمعة، وصايا بوذا وأثر الانحراف في تطبيقها على واقع المسلمين في ميانمار: دراسة وصفية لحال أقلية المسلمين الروهينجا، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، وزارة الشؤون الدينية، جمهورية أندونيسيا، ٢٠١٣، ص ٩٨-٩٩

وتعذيب المعتقلين في مراكز ومخيمات الاعتقال، والترهيب والتخويف وكل صنوف المضايقات في حق الروهينجا من أجل إجبارهم على مغادرة موطنهم الأصلي الى دول الجوار، إنّما تصب في غاية واحدة وهي إنجاز التطهير العرقي والإثني في حق هذه الأقلية(١).

أما ماديات جريمة التطهير العرقي في حق أقلية الروهينجا على يد المسؤولين السياسيين والعسكريين في ميانمار، فتضم العديد من الأفعال التي تؤدي إلى تحقيق التطهير العرقي في حق هذه الأقلية، وتضم عمليات مصادرة الأراضي، والاستيلاء على العقارات، وتدمير وإحراق القرى، ونسف البيوت بسبب عرق أو دين أبناء الأقلية، والقتل والعنف بكافة أشكاله وصنوفه، ودفن الأشخاص أحياء في الطين، ورميهم في البحر، والإبعاد والنقل القسري، والتضييق الاقتصادي والثقافي، والاغتصاب الجماعي، وفرض ظروف لها آثار بدنية ونفسية ومدمرة على أفراد الروهينجا، وكذلك ممارسة السياسات التمييزية، وسن القوانين المجحفة في حق الأقلية، ومصادر الحقوق الأساسية لأبناء هذه الاقلية في التعليم، والصحة والمشاركة السياسية، ومصادرة الهوية، بالإضافة إلى أفعال وممارسات أخرى تصبّ في سبيل اجتثاث أقلية الروهينجي من إقليم أراكان (راخين) (٢).

تُرتَكبُ جرائم التطهير العرقي لأقلية الروهينجا في إقليم أراكان من قبل السياسيين والعسكريين وبعض الشرائح المدنية على نطاق واسع، ينفذ من خلال قتل أبناء هذه الأقلية أو إبعادهم القسري عن موطن إقامتهم، وأعمال أخرى كالترهيب والاغتصاب. ولقد أدى تبني ميانمار لإستراتيجية التطهير الإثني في إقليم أراكان في خريف ٢٠١٧ إلى هروب نحو (٧٠٠) ألف روهينجي إلى بنجلاديش(٣).

(١) محمد علي جمعة، المرجع السابق، ص ٩٨-١٠٠

(2) Yousuf Storia, Systematic Ethnic Cleansing: the Case Study of Rohingya, Journal of Arts and Social Science, Vo. (9), Issue (4). 2018, Pp.3-5. See Chris Beyrer et al., Ethnic cleansing in Myanmar:, The Lancet Journal, Vol. (390), 2017, Pp.1570-1573.

(٣) المنظمة الدولية للهجرة، تقرير الهجرة في العالم لعام ٢٠٢٠، المنظمة الدولية للهجرة، جنيف، سويسرا، ٢٠٢٠، ص٢٢. كما جاء في تقرير منظمة (العفو الدولية) بأنه مع مطلع عام ٢٠١٨: " أجبر الجيش وقوات الأمن الميانماري نحو (٧٠٢) ألف روهينجي على النزوح إلى بنجلاديش، وذلك في أسوأ عملية تطهير للأقلية في الإقليم، بالإضافة إلى قتل الآلاف من أبناء الأقلية. أنظر: منظمة العفو الدولية، سوف ندمر كل شيء: مسؤولية الجيش عن الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية- ولاية أراكان، ميانمار، الطبعة الأولي، مطبوعات منظمة العفو الدولية، لندن، المملكة المتحدة، وثيقة رقم (ASA 16/8630/2018)، ٢٠١٨، ص٣

وهذا يؤكد أنّ الروهينجا من أكثر الأقليات تعرضاً لـــ (التطهير العرقي) في العالم، وهو ما وصفته الأمم المتحدة بأنه نموذج حي للتطهير العرقي(١).

أما معنويات جريمة (التطهير العرقي) فتتمثل في ضرورة توافر القصد الجنائي، فهذه الجريمة من الجرائم القصدية التي تتطلب القصد العام والقصد الخاص. ويتكون القصد العام من عنصري العلم والإرادة، فالسلطات الميانمارية (السياسية والعسكرية) على يقين بأن الأفعال التي ترتكبها قوات الجيش البورمي، وأفراد الشرطة وعناصر التنظيمات العسكرية الأخرى من اضطهاد وعنف، وظلم وقتل، وتشريد، ومضايقات معيشية، واغتصاب جماعي، وحمل قسري، وتعذيب وتدمير القري في حق الروهينجا، من شأنها أن تؤدي إلى تفريغ إقليم أراكان من هذه الأقلية.

والقادةُ السياسيون والعسكريون، والرهبان البوذيون على علم بأن هذه الجريمة معاقب عليها في القانون الوطني والدولي، مع علمهم أيضاً بكافة العناصر المكونة لهذه الجريمة. بالإضافة إلى علم هذه الجهات بكل واقعة قانونية تدخل في تكوين (جريمة التطهير العرقي)، وهو ما يعني أن محل علم هذه الجهات يطال كلاً من القوانين الداخلية والدولية التي تجرم تلك الأفعال وعلمها بالوقائع المؤلفة لماديات الجريمة.

الخاتمة:

نستخلص مما سبق أن الحماية الجنائية لأقلية الروهينجا في مواجهة الجرائم الشنيعة التي تقترفها الحكومات البورمية المتعاقبة والجيش البورمي وقوات الأمن والتنظيمات العسكرية المختلفة تكمن في القانون الدولي الجنائي الذي يستمد مصادره من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وقد لاحظنا أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على قواعد التجريم والعقاب القابلة للتطبيق على الجرائم الدولية المرتكبة في حق أقلية الروهينجا في ميانمار.

تتطلب العدالة الجنائية الدولية تقديم كل من ساهم في ارتكاب الجرائم الجسيمة في حق أقلية الروهينجا إلى عدالة المحكمة الجنائية الدولية لينالوا جزاءهم العادل، ولوقف الاغتصاب، والإبعاد والنقل القسري، ومصادرة الاراضي، ومصادرة الهوية والجنسية الذي تعاني منه هذه الأقلية، وتوصل الباحثون إلى النتائج والتوصيات التالية:

---

(١) منظمة أوكسفام، النزاع في زمن فيروس كورونا: لماذا يمكن لوقف إطلاق نار عالمي أن يتيح فرصة للسلام الشامل بقيادة محلية؟ ورقة توجيهية من منظمة أوكسفام، أيار ٢٠٢٠، ص١٠. ورد على الموقع الالكتروني:
https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620983/bp-conflict-coronavirus-global-ceasefire-120520-ar.pdf

(تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢١ أيار ٢٠٢١)

النتائج:

١. أثبتت الوثائق التاريخية أن أقلية الروهينجا مواطنون أصيلون في ميانمار، يعيشون في إقليم آركان منذ قرون طويلة
٢. أن أقلية الروهينجا يختلفون عرقياً ودينياً ولغوياً عن الأغلبية البوذية التي تعيش في ميانمار، وتواجه الإبادة الجماعية والترحيل القسري والقتل وجرائم ضد الإنسانية على هذا الأساس.
٣. لا تزال الحكومات البورمية وآلتها العسكرية تقترف الجرائم الدولية الجسيمة في حق أقلية الروهينجا على مرأى ومسمع العالم المتحضر الصامت
٤. التوصيف القانوني للجرائم التي تقترف في حق أقلية الروهينجا هي جرائم دولية تقع في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مثل جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم التطهير العرقي
٥. لا يوجد مانع قانوني لإحالة جرائم القادة السياسيين والعسكريين في حق أقلية الروهينجا إلى المحكمة الجنائية الدولية من خلال اضطلاع مجلس الأمن الدولي بهذا الدور.

التوصيات:

١. يجب تفعيل دور الأمم المتحدة لوقف الجرائم الجسيمة التي في حق أقلية الروهينجا التي تعاني من القتل والذبح والتهجير القسري والتطهير العرقي والإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وسحب الجنسية وإهدار المواطنة، وذلك من خلال تفعيل النصوص المعنية في ميثاق الأمم المتحدة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المختلفة.
٢. ضرورة فتح تحقيق عملي واسع وشامل من قبل الإدعاء العام في المحكمة الجنائية الدولية الدائمة للتحقيق في الجرائم التي ارتكبت في حق أقلية الروهينجا تحديداً بعد عام ٢٠٠١.
٣. إنشاء حراك دولي منظم لرعاية اللاجئين من أبناء أقلية الروهينجا وتمكينهم من حق العودة إلى بلادهم بعد ضمان بيئة ملائمة داخل ميانمار لوقف مأساة الأجيال القادمة ومعاناة أبناء هذه الأقلية، وهو ما يتطلب إعادة إعمار إقليم أراكان وإحداث تغيير جذري في الموقفين الرسمي والشعبي تجاههم في ميانمار.

المراجع

الكتب:

أبي معاذ، أحمد عبد الرحمن، مسلمو أراكان وستون عاماً من الاضطهاد، الطبعة الثانية، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢

بابه، إيلان، التطهير العرقي في فلسطين، ترجمة أحمد خليفة، الطبعة الأول، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧

برع، محمد خالد، حقوق الأقليات وحمايتها في ظل أحكام القانون الدولي العام، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢

بسيوني، محمود شريف، مدخل لدراسة القانون الجنائي الدولي، دار الشرق للنشر والتوزيع، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٧

حجازي، عبد الفتاح، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٤.

السيد، محمد جبر، المركز الدولي للأقليات في القانون الدولي العام مع مقارنة بالشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ)

الشافعي، محمد، القانون الدولي في وقت السلم والحرب، المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٧١.

العبودي، محمد بن ناصر، بورما الخبر والعيان، الطبعة الأولي، وزارة الإعلام، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١١هـ- ١٩٩١م

الكباش، خيري أحمد، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨

مطر، عصام عبد الفتاح، القضاء الجنائي الدولي: مبادئه وقواعده الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجيد، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٨

يشوي، لندة معمر، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠

بحوث في دوريات:

إسماعيل، عمر محمد موسى، جريمة الإبادة الجماعية في ظل المحاكم الجنائية الخاصة والمحكمة الجنائية الدولية: دراسة تحليلية، المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، المجلد (١)، العدد (١)، ٢٠٢٠

جويبه، عبد الكامل و هجرسي، خضراء، إنسانية المجتمع الدولي ومسلمو بورما: دراسة تاريخية نقدية، مجلة الدراسات التاريخية والاجتماعية، جامعة نواكشوط،، العدد (٣٢)، ٢٠١٨.

حبيب، كمال السعيد، قضايا الأقليات في المنظور الإسلامي: رؤية مقاصدية، مجلة التجديد، المجلد (٤)، العدد (٢٨)، ٢٠١٠

الحديد، حسن محمد وغالب خلف محمد، حماية النازحين في إطار القانون الدولي الإنساني أثناء الصراعات الداخلية المسلحة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (١)، المجلد (١)، العدد (٢)، الجزء (١)، آذار ٢٠١٧

الحريري، آلاء وآخرون، مأساة مسلمي الروهينجا في ميانمار، سلسلة المركز الاستشاري للدراسات والتوثيق، مديرية الدراسات الإستراتيجية، بيروت، لبنان، العدد (٢٦)، كانون الأول ٢٠١٧.

حوحو، رمزي، الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد (٥)،٢٠١٠

خلواتي، مصعب، الحماية القانونية للأقليات في القانون الدولي، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الخامس، العدد (٣٠)، ٢٠١٨

ربيع، زياد، جرائم الإبادة الجماعية، مجلة دراسات الدولية، مركز الدراسات الإستراتيجية والدولية، جامعة بغداد، العدد (٥٩)، ٢٠١٤

الرقاد، صلاح سعود، جريمة الإبادة الجماعية أمام المحكمة الجنائية الدولية: إقليم دارفور أنموذجاً، مجلة المنارة، المجلد (٢١)، العدد (٤)، ٢٠١٥

زاهد، محمد رشيد، انتهاك حقوق الإنسان في ميانمار: مسلمو الروهينغا اللاجئون في حدود بنغلاديش أنموذجاً، مجلة العلوم الإسلامية الدولية، جامعة المدينة العالمية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢٠

السعيدي، جبار محمد مهدي، جرائم الإبادة الجماعية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠١٥

السيد، رشاد، الإبعاد والترحيل القسري في ضوء القانون الدولي الإنساني، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٥١)، ١٩٩٥

عبيدات، ميسون منصور، الاعتداءات البورمية المتكررة على الأقلية المسلمة " الروهينجا" في " بورما" ميانمار ١٩٤٨-٢٠١٢، حوليات آداب عين شمس، جامعة عين شمس، المجلد (٤٦)، سبتمـــبر ٢٠١٨

غاجيولي، غلوريا، العنف الجنسي في النزاعات المسلحة: انتهاك للقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٩٦)، ٢٠١٤

الفواعرة، محمد، الرق في ثوبه الجديد: ما بين التحريم الدولي والتجريم الوطني: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد (٤٢)، العدد (٣)، ٢٠١٥

لطفي، وفاء، الروهينجا: معضلة تبحث عن حل، مجلة الديمقراطية، مؤسسة الأهرام، المجلد (١٧)، العدد (٦٨)، ٢٠١٧

محمد، سرمد جاسم، جريمة الإبادة الجماعية دراسة سوسيو أنثربولوجية: الأزيديين أنموذجاً، مجلة دراسات، العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (٤٧)، العدد (٢)، ملحق (١)، ٢٠٢٠

ميدان، سلوى أحمد وطلعت جياد لجي، الضمانات الدولية لحق الأقليات في إقامة الشعائر الدينية، مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٦.

الرسائل الجامعية:

بن أحمد، الطاهر، ٢٠١٠، الأقليات في ظل النزاعات المسلحة بين الفقه الجنائي الإسلامية والقانون الدولي الإنساني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر

بوبكر، زيان، ٢٠١٣، جريمة الإبادة الجماعية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، الجزائر

جمعة، محمد علي صالح، ٢٠١٣، وصايا بوذا وأثر الانحراف في تطبيقها على واقع المســلمين فـــي ميانمار: دراسة وصفية لحال أقلية المسلمين الروهينجا، رسالة ماجستير غير منشورة، كليـــة الدراسات العليا، الدراسات الإسلامية، جامعة مولانا مالك إبراهيم، أندونيسيا.

السراي، غفران أحمد، ٢٠٢٠، الحماية الجنائية وغير الجنائية لحقوق الإنسان في ظل القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.

عبد اللطيف، براء منذر كمال، ٢٠٠٥، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد

عزيز، صباح حسن، ٢٠١٥، جريمة التهجير القسري: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهرين.

لحسن، بن مهني، ٢٠١٨، حقوق الأقليات في القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراة غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بتنة، الجزائر.

مسعد، نيفين، ١٩٨٨، الأقليات والاستقرار في الوطن العربي، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الادارة والاقتصاد والعلوم السياسية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، مصر.

المطيري، فلاح فريد، ٢٠١١، المسؤولية الجنائية للأفراد في حقوق تطور القانون الدولي الجنائي، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

المواهرة، حمزة طالب، ٢٠١٢، دور مجلس الأمن في إحالة الجرائم الدولية الى المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

Reference:

Abdelkader, E. (2013). The Rohingya Muslims in Myanmar: Past، Present، and Future. *Oregon Review of International Law*, Vol. (15).

Amnesty International (2018). "We will destroy everything": Military Responsibility for Crimes against Humanity in Rakhine State, Myanmar. Amnesty International, London, UK.

Arashpuor, A. & Roustaei, A. (2016). The investigation of committed crimes against " Myanmmar's Rohingya" and the Invoke Necessity to " the Theory of Responsibility to Protect. *Juridical Tribune*, Vol. (6)(2), December

Burma Citizenship Law, (Oct. 15, 1982) & Law Amending the Myanmar Citizenship Law (State Law and Order Restoration Council Law No. 4/97).

Capotorti, F. (1991). *Study on the human rights of persons belongings to ethnic, eligious and linguistic minorities*. United Nations: New York, UN Sale No. E. 91 XIV 2.

Christie, K.& Hanlon, R. (2014). Sustaining human rights and responsibility: The United Nations global compact and Myanmar. *Athens Journal of Social Science*, Vo. 1 (1), Pp.9-20.

Fiori, M. (2007). The Foča "Rape Camps": A dark page read through the ICTY's jurisprudence. *Hague Justice Journal*. Vol. 2 (3).

Gunn, T. (2003). The complexity of religion and the definition of "Religion" in International law. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. (16).

Habibollahi, A. (2013). et al., Crimes against humanity: The case of the Rohingya people in Burma, All party parliamentary group for the prevention of genocide and other crimes against humanity. *The Norman Paterson School of International Affairs (NPSIA)*.

Haque, M. (2009). *The rights of minorities in India with special reference to the role of the national commission for minorities*. Ph.D. thesis, Department of Political Science, Aligarh Muslim University, Aligarh, India.

Human Rights Watch (2012). *The government could have stopped this sectarian violence and ensuing abuses in Burma's Arakan State*. Report of Human Rights Watch: United States of America.

Human Rights Watch (2017) All of my body was pain: Sexual violence against Rohingya women and girls in burma. *Human Rights Watch*. the United States of America, November.

Human Rights Watch/Asia, Burma (1996). The Rohingya Muslims: Ending a cycle of exodus? *New York: Human Rights Watch/Asia، Series: Human Rights Watch*, 1079-2309; Vol. 8, 9(C).

Irish Centre for Human Rights (2010). "Crimes against Humanity in Western Burma: The Situation of the Rohingyas, Galway". Ireland: Irish Centre for Human Rights.

Kashyap, A. (2013). Burma's bluff on the two-child policy for Rohingya. *The Irrawaddy*، 21 June.

Koppa, M. (1997). *Minorities in post-communist Balkans: Central Policies-Minorities Reaction*. IDIS Library, Athens.

Mann, Bunya. (2002). Burma, ASEAN, and human rights: The decade of constructive engagement 1991–2001. *Stanford Journal of East Asian Affairs*. Vol. 118 (2),.

Messner, N. et al. (2019) Qualitative evidence of crimes against humanity: The August 2017 attacks on the Rohingya in Northern Rakhine State, Myanmar. *Conflict and Health Journal*, Vol. (13).

Milbrandt, J. (2012). Tracking genocide: Persecution of the Karen in Burma. *Texas International Law Journal*. Vol. 48 (1).

Nowak, M. (2009). Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Report of Special Procedure of Human Rights Council, Geneva: UN, 17 Feb.

Papoutsi, E. (2014). Minorities under International law: How protected they are? *Journal of Social Welfare and Human Rights*, Vol. 2 (1), PP. 305-345.

Parnini, S. (2012). Non-traditional security and problems of Rohingya across the Bangladesh-Myanmar borders. *British Journal of Arts and Social Sciences*, Vol. 5 (2)

Pégorier, C (2010). *The legal qualification of ethnic cleansing*. Ph.D. thesis. The University of Exeter. 17 December.

Report Fortify Rights (2014). Policies of persecution: Ending abusive State policies against Rohingya Muslims in Myanmar. Myanmar, February 25.

Report, A. (2012). *The foundation for human rights and freedoms and humanitarian relief*. Istanbul – Turkey, July

Sahana, M. (2019), Selim Jahangir & MD. Anisujjaman، Forced Migration and the Expatriation of the Rohingya: A Demographic Assessment of Their Historical Exclusions and Statelessness, Journal of Muslim Minority Affairs, 39:1, 44-60.

Saw, K. (2005). On the evaluation of Rohingya problems in Rakhine State of Burma. Self-Published.

Schabas, W., A. (2010). *The International criminal court: A Commentary on the Rome Statue*. Oxford University Press.

Schober, J. (2006). "Buddhism, violence, and the State in Burma (Myanmar) and Sri Lanka". *In Religion and Conflict in South and Southeast Asia: Disrupting Violence*. Routledge Taylor & Francis Group.

Shah, T. (2013). "In God's name: Politics, religion, and economic development". The 9th Annual AELEX Lecture, MUSON Centre, Onikan, Lagos State, Nigeria.

SIMON-SKJODT Center for the prevention of genocide. They tried to kill us all: Atrocity crimes against Rohingya Muslims in Rakhine State, Myanmar, *Witness Report for United States Holocaust Memorial Museum, Washington*, DC, USA, November 2017

Storia, Y. (2018). Systematic ethnic cleansing: The case study of Rohingya. *Journal of Arts and Social Science*, Vo. 9(4), Pp.3-5. See Chris Beyrer et al., Ethnic cleansing in Myanmar: The Rohingya crisis and human rights، *The Lancet Journal*. Vol. (390), 2017, Pp.1570-1573.

Tanchum, Micha'el. (2012). The Buddhist-Muslim violence in Myanmar: A threat to Southeast Asia. *The Begin-Sadat Center for Strategic Studies*, BESA Center Perspectives Paper. No. 188.

Varleh, G. (2008) Crimes against humanity in contemporary international law. *International Law Journal*,.Vol. 25 (39).

Veen, R. (2005). *Myanmar's Muslims: The oppressed of the oppressed*. First Edition, Islamic Human Rights Commission, London: UK.

Zarni, Maung, & Cowley, A. (2014). The slow-burning genocide of Myanmar's Rohingya. *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 23 (3), Pp.683-754.

Zawacki, B. (2013). Defining Myanmar's Rohingya Problem. *Human Rights Brief*, Vol. 20(3).

Tallaa, M. (2019). *The Iranian role in the Syrian crisis: positioning, alliances, and the future* [Arabic]. Aljazeera Centre for Studies, Retreived from : https://studies.aljazeera.net/ar/reports/2019/03/190306073852778.html

The Islamic Radiant Center: Available on: https://www.islam4u.com

Young, M. (2019). "Is the Arab coalition really containing Iranian influence in Yemen?" A regular survey of experts on matters relating to Middle Eastern and North African politics and security. *Malcolm H. Kerr Carnegie Middle East Center* [March 28, 2019]. Retreived from : https://carnegie-mec.org/diwan/78683

Zakariya, M. (2019). Between continuity and enclosure: The future of the Iranian presence in Syria. *Arab Center for Research and Policy Studies*, Vol. 40, Pp. 23-24.

Zweiri, M. (2016). *Iran and political dynamism in the Arab World: The case of Yemen*. Digest of Middle East Studies. Pp. 4-18.

Jenkins, Brian Michael. (2014). *The Dynamics of Syria's civil war*. Santa Monica, CA: RAND Corporation.

Khaldi, A. and Agha, H. (1997). *Syria and Iran: Rivalry And cooperation*, Dar AlKunooz Al-Adabiyah, Beirut, Lebanon, 1st Ed.

Maen T. (2019). *The Iranian role in the Syrian crisis: Positioning, alliances, and the future*. Al Jazeera Center for Studies, studies.aljazeera.net

Mohammad, A. (1993). The historical and legal dimension of the dispute between the United Arab Emirates and Iran over the three islands. *Gulf Cooperation Journal*. Riyadh, Vol. 28, PP. 15-19.

Mohammad, S. (1990). "Geopolitical transformations and national security in Iran". *M.E Affairs*, Vol. 84, P.21.

Mudallali, A. (2014). The Iranian sphere of influence expands into Yemen. *Foreign Policy*. Retreived from

Muhannad Hajj Ali. (2019). What Relations Yesterday and Today Between Hezbollah and Syria?, Calum Kerr-Carnegie Middle East Center.

Muqalled, I. S. (1984). Gulf security and the challenges of the international conflict, Al Rbeaian Co. for Publishing and Distribution – Kuwait, P. 2019.

Mustafa al-Labbad, (2006). "The Iranian Comintern Reinforces Its Regional Presence after the War on Lebanon," Al-Hayat, August 21.

Saban, N. (2020). Factbox: Iranian influence and presence in Syria. Atlantic Council. Retreived Nov. 2020 from:

Saban, N. (2020). Factbox: Iranian influence and presence in Syria. Atlantic Council [Nov. 5, 2020]. Available on:

Sadjadpour, K. (2013). Iran's unwavering support to Assad's Syria. *Syria Special Issue*, Vol. 6 (8)

Alsmadi, F. (2020). Yemen is at the top of Iran's strategic priorities [Arabic]. *Aljazeera Center for Studies*, Retreived from : https://studies.aljazeera.net/ar/article/4651

Bakash, S. (1990). "Iran's relations with Israel, Syria and Lebanon", in M. Rezun. ed., *Iran at the Crossroads: Global Relations in a turbulent Decade*. Boulder, CO: West view.

BBC Arabic. (2020). The war in Syria: Will the Biden administration allow Iran's influence to expand in the Syrian crisis? [Arabic]. Retreived Dec. 2020 from . : https://www.bbc.com/arabic/inthepress-55334077

Calabrese, J., (1990). "Iran II: The Damascus Connection", The World Today, 64: 10, October.

Eli□as, F. (2017). The future of Iran's influence in the Middle East. Bölgesel Araştırmalar Dergisi, Bölgesel Araştırmalar Dergisi "İran" Özel Sayısı, 102-150. Retrieved from:

Fuller, G. (1991). *The center of the universe: The Geopolitics of Iran*. West – view press. p.4.

https://dergipark.org.tr/tr/pub/bader/issue/33319/370907

https://foreignpolicy.com/2014/10/08/the-iranian-sphere-of-influence-expands-into-yemen/

https://studies.aljazeera.net/ar/article/4565Alhurra:

https://www.alhurra.com/iran/2020/02/16.

https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/factbox-iranian-influence-and-presence-in-syria/

https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/factbox-iranian-influence-and-presence-in-syria/

https://www.rand.org/pubs/perspectives/PE115.html

Jara-Alah, A. (2018) The Iranian influence in Yemen and given opportunities. *Strategies fiker center for studies*.

Reference:

Abdelhadi, M. (2019). The tools of Iranian influence and the Turkish presence and their reflection on political stability in Yemen, Arab Center for Research and Studies. Retreived from : http://www.acrseg.org/41428

Abdellatif, K. (2003). *Questions of the Arab renaissance: History, modernity, and communication*. Center of Arab Unity Studies.

Abdulmuniem, N. (2001). *Decision-making in Iran and Arab-Iranian relations*.

Abrahamian, E. (1993). *Khomeinism: Essays on the Iranian republic*. London: IB. Tauris.

AbuKhalil, A. (1990) "Syria and the Shiites: Al-Asad's Policy in Lebanon", *Third World Quarterly*, 12:2, April.

Al Humeil, K. (1999). Why the anger of the Saudi-Iranian rapprochement?, *Al Jazirah Saudi Newspaper*.

Alam, A. (2015). Yemen's position in the Iranian-American conflict [Arabic]. Aljazeera Center for Studies, Retreived from :

Alhusseini, A. (1990). Imam Khomeini's principles in international conflict, world peace and national security, Ed. 1, P. 36.

Almajali, E. and Alzubeidi, A.T. (2019). Iran's soft power in the Middle East [Arabic]. *Democratic Arabic Center*, Retrieved from: https://democraticac.de/?p=61041, on Jan. 20, 2021.

Al-Marefa. Available on: http://www.marefa.org

Almuslimi, F. (2017). Iran's role in Yemen exaggerated, but Destructive. Sana'a Center for Strategic Studies [May 29, 2017]. Available on: https://sanaacenter.org/publications/analysis/4348

Al-qadi, M. (2017). The Iranian role in Yemen and its implication on the regional security. *Arab Gulf Center for Iranian Studies*. Retreived from : www.arabiangcis.com.

Conclusion

1) Iran's influence has developed significantly in the period (2011-2020) in the Arab countries, especially in Syria and Yemen, which were among the strategic, economic and political goals of Iran in developing its geopolitical position and balancing the Sunni consensus in the region.
2) The importance of the issue of the Iranian role in the Yemeni arena is not limited to being just one of the episodes of the Iranian role in the Middle East and the intersection of this role with the interests of Arab countries and the United States of America, but it is related to a more general and comprehensive issue that is the unity of the state between internal differences and external pressures. The territorial integrity and integrity of the state is one of the core issues that affect regional balances and the future of the region. The events and conflicts in the Middle East represent a real challenge to the concept of the nation-state as imported by the region - so to speak - since the old colonial era. Iran plays the role of the external party that uses the internal conflict in Yemen to its advantage. Although it is not the main party that ignited the Yemeni conflict; But it contributed to its consolidation, which does not bear much controversy. The Iranian role in the Middle East can also be described by the same description of the American situation as it is one of the current constants (and candidates in the future as well) that control many of the events and conflicts in the Middle East.
3) The development of Iran's influence in Syria is facing challenges represented in the Russian presence and supremacy in addition to Israeli concern about the Iranian presence on its borders in Syria.
4) Iran's influence in Syria included the military, social and economic aspects, which qualifies Iran to continue its influence in Syria for long periods of time.

representative of Tehran in the Iranian parliament said: "Sanaa is fourth Arab capital under the Iranian control [(1)]."

In addition, Iran was the only country that dealt with the Houthis as an authority representing Yemen, received them in Tehran as Government officials, concluded bilateral agreements with them, and operated direct airlines between Sanaa and Tehran at a rate of 14 flights per week [(2)]. It is worth noting that Hezbollah was the main contractor for Iran's activity and influence in Yemen; it remains the liaison between Iran and Houthis, manages training and "capacity building" for the Houthis, and directly administers the Yemeni file for the benefit of Iran [(3)].

Iran's involvement in the conflict in Yemen is a low-cost and high-benefit project, and is considered an easy way to annoy Saudi Arabia, its regional opponent. At the beginning of the conflict, Tehran had a limited relationship with the Houthis, who have real, legitimate, and very local grievances. As the conflict progressed, Iran's support for the Houthis increased, but nevertheless it did not deploy elite forces in Yemen as it did in Iraq and Syria, and this is because this country is not a strategic priority for Iran. Because of its economic, political and religious interests, and the long borders between the two countries, Iran is Tehran's first priority, while Syria and Lebanon allow it to extend its influence to the Mediterranean and provide access to its regional followers. Moreover, Iran has invested heavily in the war in Syria, and it cannot simply drive out of Syria without reaping the fruits of some of the rewards of post-war reconstruction [(4)].

(1) Mudallali, A. (2014). The Iranian Sphere of Influence Expands into Yemen. Foreign Policy [October 8, 2014]. Available on: https://foreignpolicy.com/2014/10/08/the-iranian-sphere-of-influence-expands-into-yemen/

(2) Alam, A. (2015). Yemen's position in the Iranian-American conflict [Arabic]. Aljazeera Center for Studies, available on: https://studies.aljazeera.net/ar/article/4565

(3) Almuslimi, Farea. (2017). Iran's Role in Yemen Exaggerated, but Destructive. Sana'a Center for Strategic Studies [May 29, 2017]. Available on:

https://sanaacenter.org/publications/analysis/4348

(4) Young, M. (2019). Is the Arab Coalition Really Containing Iranian Influence in Yemen? A regular survey of experts on matters relating to Middle Eastern and North African politics and security. Malcolm H. Kerr Carnegie Middle East Center [March 28, 2019]. Available on: https://carnegie-mec.org/diwan/78683

Within the framework of Iran's focus on the Gulf region and the Arabian Peninsula, Yemen was considered one of the main points of interest for Iran, which would help it strengthen its position in the region and consolidate its position, whether in confronting other regional parties, or in confronting some international powers, especially United States of America. Therefore, Iran has sought to play an active role in Yemen, relying on a mixture of pragmatic interests, sectarian and ideological considerations, and invoking many methods and tools, some of which are related to hard power, while others are related to soft power, by focusing on establishing partnerships with non-state actors, especially with the Ansar Allah Al-Houthi group, as an attempt by Iran to change Yemeni political balances and equations in a way that allows it to strengthen its influence in Yemen, and thus influence political equations and balances in the regional neighborhood [(1)].

The expansion of Iranian influence in Yemen increased after the February Revolution as a result of political chaos and the absence of the state's role. Under these conditions, the Houthis were able to forge alliances with the deposed President Saleh and those who owe him loyalty from the military institutions and some tribes, and they fought wars in several regions of Yemen until they stormed Sanaa on September 21, 2014. After they assumed power on the capital, they formed so-called people's committees in the governorates they seized under the pretext of maintaining security and order, and appointed representatives for them in all state institutions such as ministries, police departments, banks, civil society institutions, military and security institutions, provincial offices, district centers, courts and universities, and according to some reports, the Houthis controlled 70 percent of the Yemeni army's capabilities [(2)].

Although Tehran described the Houthi control of Sanaa as an unexpected event, the pace of the public relationship accelerated between the two sides, and in the first weeks of control over Sanaa an air bridge was opened with Tehran, and a Houthi delegation visited Iran, headed by Saleh al-Sammad, where the first agreement was signed between Iran and Ansar Allah (Houthis) [(3)]. The

(1) Alqadi, Ibed. (2017).

(2) Alam, A. (2015). Iranian Influence in Yemen: Tools, Reality, the Future. The Forum for Arab and International Relations, April 23, 2015. Available on: http://fairforum.org/research/

(3) Alsmadi, F. (2020). Yemen is at the top of Iran's strategic priorities [Arabic].Aljazeera Center for Studies, available on: https://studies.aljazeera.net/ar/article/4651

Iranian-Yemeni Relations

Yemen has not historically been at the top of Iran's strategy in its foreign policy. However, Iran has significant strategic reasons for interfering in Yemeni affairs - including that Yemen represents a strategic depth and a vital location for Saudi Arabia, and the presence of a large number of Shiite Zaydis, in addition to the Iranian trend to create a force through which it may dominate the Arab countries economically and politically.

After the Islamic Revolution, a kind of shift occurred in the foreign policy of North and South Yemen towards Iran; North Yemen was one of the first countries to officially recognize the Islamic Republic, but former Yemeni President Ali Abdullah Saleh changed his position towards Iran with the outbreak of the Iraq-Iran war, where he supported Iraq, while South Yemen, led by Ali Nasser Muhammad, sided with Iran. With the unification of Yemen in 1990, Iranian-Yemeni relations took a curve characterized by instability, and the Iranian diplomatic representation in Yemen was reduced to a consulate and then a representation, but these differences did not prevent the strengthening of cultural and educational relations, as a number of agreements were signed in this regard and in 2000. Relations began to improve and Iran sent a new ambassador to Yemen, and in 2003 Saleh paid an official visit to Iran, speaking about a new page in relations, consistent with the growing Iranian interference in Yemen, and its connection with the Houthis, which led to Saudi Arabia and the Yemeni government launching six military campaigns Against the Houthis in the period from 2010-2014 (1).

Iran's Influence in Yemen (2011-2020)

Yemen represents a significant area of influence for Iran. Geopolitically, The Red Sea is one of the most important determinants and reasons for Iran's attempts to extend its influence in Yemen, and any regional country aspiring to an important role at the regional level and the international arena is trying to extend its influence over the main entrances to the Red Sea. This is what makes Iran's keenness play a role as a vital matter and to expand through the Houthis. Yemen overlooks Bab Mandab and has a land border with the Kingdom of Saudi Arabia (2).

(1) Alsmadi, F. (2020). Yemen is at the top of Iran's strategic priorities [Arabic]. Available on: https://studies.aljazeera.net/ar/article/4651

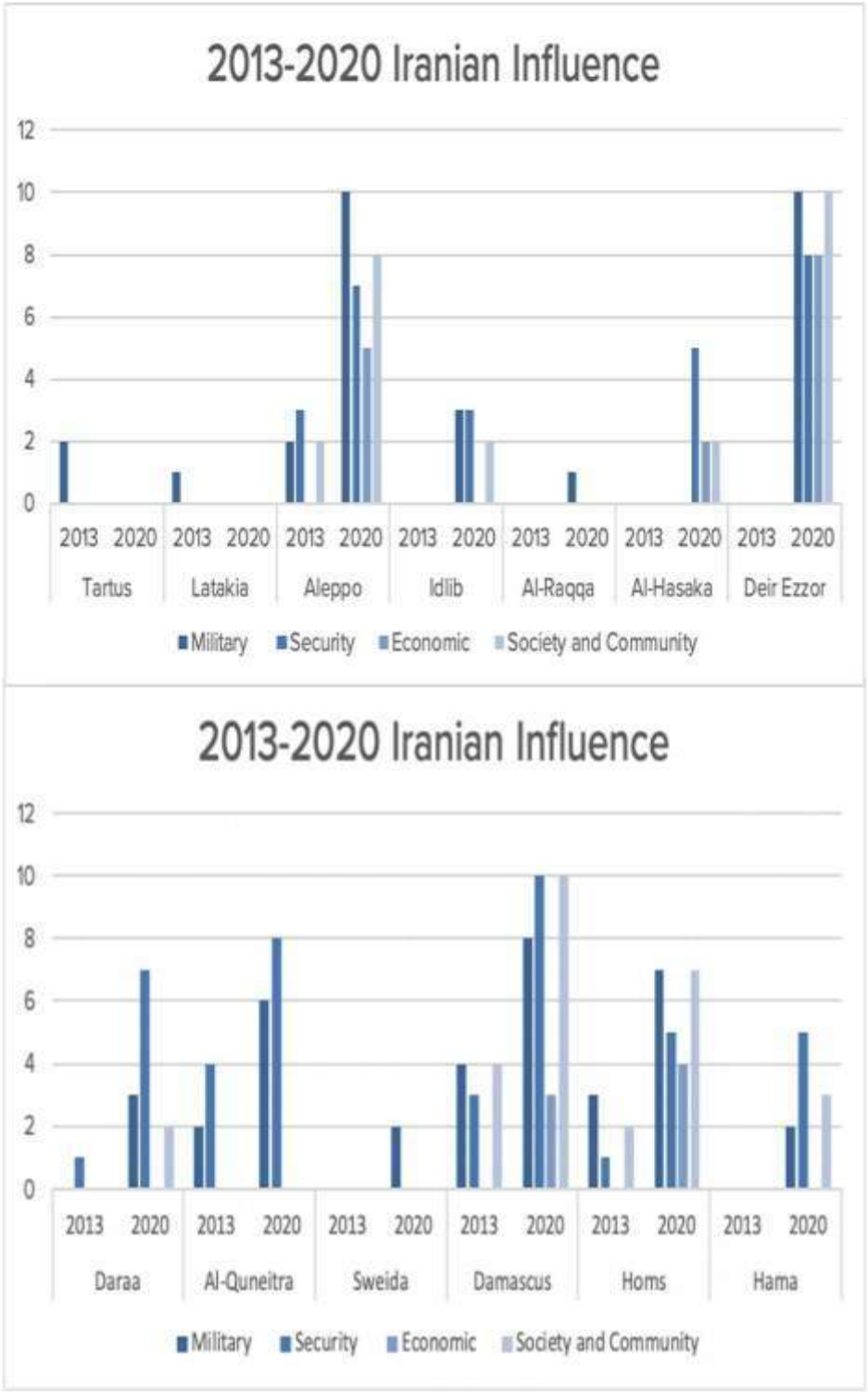
(2) Abdelhadi, M. (2019). The tools of Iranian influence and the Turkish presence and their reflection on political stability in Yemen, Arab Center for Research and Studies. Available on: http://www.acrseg.org/41428

The study believes that the Iranian project to dominate the Syrian economy will be safe only if the negotiations lead to a solution that guarantees the survival of Assad's regime. However, Iran faces great competition from Russia. Also, any political solution that is not agreed by international community will keep Syria internationally isolated and deprived of funds and revenues, and thus empties Iran's economic shares of their content, but it gambles on the regime's survival in any future political solution that includes accept the status quo.

In the event of recourse to political solutions without Al-Assad, Iran will face the opposite groups that rejects it totally, which may lead to legislative and executive obstacles to cancel its contracts or reduce its damage to the Syrian economy to a minimum, which is what Iran fears especially in light of Biden winning the presidency of the United States of America, where, according to the Lebanese newspaper Al-Modon [(1)], Biden will seek to confront the Iranian presence and influence in Syria and it will be a priority for his administration, however, there is optimism among the Iranian leaders that Joe Biden administration will make Iran not only a regional player, but a global and decisive one, especially as it hopes to revive to the nuclear agreement and lift the US sanctions, which will allow it to improve its economy.

Given Iran's optimism for staying in Syria, however, there are given conditions indicating that the Iranian presence in Syria is facing a serious threat, through the international rejection of this presence, or the multiple operations and strikes targeting Iranians in Syria, as the Iranians are not acceptable to the Syrian Sunni citizens. In addition, Iran failed even to convert Alawites into Shiites, despite the many attempts, in addition to the successive Israeli strikes on Iranian sites in Syria, which are controversial strikes in the reaction of the forces supporting the Syrian regime, especially Russia, which makes no action in front of these strikes, and perhaps this is due to Russia's desire to get rid of Iranian influence in Syria despite the declared understanding between the two powers, especially with the Iranian expansion, and Iran's demographic change attempts by granting nationalities to Iraqis, Afghans, Lebanese and Pakistanis, which makes the Syrian regime and the Russians feel threatened.

(1) BBC Arabic. (2020). The war in Syria: Will the Biden administration allow Iran's influence to expand in the Syrian crisis? [Arabic]. Dec. 16, 2020. Available on: https://www.bbc.com/arabic/inthepress-55334077


2013-2020 Iranian Influence
12
10
8
6
4
2
0
2013 2020
Tartus
Latakia
Aleppo
Idlib
Al-Raqqa
Al-Hasaka
Deir Ezzor
Military
Security
Economic
Society and Community
2013-2020 Iranian Influence
Daraa
Al-Quneitra
Sweida
Damascus
Homs
Hama
Military
Security
Economic
Society and Community

addition to investments in phosphate mines in Khunayfis area in Homs, which are considered of the largest phosphate fields in the world, and the contract signed with Iran includes the exploration, extraction and exploitation of phosphate for a period of 50 years; Damascus also granted Iran the right to invest in the Zahid field for raising livestock, five thousand hectares of agricultural land, and the same for establishing oil warehouses and stations, and a license to operate the third mobile phone in the country, so that the share of the Syrian side is 20%, opposite to 80% for an Iranian company [(1)].

In order to be more integrated into the Syrian society, Iran also deals with charitable institutions; one of the most famous institutions s is the Jihad al-Binaa Organization, which focuses mainly on the issue of rehabilitation of schools and health centers. Iran has also focused on education and awareness through the establishment of a number of educational facilities, which has reached seven facilities, in addition to Iranian cultural centers that play an important role in spreading Iranian culture within the Syrian society.

During 2019, the Jihad Al-Binaa Foundation carried out rehabilitation works for 16 schools in Deir Ezzor governorate only, and hung a memorial plaque on the wall of each of them confirming that Iran supported this project. This Foundation also distributes food aid to civilians from time to time in order to gain the loyalty of the people in those Regions. During the spread of the Coronavirus pandemic, Iran established many small medical points in Deir Ezzor that provide civilians with vitamin C in addition to providing them with medical masks, which gives the impression that Iran will not leave Syria. Iran's influence spreads in Syria accordingly, although it is not a quick and clear way, As Iran will remain in Syria for a long period of time, and therefore it takes its right time to get the results. Following is a chart showing Iran's influence in Syria [(2)]:

(1)Tallaa, M. (2019). The Iranian role in the Syrian crisis: positioning, alliances, and the future [Arabic], Aljazeera Centre for Studies, available on:

https://studies.aljazeera.net/ar/reports/2019/03/190306073852778.html

(2) Saban, N. (2020). Factbox: Iranian influence and presence in Syria. Atlantic Council [Nov. 5, 2020]. Available on: https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/factbox-iranian-influence-and-presence-in-syria/

that intervened early in the Syrian crisis in May 2011. However, that involvement later turned into a large-scale direct military intervention, as the Iranian regime sent its forces to fight alongside Assad to eliminate the Syrian opposition(1).

Iran has deployed SCIR members as advisors and recruits foreign Shiite volunteers to fight in Syria. It also supports the involvement of Hezbollah, who provided the Syrian army with highly experienced fighters who had extensive experiences gained from the Lebanese civil war and the war with Israel. Hezbollah soldiers played a significant role in retaking the cities that had come out of the Syrian regime's control(2).

Iran has provided financial support and training to the Syrian militias to a large extent, as according to a report published by the US State Department in October 2018, Iran has spent millions of dollars to support the Assad regime in Syria and support its proxies. Hence, some analysts pointed to the social dimension of this matter, which is represented in accusing Tehran of taking advantage of demographic changes and displacing Syrian citizens to increase the hegemony of the Shiites at the expense of marginalizing the Sunnis (3).

The gains achieved by the Syrian opposition forces between 2014-2015 were the main instigator for Iran to support its military presence and its direct intervention in Syria, so the Iranian intervention had a great effect in stopping the expansion of the revolutionaries and their access to toppling the regime, thus the Syrian regime provided it with many political and economic gains. On the economic level, Iranian activities are numerous and include several sectors. The Iranian Reconstruction Authority signed several contracts with different ministries in the field of electricity and school rehabilitation. The Jihad Al-Binaa Organization "Effort for Reconstruction", supported by Iran, is carrying out several activities within what it calls reconstruction and recovery, and a branch of the Islamic Azad University has been established in the city of Aleppo. As for official contracts, there are a wide range of agreements that demonstrate Tehran's desire to penetrate all economic sectors. In 2017, five memoranda of understanding were signed between Damascus and Tehran, which included many sovereign investments in energy, telecommunications, industry, agriculture, and livestock. It was also agreed to cooperate in investing in electricity projects by establishing generating stations and gas terminals, in

(1) Zakariya, M. (2019). Between Continuity and Enclosure: The Future of the Iranian Presence in Syria, Arab Center for Research and Policy Studies, Vol. 40, Pp. 23-24.

(2) Jenkins, Brian Michael. (2014). The Dynamics of Syria's Civil War. Santa Monica, CA: RAND Corporation. https://www.rand.org/pubs/perspectives/PE115.html

(3) Zakariya, Ibed. (2019), Pp. 23-24.

relationship has proven to be more stable and lasting than any other relationship in the region [(1)].

Syria and Iran, under the influence of their own domestic motives, were looking for appropriate means to achieve their goals[(2)]. Hence, both Syria and Iran find mutual benefit in developing their relations with the various Lebanese parties as proxy forces in the struggle against common enemies, and in the struggle against each other from time to time.

Iran's Influence in Syria (2011-2020)

For Iran, Syria is the younger sister affiliated to it politically, ideologically and economically, and it is also one of the most important Iranian arms to reach Hezbollah (the Iranian soldier in Lebanon), which is linked to Syria by a fateful alliance, as it supports the Alawite regime in Syria just as Syria controls Lebanon through Hezbollah, who is supported and controlled by Iran, according to (Sadjadpour, 2013) Iran considers Syria as the sensitive part of its axis of resistance, as it is an important supply route of arms and equipment to Hezbollah. That is why the government that will follow the Assad regime may not like Iranian influence, as it may depend on more Sunnis elements, and, thus, it can ally with Iran's competitors in the region, led by Saudi Arabia. With few allies in the region, Iran considers a friendly government in Syria an essential part of its survival and power [(3)].

With the escalating of the Syrian crisis into a civil war after 2011, Iran's intervention in Syria began to protect the existing regime, the intervention gradually appeared in the form of providing military advisers to the Syrian regime Iran encouraged the Shiite minority in Syria to form special militias and recruited Sunnis - especially the tribes - in the governorates of Aleppo, Raqqa and Deir Ezzor. In addition, some Shiite militias in Syria have been recruited on a sectarian basis under the pretext of defending the holy sites of Shiite community. For example, these campaigns took place in the areas that include the holy Shiite shrines in Damascus in the Sayyida Zainab neighborhood, in participation of foreign militias, including Iraqi militias, Afghan militias, and Pakistani militias, in addition to the Lebanese militia represented by Hezbollah

(1) Bakash, S. (1990). "Iran's Relations with Israel, Syria and Lebanon", in M. Rezun. ed., Iran at the Crossroads: Global Relations in a turbulent Decade, Boulder, CO: West view.

(2) Calabrese, J., (1990). "Iran II: The Damascus Connection", The World Today, 64: 10, October.

(3)Sadjadpour Karim. (2013). Iran's Unwavering Support to Assad's Syria, **Syria Special Issue, Volume** 6, ISSUE 8

armed militias in Iraq is indisputable. Such involvements give a sectarian character to Iran's regional strategy in the Middle East.

On the other hand, Iran maintains good relations with the strategic actors in the region, it also established distinguished relations with non-Islamic countries, as it has closer relations with India than Pakistan, and with Armenia than Azerbaijan, as well as political and strategic link with countries that are considered atheists and infidel, according to the Iranian ideology and political division such as China, the Russian Federation, North Korea and Venezuela [(1)].

Iranian-Syrian Alliance

Iranian-Syrian relations date back to the mid-seventies, when a number of new factors began to have a fundamental impact on Arab-Iranian relations in general, and Syrian-Iranian relations in particular[(2)]; including the fall of the Shah, the greatest ally of Israel and the West in favor of a radical Iranian policy that began to appear in the region, Iran's opposition to the West and the Egypt–Israel peace treaty, Syria's desire to get out of its growing isolation following Cairo's conclusion of the Camp David Accords, the imbalance that this agreement led to in the balance of power against Syria's interest, and the decline in the Syrian-Iraqi relations to a lower level, and then came the Iraqi invasion of Iran in 1980 to increase the weight of Syria in Iran's strategy[(3)].

The Iranian-Syrian alliance has grown as time passed, while it seems that some of the initial motives behind the alliance have diminished, other factors have come to the forefront, while developments within the two countries and across the sphere of their interests have continued to affect the purpose and nature of their relationship, it can be seen that there are few factors emerge as both permanent features and possible determinants of this alliance and its future direction.

There are also considerations related to the regional balance of power and safeguarding the political and non-political interests, and a network of historical, social, cultural and geopolitical factors that support forming and strengthening the alliance. In the field of volatile and unstable alliances, the Syrian-Iranian

(1)Eli□as, F. (2017). The Future of Iran's Influence in The Middle East. Bölgesel Araştırmalar Dergisi, Bölgesel Araştırmalar Dergisi "İran" Özel Sayısı, 102-150. Retrieved from https://dergipark.org.tr/tr/pub/bader/issue/33319/370907

(2)Abu Khalil, A. (1990). "Syria and the Shiites: Al-Asad's Policy in Lebanon", Third World Quarterly, 12:2, April.

(3) AlMarefa. Available on: http://www.marefa.org

relationship between Iran and Syria will probably witness a major collapse, but the depth of that relationship makes the process of its disintegration very difficult for Syria and the countries that support its rulers.

The dominance of Hezbollah over the Lebanese political scene in 2011 allowed Tehran to establish direct relations with Beirut without mediation of Syria. This was a timely development, as it enabled Iran to greatly protect its interests in the Levant, in light of the weakness of the Syrian regime. Among all of Iran's allies in the region, relations with Hamas will be difficult to maintain under the rising sectarianism in Iraq, Syria, and the Gulf region. The official split with Iran and sealing the Hamas headquarters in Damascus in 2012 promises to further unrest between Hamas and the Palestinians. Nevertheless, Iran's regional influence and its relations with armed militias remained strong(1).

Growing of Iran Influence

Iran strives to expand its influence throughout the aria that is considered its strategic environment of influence, employing two basic parts of its comprehensive strength, such as hard power in particular military power, in addition to the soft power through which it seeks to build social incubators in the Arab Gulf and the Middle East. In order to achieve this, the Iranian soft regional strategy proceeded to the principle of "strategic linking", based on linking the drivers of Shiite political act in other countries with the Iran's regional strategy, so it went towards political and military support for Hezbollah in Lebanon, the Supreme Council for the Islamic Revolution in Iraq and the Muslim Student Followers of the Imam's Line in Kuwait, based on its constitution, which gives it the right to interfere in the internal affairs of states, under the pretext of supporting the downtrodden and vulnerable groups in the world, in addition to employment of regional non-international parties to serve its regional strategy, which seeks to establish extraterritorial loyal sectarian entities, extending from Iran to Lebanon, and includes Iraq and Syria (2).

Iran's roles in the Middle East have contributed to inflaming the ethno-sectarian situation in the region, as it is actively and influential involved in the ongoing conflicts in Iraq and Syria, and to a limited extent in Yemen, and active in Bahrain, in addition to its continuous support for Hezbollah in Lebanon and

(1) Muhannad Hajj Ali. (2019) What Relations Yesterday and Today Between Hezbollah and Syria? Calum Kerr-Carnegie Middle East Center.

(2) Almajali, E. and Alzubeidi, A. T. (2019). Iran's Soft Power in the Middle East [Arabic], Democratic Arabic Center, retrieved from: https://democraticac.de/?p=61041, on Jan. 20, 2021.

Although the breakthrough in relations in the mid-seventies between Syria and imperial Iran, that did not have a lasting impact on bilateral relations or on the regional balance in general; Syria's perception of Iran as a counterweight to Iraq - and vice versa [(1)] - may have taken root at that time. The geopolitical relationship between Syria and Iraq on the one hand, and the Iranian-Iraqi relations on the other hand, regardless of any incentives or function of the ruling system, appears to be one of the pillars of Syrian-Iranian relations, but there are many other factors that intersect and overlap with the geopolitical side, and these are factors deeply embedded in the socio-political, sectarian and religious fabric of the region, the Alawite sect that controls the joints of Syrian politics is linked with the Shiite ideology, and according to (the Islamic Radiant Center) [(2)] every Shiite is an Alawi, and every Alawi is a Shiite.

Arab Spring and the Growing Influence of Iran

The spark of revolutions, that came to be known as the Arab Spring [(3)], first emerged in Tunisia and then in Egypt, was considered the most famous event of the current century. Its repercussions extended until it enveloped several Arab countries such as Libya, Yemen, and Syria, which witnessed the largest political abortion and social protest in the region, which was launched in the first months of 2010, and continued vigorously throughout the year, leaving countless victims, tragedies, dilemmas and questions [(4)].

The researcher thinks that although the Arab Spring provided Tehran with new opportunities to consolidate its influence, it also brought new challenges in the Middle East region. As the Arab Spring revolutions added a sectarian tincture to the conflict in the region between Sunnis and Shiites, as Iran finds itself in the wrong camp of that conflict in which most countries in the region participate. With the spread of sectarian conflict, it has become difficult for Iran to present itself as a unified regional leader of the Islamic world. Most likely, Saudi Arabia, and perhaps Turkey, will emerge as a Sunni power leading the Sunni Arab resistance to confront the Persian Shiite force, and as long as Bashar al-Assad remains in power, the Syrian-Iranian alliance will remain strong, and if the Sunni insurgency can overthrow Assad and seize power in any way, the

(1) Abrahamian, E., (1993). Khomeinism. Essays on the Iranian Republic, London: IB. Tauris.

(2) The Islamic Radiant Center: https://www.islam4u.com.

(3) Abdellatif, K. (2003). Questions of the Arab renaissance: history, modernity, and communication, Center of Arab Unity Studies, P. 170.

(4) Abdellatif, K. (2003). Questions of the Arab renaissance: history, modernity, and communication, Center of Arab Unity Studies, P. 170.

The study of Zweir (2016) [(1)], "Iran and Political Dynamism in the Arab World: The Case of Yemen"

The study aimed to examines the role of Iran in Yemen within the context of Arab-Iranian relations. It also examines the debate on the involvement of Iran in the ongoing political developments in Iraq, Lebanon, and Syria. The article focuses on the Houthi Movement in Yemen, its origin, growth and political expansion. It also investigates its relations with Iran and its allies in the region, and discusses other factors that strengthened its political image in Yemen. The article also provides an early assessment of the implication of the Decisive Storm military led by Saudi Arabia. The finding indicates that Iran is playing this influential regional role in the region, and then this is mainly due to the fact that the region's states are fragile enough to allow for such an agenda. Iran does not have the capabilities to create all these non state actors, but it does try to align itself with those actors who hold similar objectives and ideologies. Broadening local concerns, such as the Houthi rebellion against the corrupt Salih regime and its weak GCC-sponsored transition, to the larger propaganda arena against Israel and the United States, strengthens Iran's own position as a defender of the Islamic community.

Iranian- Syrian Relations

As much as the Shah represented the resurgent Persian nationalism, in light of the historical Arab-Persian hostility, the Arab nationalist aspirations seemed to be in natural conflict with each of the symbols and policies of Iran [(2)]. By the mid-1970s, a number of new factors began to have a fundamental impact on Arab-Iranian relations [(3)].

The relative regression of Arab nationalism after the death of Abdel Nasser and the consolidation of the authority of the two Baathist regimes, which exchanged hostility in Syria and Iraq, has opened the door to a triangle of new relations. It seems that the Syrian position on Iran has shifted from a pure ideological hostility towards a logical and calculated position based on considerations of power and balance with the rival regime in Iraq on the one hand, and the broader regional concept on the other hand.

(1) Jara-Alah, Ateq. 2018. the Iranian influence in Yemen and given opportunities. Strategies fiker center for studies.

(2) Khaldi, A. and Agha, H. (1997). Syria and Iran: Rivalry And Cooperation, Adnan, H. . Translator, Dar AlKunooz Al-Adabiyah, Beirut, Lebanon, 1st Ed.

(3) AbuKhalil, A., (1990). Syria and the Shiites: Al-Asad's Policy in Lebanon, Third World Quarterly, 12:2, April.

from Syrian on December 20th, 2018 and thus enabling and giving more freedom for the Iranian presence and influence in Syria and moreover for Iran make a military agreement between with Damascus. This existence will not be confined by Syria but it escalates in the rest of the countries of the East by which it defending its authority and agents, and the group affiliated with it.

Study of Jara-Alah (2018) (1), " The Iranian influence in Yemen and given opportunities"

The Iranian influence in Yemen is no longer a regional issue but it became a global issue when it was stated that Iran brought to Yemen missiles and military equipment connected with it, drawn military aircraft. Thus, it was concluded that the Republic of Iran is not in compliance with Paragraph 14 (of Resolution 2216) 2015, and is supplying the Houthi's with projectiles and other military equipment.

The study aimed to measure the Iranian influence in Yemen. the study resulted in The state of weakness in Iran, the absence of national projects, the state of chaos, complex conditions, most notably the chaos and security conditions where the main reasons for Iran expansion and influence in Yemen and the Arab region as a whole. The solution to confront this expansion is to bridge the gap between the Arab regimes and parties, especially the Arab Kingdom Saudi Arabia and the Islamic movements as demolishing the Arab dispute will be the only lead to stop Iranian expansion in the region unless Iran will be able to control over and spread its influence .

The study of Al- Qadi (2017) (2), "The Iranian role in Yemen and its implications on the regional Security". This study aims to examine the Iranian controversy role in Yemen, its nature, size and objectives. For many years before 2011 AD, there were many indications of Iran interfering in Yemeni internal affairs, whether by supporting the Houthis in their struggle or with the central government in Sana'a, or by supporting some military.The study resulted that there are pressures and obstacles of Iranian role in Yemen, it becomes unlikely that Iran will be able to influence for a long time in the internal policies of Yemen so the best Iran can do is to make a difference in the internal balance of power in favor of the Houthis by offering them support, without gaining the power to change the rules of the political game. Thus, making Iran's desire to entrench on the Yemeni scene unattainable and gaining more influence in Yemen unattainable.

(1) Jara-Alah, Ateq. 2018. the Iranian influence in Yemen and given opportunities. Strategies fiker center for studies.

(2) Jara-Alah, Ateq. 2018. the Iranian influence in Yemen and given opportunities. Strategies fiker center for studies.

Israeli occupation. The aim is to prove its existence as a force of resistance to the occupation, supporting the popular resistance movements.

Hard power tools constitute one of the most important tools of Tehran's behavior and regional policies since the beginning of the new millennium, as these tools demonstrate the nature of the Iran's trend and ambition for leading a regional axis that achieves strategic gains for Iran and guarantees it's leadership roles, and as Tehran's movement in the Levant confirms that it has adopted several policies; the first strategy was based on the necessity to fully capture the interactions [(1)].

Iran has become influential in its neighbor Iraq, and it has control inside Syria, Lebanon, Yemen, the Palestinian territories, Afghanistan, and Pakistan. Iran is considered a major player in the Middle East, where its role fuels many regional conflicts, especially in Syria, Iraq and Yemen, and in Syria it condemns four Major militias loyal to Tehran, which includes Forces 313, Liwa Al-Baqir, Quwat Al-Ridha, and other Syrian armed groups, not to mention the financial and military support it provides to the regime of President Bashar al-Assad. In Yemen, the Ansar Allah group, known as the Houthis, is their main representative in the country, and it is one of the most prominent parties to the conflict, which has claimed the lives of tens of thousands of civilians since 2014, as the war escalated between the Houthis and forces loyal to the recognized president, Abd Rabbuh Mansour Hadi, which was followed by the intervention of the coalition, led by Saudi Arabia in March 2015 [(2)].

Literature Review:

The study of Zakaria (2019)[(3)], "Between continuity and encirclement: The future of the Iranian presence in Syria". This study aimed to examine the political existence of Iran in Syria as it seeks hard to ensure its presence in Syria for a long period of time as an important settlement area for it to control over on an international level. The Iranian regime is in the region through which Tehran seeks to become one of the most important actors at the regional level, enabling it to Impose its policy on the major countries, including developing their program nuclear power and recognition of the importance of its interests at the international level. The study resulted in Withdrawal of American special forces

(1) Maen Talaa. (2019). The Iranian Role in the Syrian Crisis: Positioning, Alliances, and the Future, Al Jazeera Center for Studies, studies.aljazeera.net

(2) Alhurra: https://www.alhurra.com/iran/2020/02/16

(3) Zakaria, Mirvat. (2019). Between continuity and encirclement: the future of the Iranian presence in Syria.Dar al-Mandumah. www.http: mandumah.com/record/979714 .pages . 23-25

and successive crises and tensions. When Imam Khomeini assumed power in Iran, he began a policy of exporting the Iranian revolution, which on the ground means obvious interference in the internal affairs of other countries, including the GCC countries. The eight years of the Iran-Iraq war had a negative role in the Gulf-Iranian relations [(1)].

After many Arab regimes in the Gulf - headed by Saudi Arabia - breathed a sigh of relief with the end of the Iraq-Iran war, and moved forward towards building a new Gulf security system based on dialogue and diplomacy rather than conflict, the 1990s came to carry with it winds of change as well, so Khamenei rose from presidency to guidance, and Rafsanjani moved from the Shura presidency to the presidency of the state, which was reflected in Iran's foreign relations as part of its plan to rebuild its economy, which was torn apart by its war with Iraq, as well as the call for internal structural policy reforms that are at the heart of involving the Iranian nation in politics of Dialogue and "Shura". In other words, Iran began to see its need to deal with reality in a realistic way, away from ideology and ideological slogans, in pursuit of internal and external change[(2)].

However, the Iranian regime worked on interfering, penetrating, or exporting ideas, propositions and beliefs to the Arab world, and worked to exploit the Palestinian issue within the framework of the regional conflict, and tried to rely on the Arab Shiite presence to create points of tension, contact and friction, and the feverish Iranian work to convert tribes, individuals and groups in Iraq Syria, Jordan, Algeria, Yemen, Egypt and the Gulf. The exacerbation of this phenomenon, until it became an important cause of tension within Arab societies, and in bilateral and public relations, between Arab countries and Iran[(3)].

Therefore, Iran is working to achieve its goals in attracting Arab peoples to sympathize with it by raising the slogan of resistance to the Israeli occupation, which is the slogan that Iran continued to raise without having any action on the ground in order to achieve that slogan except through skirmishes in southern Lebanon through Hezbollah with Israel, which did not achieve any actual results in resisting the occupation, and sympathized with Hamas in its resistance to the

(1) Al Humeil, Khaled. (1999). Why the anger of the Saudi-Iranian rapprochement? Al Jazirah Saudi Newspaper. 20/05/1999

(2) Abdulmuniem, Niveen. (2001). Decision-Making in Iran and Arab-Iranian Relations, P. 226

(3) Mustafa Al-Labbad, (2006). "The Iranian Comintern Reinforces Its Regional Presence after the War on Lebanon," Al-Hayat, August 21.

Khomeini's death was refusing to recognize the Arab regimes of the Arab Gulf states, and also called for the annexation of Bahrain [(1)].

Research Problem

The problem of the study is that the political and security problems that arose as a result of the Arab Spring led to the emergence of Iran's role in several countries in the region. After Iran was able to control the political decision in Iraq and Lebanon, it headed to Syria and extended its arms, as it went to Yemen and supported the Houthi militias in creating confusion and problems to control Yemen, thus the problem of the study is to identify the Iranian role in the issues of the Arab countries, and the extent of the development of its influence in Syria and Yemen.

Research Objectives

The study seeks to achieve the following objectives:

1. Identify the extent of expansion of Iranian influence in the Arab countries, especially in Syria and Yemen.
2. Identify Iran's tools to extend its influence.
3. Identify Iran's goals of expansion in the region.

Iran's Ambitions for Expansion in the Arab Region

Iran pursued the policy of exporting the revolution and its principles to Islamic countries in general, and this coincided with Iran's attempts to impose its control on the Arab region, and not recognize the agreements that were concluded with the Shah towards all countries of the world, especially the Arab Gulf states, which called on Arab countries to cut political relations and diplomacy with Iran [(2)].

Iranian mbitions in the Arab region go back to the beginning of the seventeenth century when they tried to occupy Bahrain and then withdraw from it after the Anglo-Iranian understanding. Iran continues to threaten to occupy Bahrain from time to time, and those who follow Arab-Iranian relations find that these relations fluctuate and sometimes reach the point of tension. During the years following the Iranian revolution, Saudi-Iranian relations witnessed severe

(1) Mohammad Abdullah Alrukn. 1993. The historical and legal dimension of the dispute between the United Arab Emirates and Iran over the three islands, Gulf Cooperation Journal, Riyadh, Vol. 28, PP. 15-19.

(2) Muqalled, I. S. 1984. Gulf security and the challenges of the international conflict, Al Rbeaian Co. for Publishing and Distribution – Kuwait, P. 2019.

Introduction

Iran occupies an important strategic position; its geographical position is unique or exceptional. Professor Fuller, author of *The Center of the Universe*, stated that: from the geopolitical point of view, Iran is one of the most important points in the world, which gives the country an importance that may bring good to the Iranian people, as it may bring them evil (1).

Iran overlooks the borders of the most important energy sources in the world; the Arab Gulf from the west and the Caspian Sea from the east. In other words, Iran has turned into a central hub for energy in the world, but rather a heart of it, as a result of its occupation of a central position in the global reserves of oil from Siberia to Central Asia, the Caucasus and the Arab Gulf (2). It is one of the countries of a region known as the Middle East. It is located on the eastern side of the Arab Gulf between Iraq and Pakistan, with an area is 1.6 million square kilometers, of which 75,620 square kilometers are agricultural lands.

The Iranian Islamic Revolution in 1979 had been preceded by years of foundations for its establishment, represented by successive events. In 1921, Reza Khan Pahlavi imposed Western civilization on the country and support Nazi Germany in World War II, so the British and Russian armies occupied Iran in 1941 and Reza was forced to abdicate in favor of his son Mohammad Reza Pahlavi who replaced his father as Shah in 1951. The 1963 revolution and the arrest of Khomeini were the spark that inflamed the emotions of the masses and the first step towards the 1979 revolution that overthrew the Shah of Iran and established an Islamic government (3).

In the era of the revolution, the Iranian foreign policy embraced the principle of supporting the Iranian revolution in its foreign policy in general, or in the Gulf region in particular. These principles had negative effects on Iranian-Gulf relations, especially with Saudi Arabia. Iran during the revolution until

(1) Fuller, Grahame. 1991. The center of the universe: The Geopolitics of Iran west – view press. p.4.

(2) Mohammad Sare'I Alqalam. 1990. "Geopolitical transformations and national security in Iran", M.E Affairs, Vol. 84, P.21.

(3) Alhusseini, Alsayed Saleem. 1990. Imam Khomeini's principles in international conflict, world peace and national security, Ed. 1, P. 36.

نفوذ إيران في المنطقة العربية سوريا – اليمن (2011–2020)

د. عيسى احمد عيسى الشلبي
د. بشير تركي صبّاح كريشان
د. محمد صالح سالم جرار

ملخص

هدفت الدراسة إلى التعرف على النفوذ الإيراني في المنطقة العربية في (سوريا واليمن) كحالة دراسية. وتمثلت مشكلة الدراسة في التصرفات الإيرانية المتمثلة بسعيها للسيطرة على المنطقة وتوسيع نفوذها فيها من خلال أذرع لها عسكرية وسياسية تهدف الى جعل ايران القوة الكبرى في المنطقة. اعتمدت الدراسة على المنهج النوعي والوصفي وتوصلت إلى نتائج أهمها أن إيران لديها استراتيجيات محددة لتوسيع نفوذها في المنطقة بهدف فرض نفسها كقوة إقليمية كبرى تنافس القوى الإقليمية السنية الموجودة، وهي تسعى إلى ذلك من خلال تعزيز ونشر ودعم أذرع تتسم بالطائفية لها في المنطقة أهمها حزب الله في لبنان، وحركة أنصار الله الحوثي في اليمن. وفي نفس الوقت تواصل إيران تعزيز قوتها العسكرية وتطوير برنامجها النووي للسيطرة على المنطقة والتفوق فيها وهو برنامج يعارضه المجتمع الدولي الذي يعتبره تهديدا لأمن المنطقة وأمن إسرائيل والأمن الدولي، وقد فرض على إيران عقوبات بسببه.

الكلمات الدالة: نفوذ إيران، سوريا – اليمن.

Iran's Influence in Arab Region Syria – Yemen (2011-2020)

Dr. Issa ahmad Al-Shalabi*

Dr. Basheer Turki Kreshan

Dr. Mohammad saleh Jarrar

Received: 5 /2 /2021. **Accepted: 15/8/2021.**

Abstract

The study aimed to identify the Iranian influence in the Arab region in (Syria and Yemen) as a case study. The problem of the study represented in the Iranian behavior is presented in its quest to control the region and to expand its influence in it through its military and political arms that aimed to strengthen Iran to be the major power in the region. The study relied on a qualitative and descriptive approach the study reaches that Iran has specific strategies to expand its influence in the region in order to impos itself as a major regional power competing with the existing Sunni regional powers, it seeks to do so by strengthening, deploying and supporting sectarian arms in the region, the most important of which is Hezbollah in Lebanon, and the Ansar Allah Al-Houthi movement in Yemen, At the same time, Iran continues to enhance its military strength and develop its nuclear program to control and excel in the region, its nuclear program opposes by the international community, which considers it a threat to the region's security, Israel's security and International security, imposed sanctions on Iran because of it.

Key words: Iran's Influence, Syria – Yemen.

* كلية الآداب، جامعة الحسين بن طلال..

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Thirlwell, M. (2010). The return of geo- economics interpreter. *Lowy Institute for International Policy*, URL: https://www.lowyinstitute.org/sites/default/files/pubfiles/Thirlwell_The_Return_of_geo- economics_web_and_print_1.pdf. (Last Accessed July 01, 2020, 12:12 PM IST).

United Nations (2020). Human rights. *United Nations Organisation*. Retrieved June 30, 2020, URL: https://www.un.org/en/sections/issues-depth/human-rights/ (Last Accessed: July 01, 2020: 12: 45 IST).

The University of Alberta, China Institute (2018) *State-owned enterprises in the Chinese economy today: Role, reform, and evolution.* University of Alberta, China Institute URL: https://cloudfront.ualberta.ca/-/media/china/media-gallery/research/policy-Studys/soeStudy1-2018.pdf (Last Accessed: June 25, 2020, 10:45 IST).

Vanderklippe, N. (2019). Stephen Harper makes a thinly veiled critique of China in historic visit to Taiwan. *The Globe and Mail*. October 08, 2019, URL: https://www.theglobeandmail.com/world/article-stephen-harper-makes-thinly-veiled-critique-of-china-in-historic-visit/ Last Accessed: July 01, 2020, 04:45 AM IST).

Vomiero, J. (2019). Is Canada ready for free trade with China? Some experts say it is a 'non-starter' right now. *Global News Canada*. March 30, 2019, URL: https://globalnews.ca/news/5113811/canada-china-free-trade-non-starter/ (Last Accessed: June 29, 2020, 10:45 IST).

Wen, Y. (2016). China's rapid rise: From backward agrarian society to industrial powerhouse in Just 35 Years. *Federal Bank of St. Louis.* Retrieved, April 12, 2016, URL: https://www.stlouisfed.org/publications/regional-economist/april-2016/chinas-rapid-rise-from-backward-agrarian-society-to-industrial-powerhouse-in-just-35-years (Last Accessed: June 16, 2020, 13:43 IST).

Weiner, M. (1971). The Macedonian Syndrome: A historical model of International relations and political development. *World Politics*, Vol. 23 (4), pp. 665-683.

Xinhua News Agency (2019). A Canadian surgeon's red legacy in China Xinhua News Agency dated December 21, 2019, URL: http://www.xinhuanet.com/english/2019-12/21/c_138647104.htm (Last Accessed: June 16, 2020).

Xu, X. (2019). Former Ontario Minister sides with Beijing, pins Hong Kong protests on outside forces. *The Globe and Mail*. Retrieved September 15, URL: https://www.theglobeandmail.com/canada/british-columbia/article-former-ontario-minister-sides-with-beijing-pins-hong-kong-protests-on/ (Last Accessed: July 04, 2020, 04:45 AM IST).

Murphy, J. (2016). Trudeau's challenge in China: forging closer ties while remaining wary. *The Guardian*. Retrieved August 29, 2020, URL: https://www.theguardian.com/world/2016/aug/29/justin-trudeau-canada-china-relationship-visit (Last Accessed: July 02, 2020, 02:12 AM IST).

Panetta, A. (2015). World leaders congratulate Justin Trudeau on his win. *The Star*. Retrieved October 20, 2015, URL: https://www.thestar.com/news/canada/2015/10/20/world-leaders-congratulate-justin-trudeau-on-his-win.html (July 04, 2020, 10:23 AM IST).

Porter, J. (2015). *Vertical mosaic: An analysis of social class and power in Canada*. Buffalo: Toronto University Press.

Quote End Quote (2014). What do mainland Chinese really think about Canada? Quote End Quote. Retrieved June 30, 2020, URL: http://quoteendquote.ca/what-do-mainland-chinese-really-think-about-canada/ (Last Accessed: July 02, 2020, 10:27 AM IST).

Rinna, A. (2014). Canada as East Asia intermediary? *The Diplomat*. Retrieved April 09, 2014, URL: https://thediplomat.com/2014/04/canada-as-east-asia-intermediary/ (Last Accessed: June 18, 2020, 09:56 IST).

Robertson, C. (2011). The China question and Canadian interests policy. *Options Politiques*. Retrieved November 01, 2020, URL: https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/continuity-and-change-in-the-provinces/the-china-question-and-canadian-interests/ (Last Accessed: June 16, 2020, 11:56 PM IST).

Shenkar, O. (2006). China's economic rise and the new geopolitics. *International Journal*, Vol.61(2), 313-319. (Last Accessed: 16 June 2020 15:22 PM IST).

Spykman, N. (1938). Geography and foreign policy, *The American Political Science Review*, Vol. 32 (1) pp. 28-50.

Stephens, H. (2012). Harper brings home the Pandas. *The Diplomat*. February 16, 2012, URL: https://thediplomat.com/2012/02/harper-brings-home-the-pandas/ (Last Accessed: June 16, 2020, 15:56 IST).

Sterling, H. (2017). Opinion: Trudeau learns hard lesson on a disappointing trip to China Vancouver Sun. December 06, 2017, URL: https://vancouversun.com/opinion/op-ed/opinion-trudeau-learns-hard-lesson-on-disappointing-trip-to-china Last Accessed: July 04, 2020, 03:29 AM).

Tiagi, R. & Zhou, L. (2009). Canada's Economic relations with China. *Studies in Chinese Economic Policy Canada*: Fraser University Press URL: https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/EconomicRelationswithChina.pdf (Last Accessed: June 22, 2020, 03:34 AM).

Lee-Anne Goodman (2014). Harper signs $2.5 billion in trade deals with China; tensions remain Maclean's. Retrieved November 08, 2014, URL: https://www.macleans.ca/news/canada/trade-deals-as-tensions-with-china-continue/ (Last Accessed: June 26, 2020, 12:46 PM IST).

Lackenbauer, P. W. and Ryan D. (2016). *Canada's Northern strategy under Prime Minister Stephen Harper: Key speeches and documents, 2005-15*. Calgary, Canada: University of Calgary Press.

Li, J. (2001). Expectations of Chinese immigrant parents for their children's education: The interplay of Chinese tradition and the Canadian context. Canadian *Journal of Education / Revue canadienne de l'éducation*, Vol. 26,(4), pp. 477-494 URL: http://www.jstor.com/stable/1602178

Ling Lo, V. P. (2011). *The politics of soft power in Sino-Canadian relations: Stephen Harper's visit to China and the neglected Hong Kong factor in the China challenge: Sino-Canadian Relations in the 21st Century*. Ottawa: University of Ottawa Press.

Lui, A. (2013). *Why Canada cares? Human rights and foreign policy in practice*. London: McGill's-Queens University Press.

Luttwak, E. N. (1990). From geopolitics to geo-economics: Logic of conflict, grammar of commerce. *The National Interest* (20) 17–23.

Luttwak E.N. (1999). *Turbo-capitalism: Winners and losers in the global economy*. New York: Harper Collins Publishers.

Mackinder, H.J., (1904). The geographical pivot of history. *The Geographical Journal*, Vol. 23, (4), 421-437.

Mahan, Alfred T. (1890). The *influence of sea power on history: 1660–1783*". Little, Brown and Co., USA.

Manthorpe, J. (2019). Claws of the Panda: Beijing Campaign of Influence and Intimidation in Canada (Ottawa: Cormorant Books Inc.).

Moravscik, A. (1997). 'Taking preferences seriously: A liberal theory of International politics. *International Organization*. Vol.51 (4) pp. 513-53.]

Mulroney, D. (2015). Election commentary: Canada's relationship with China. *The Star*. Retrieved September 28, , URL: https://www.thestar.com/opinion/2015/09/28/election-commentary-canadas-relationship-with-china.html Last Accessed: June 18, 2020.

Munk School of Global Affairs, University of Toronto (2015) Canadian business presence in China: A closer look Munk School of Global Affairs, March 31, URL: https://www.ccbc.com/wp-content/uploads/2015/05/Munk-CanAsia-Map.pdf (Last Accessed: June 26, 2020, 12:56 PM IST).

His Holiness the Dalai Lama (2006). Dalai Lama's visit to Canada draws strongr from the Chinese Gov. His Holiness The Dalai Lama December 28, 2012, URL: https://www.dalailama.com/news/2006/dalai-lamas-visit-to-canada-draws-strong-reaction-from-the-chinese-gov (Last Accessed: June 17, 2020, 21:34 IST).

Human Rights Watch (2020). China's global threat to human rights watch. URL:https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/global#4af1f5 (Last Accessed: June 26, 09:52 AM IST).

Hgo, T. (2016). Canada has a stake in the South China sea dispute: Senator Hgo Senate of Canada. dated November 29, URL: https://sencanada.ca/en/sencaplus/opinion/canada-has-a-stake-in-south-china-sea-disputes/ (Last Accessed June 27, 2020).

Huntington, S. (1993): Why International primacy matters. *International Security*, Vol.17 (4): pp. 68–83.

Human Rights Watch (2020). Liu Xiabo human rights watch. URL: https://www.hrw.org/tag/liu-xiaobo (Last Accessed: June 22, 2020, June 02 12:34) .

Invest in China (2013). Company law of the people's republic of China (Revised in 2013) URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html (Last Accessed: June 23, 2020)

Jianfeng, L. (2019) Global 5G: The Cost of doing business. *China-India Dialogue*. Vol.14(2), pp. 26-29.

Kay Lee, 2017 'Humiliation day': July 01 has added meaning for some Chinese-Canadians CBC dated June 29, 2017, URL: https://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/humiliation-day-chinese-canadian-head-tax-exclusion-act-july-1-1.4175025 (Last Accessed: June 16, 2020, 15:56 IST).

Kawasaki, T. (2016). Where does Canada fit in the US-China strategic competition across the Pacific? *International Journal*, Vol.71(2), 214-230. Retrieved June 29, 2020, from www.jstor.org/stable/44631182.

Keohane R. & Nye J. (2001). *Power and interdependence*. London: Longman Pearson's.

Kilpatrick, S. Chase, S. & Vanderklippe, N. (2017). Trudeau leaves China with a defence of Western media, but no progress on trade talks. *The Globe and The Mail*. Retrieved December 07, 2017, URL: https://www.theglobeandmail.com/news/world/trudeau-leaves-china-with-a-defence-of-western-media-but-no-progress-on-free-trade/article37233981/ (Last Accessed: July 04, 2020, 03:45 AM IST).

Dumont, M. (2020). Trade and investment profile: Canadian trade and investment activity: Canada–China Parliament of Canada [URL: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/TradeAndInvestment/2018588E] Last Accessed: June 25, 2020.

Dupont, S. (2007). China's war on the "Three Evil Forces" *Foreign Policy*. Retrieved July 25. URL: https://foreignpolicy.com/2007/07/25/chinas-war-on-the-three-evil-forces/ Last Accessed: June 29, 2020, 13:23 IST.

Friedman, G. (2020). The Canadian geopolitical dynamic geopolitical Futures. Retrieved February 24, URL: https://geopoliticalfutures.com//pdfs/the-canadian-geopolitical-dynamic-geopoliticalfutures-com.pdf (Last Accessed: June 26, 09:52 AM IST).

Fukuyama, F. (1992). *The end of history and the last man*. London: Penguin Books.

French, H. (2017). *Everything under heavens: How the past helps shape China's push for global power*. London: Scribe.

Government of Canada (2017) Canada announces new partnerships with China to grow shared prosperity Government of Canada news release. Retrieved December 04, URL: https://pm.gc.ca/en/news/news-releases/2017/12/04/canada-announces-new-partnerships-china-grow-shared-prosperity (Last Accessed: July 01, 2020, 2:46 AM).

Gagné, J.F. (2007) *Geopolitics in a Post– Cold war context: From geo-strategic to geo- economic considerations?* Étude Raoul- Dandurand. 15, University of Quebec, Montreal.

Gilley, B. (2011). Middle powers during great power transitions: China's rise and the future of Canada-US relations. *International Journal*, 66(2), 245-264. Retrieved June 18, 2020, from www.jstor.org/stable/27976092 (Last Accessed: 20:17 IST).

Global Times (2020). Ruling on Meng shows Canada lost judicial, diplomatic independence to US bullying: experts Global Times. URL: https://www.globaltimes.cn/content/1189734.shtml (Last Accessed: June 17, 2020, 21:56 IST).

Government of Canada (2020). Canada-China relations government of Canada (URL https://www.canadainternational.gc.ca/china-chine/bilateral_relations_bilaterales/index.aspx?lang=eng) Last Accessed: June 17, 2020, 21:34 IST.

Han, B. (2015). What Canada's leadership change means for Asia. *The Diplomat*. dated October 26, 2015, URL: https://thediplomat.com/2015/10/what-canadas-leadership-change-means-for-asia/ (Last Accessed: June 17, 2020, 22:56 IST).

Canadian Broadcasting Corporation (2019) Chrétien willing to visit China to talk trade and negotiate for the release of detainees: spokesperson Canadian Broadcasting Corporation. URL: https://www.cbc.ca/news/politics/chretien-china-mulroney-reaction-1.5166536 (Last Accessed: 20:17 IST).

Canadian Census Records (2016). Focus on geography: 2016 Census Statistics Canada/ Statistique Canada URL: https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/fogs-spg/Facts-can-eng.cfm?Lang=Eng&GK=CAN&GC=01&TOPIC=7 (Last Accessed: July 04, 04:45 AM IST).

CBC (2009). Alberta's Uighur community calls for an end to violence in China CBC News July 08, URL: https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/alberta-s-uighur-community-calls-for-end-to-violence-in-china-1.793157 Last Accessed: 21:11 IST) .

CBC (2013). Exiled Tibetans start a move to Canada under resettlement plan CBC News. Retrieved November 29, URL: https://www.cbc.ca/news/politics/exiled-tibetans-start-move-to-canada-under-resettlement-plan-1.2445180 (Last Accessed: June 29, 2020, 13:55 IST) .

China Global Times (2016). For Canada's Trudeau, rebuilding ties with China is priority China Global Times. Retrieved August 31, 2016, URL: http://www.globaltimes.cn/content/1003843.shtml Last Accessed: July 04, 2020, 02:21 AM IST).

Chinese Constitution (2020) URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn147en.pdf Retrieved (29 June, 13:05 PM IST).

Cowen, D. & Smith, N. (2009) After geopolitics? From the geopolitical social to geoeconomics antipode 1: pp. 22–48.

DeCastro, R. C. (2000). Whither geo-economics? Bureaucratic Inertia in US Post– Cold War foreign policy toward East Asia. *Asian Affairs* 26,(4): 201–222.

Deng, D. & Larkin, S. (2017). *"Not just based on land": A study on Tte ethnic Tibetan community in Toronto.* Electronic Thesis and Dissertation Repository University of Toronto URL: https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=6923&context=etd Last Accessed: June 25, 2020.

Dobson, W. & Evans, P. (2015). Why Canada needs a new approach to China. *The Globe and the Mail*. Retrieved November 17, 2015, URL: https://www.theglobeandmail.com/opinion/why-canada-needs-a-new-approach-to-china/article27293308/ Last Accessed: 01:08 AM IST.

Bibliography:

Adelman, H. (2002). Canadian Borders and Immigration Post 9/11. *The International Migration Review*, 36 (1), 15-28. Retrieved July 04, 2020, from www.jstor.org/stable/4149524.

Amnesty International UK (2019). 1989 Tiananmen square protests amnesty International UK. Retrieved May 31, 2019, URL: https://www.amnesty.org.uk/china-1989-tiananmen-square-protests-demonstration-massacre (Last Accessed: June 30, 2020, 01:35 AM IST).

Asia Pacific Foundation of China (2015) National opinion poll: Canadian views on Asian investment, Asia Pacific Foundation of China. Retrieved June 2015 URL: https://www.asiapacific.ca/sites/default/files/filefield/national_opinion_poll_2015_final_pages_0.pdf (Last Accessed: June 30, 2020, 02:32 AM IST).

Austin, I. (2017). In Canada, Justin Trudeau says refugees are welcome. *The New York Times*. Retrieved January 28, 2017, URL: https://www.nytimes.com/2017/01/28/world/canada/justin-trudeau-trump-refugee-ban.html (Last Accessed: June 18, 2020, 02:32 AM IST)

Baldwin, D. A. (1985). *Economic statecraft*. Princeton, NJ: Princeton UniversityPress.

Blackwill, R. D. & Harris, J.M. (2016). *War by other means: Geo-economics and statecraft*. Cambridge, Mass.: The Benklap Press.

Brar, A. (2017) Canada's Pivot to China hits a snag the Diplomat. Retrieved December 11, URL: https://thediplomat.com/2017/12/canadas-pivot-to-china-hits-a-snag/ (Last Accessed: 02:58 AM IST).

British Broadcasting Corporation (BBC) (2020). Michael Kovrig and Michael Spavor: China charges Canadians with spying British broadcasting corporation. Retrieved June 19, URL: https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53104303 (Last Accessed: July 04, 03:44 AM IST).

Babić, B. S. (2009). Geoeconomics— reality & science. Megatrend Review 6, no. 1: 32, URL: https://www.megatrendreview.naisbitt.edu.rs/files/.../Megatrend%20Review%20vol%2006 -1-2009.pdf. (Last Accessed: July 04, 2020, 14:56 IST).

Burton (2004). *The Canadian policy context of Canada's China policy since 1970 in The China challenge.* eds. Cao, H. & Vivian, P. Buffalo: University of Ottawa Press.

The Trudeau administration has only carried this legacy forward and strengthened Canada's image as a flag bearer of human rights. In fact, unlike previous administrations, who paid mere lip service to the cause of human rights, Trudeau has stuck his ground on this issue and many others. China, on the contrary wishes, has stuck to its core policies of Tienxia and its foreign policy mechanism, where the Communist Party of China and its close rung of leaders take important policy decisions for the world's most populated country.

This current issue has ensured that, for the time being, trade between the two countries has taken a back seat. However, it is hoped that the impasse will get resolved through proper diplomatic channels, and Canada and China will renegotiate the trade deal in the future with greater wisdom. Trade can ensure a win-win situation for both Canada and China, and eventually, geoeconomics will have salience over geopolitics in this growing partnership.

This current impasse is a result of China's revisionist strategy in the East Pacific and North America. China wishes to become the 'new hegemon' of the international system, and its actions are directed to that outcome. China's security objectives are aimed at weakening the United States of America (USA) and the liberal world order while pushing for its own stupendous rise. Therefore, the role of the United States remains vital within the larger Canada-China dynamic. However, Canada wishes the betterment of ties between all stakeholders, including the United States. Morally and ethically, Canada has chosen to remain loyal to the existing liberal global order and wishes that one day China would accept the provisions of the existing order for the betterment of humanity.

'Canada-China Year of Tourism". Though the visit was viewed as a "steppingstone" in negotiating a Free Trade Agreement (FTA) between Canada and China, the visit made the glaring divide in the Canadian and Chinese thought process public.

The Canadian and Chinese authorities discussed the old issues of trade and investment, human rights, et al. without much progress in the talks leading to grave disappointment. (Brar, 2017) The press censorship that followed his trip made the Canadians wary of the Chinese's intentions as Prime Minister Trudeau supported the Canadian press and applauded their efforts. He remarked that "The (Canadian) media played an essential role in the success of society." These comments came in retaliation after an article was published in the Chinese media flatly critiquing the Canadian media. (Kilpatrick, Chase Vanderklippe: 2017, Sterling: 2017)

The meagre deliverables achieved during Trudeau's visit, China's human rights violations have been followed by the "Meng Wanzhou affair" and "the subsequent detention of Michael Kovrig and Michael Spavor by China" that have significantly contributed to the decline of Canada's ties with China. The relationship between Ottawa and Beijing may be at an all-time low, with both parties squabbling at regular intervals at all levels.

The arrest of Meng Wanzhou, the Chief Financial Officer of telecom giant, Huawei, and a Canadian Permanent Resident at the behest of the Trump government has irked China beyond words, and it has quickly retaliated with the detention of "the two Michaels" - Kovrig, a former diplomat and Spavor, a Canadian businessman on charges of spying. (British Broadcasting Corporation, 2020) The arrest of Meng Wanzhou and the detention of two Michaels has become an issue of "high politics" with both parties not willing to give an inch so far. The matter lies unresolved as trade ties lie in tatters. The Chinese may be practicing "warfare by other means" as they attempt to consolidate their position in the 'virtual global order.' The Chinese state has vested interests in its SOEs and international companies, and Huawei is no exception to the rule. (Luttwak, 1990: 128) Therefore, peace-building measures need to be put in place to ensure that this conflict does not escalate into a full-blown crisis.

11. Results and Conclusion

The impasse created by these events have revealed the fragile nature of the Canada- China relationship and brought the core issues to the foreground. Canada wishes to trade with China on condition that it will follow the international order's existing principles on crucial issues like human rights, free trade, the environment and climate change, something that we have seen from the time of Jean Chrétien and Stephen Harper in the post-cold war era.

The Justin Trudeau era can be divided into two phases, like that of his predecessor Stephen Harper. The existing media reports are used to build an understanding of this ongoing era since the media has proved to be an essential influencer in this phase of the Canada-China relationship:

2015-17: This short phase saw Justin Trudeau's ascension to power and the resultant expectations related to the Canada-China relationship that surrounded his ascension. The first phase can be described as a phase of "cautious optimism" that involves positive rhetoric. During this phase, there were talks in the journalistic circles that a "new kind of Canada-China relationship" should see the light of the day under Justin Trudeau's leadership. There was a discussion about "a collaborative relationship that complemented existing economic interests" between Canada and China while Canada "secured its role as a proactive middle power which protected Canadian interests." (Dobson & Evans, 2015) The Chinese government also expressed its willingness to engage with the Trudeau Junior's government with renewed vigour. (Panetta, 2015)

The world watched with bated breath as Canadian dynamic and young Prime Minister was ready to visit China and provide a new and glorious direction to this relationship. The British News Study the Guardian, for example, spoke about the cautious approach adopted by both governments while noting jubilantly that, "Trudeau's Liberal party was billing this first official visit as an opportunity to build a closer long-term relationship with China compared with what party members call the "ad hoc" relations of the past." (Murphy, 2016)

Trudeau went to China to build a "stronger" and "deeper" relationship with China as he felt it was essential for Canada's growth. He even spoke fondly about his visit to China as a child when he had visited the country with his father, Pierre Trudeau, who was instrumental in establishing Canada's ties with China. (Global Times China, 2016)

However, the outcome of his visit left much to be desired, and the ties between Canada and China began to deteriorate after this visit. The cautious optimism that had accompanied his visit gave way to speculation about a current lack of trust that symbolized the relationship paving the way for the second phase of the relationship between Canada and China that exists to date. This phase is a difficult and tenuous phase, where the relationship between China and Canada has declined greatly. The last camel that has broken the camel's back is the "Meng Wanzhou affair," which has destroyed all the superficial bonhomie that existed between Canada and China in the initial phase of the relationship.

2017-19: Justin Trudeau's visit to China in 2017 did not live up to the expectation levels despite Canada joining China-led Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) in 2017. There were hardly any major takeaways from Trudeau's much-publicized visit to China except 2018 being declared the

attached to their Chinese roots and culture. They are educated and have risen to the highest echelons of society. However, a sizable population in recent years has not benefited from having a strong educational profile, and their incomes do not match their educational skills. (Li, 2001: 479) Prominent Chinese Canadians include, for example, Michael Chan, a Liberal politician from Ontario Province in Canada who has also served as a Member of the Legislative Assembly between 2007 and 2018. Though he is a Canadian national, he was siding with the Chinese on the Hong Kong issue, openly stating that foreigners instigated the violence in Hong Kong. This statement was in line with the statement made by the Chinese government. (Xu, 2019) The Canadian Chinese diaspora, therefore, does retain ties with the 'home country.'

The Chinese Canadians are 'Canadians with Chinese characteristics.' They value their educational skills. This aspect of their life is in keeping with Confucian traditions. Immigrant parents want their children to study to improve their status within society and acquire prestige. (Li, 2001: 490) Interestingly, the Chinese state has kept a hawk's eye watch on the Chinese diaspora. The CCP has often kept an eye on these overseas Chinese (Huaqiao) for their overtly liberal views. The local Chinese officials have a two-pronged strategy in managing the diaspora, on the one hand, they intimidate and harass members of the diaspora to protect the interests of the Chinese state, while on the other hand, they develop cultural relations and sporting ties with them for the 'good' of the Chinese nation.

Interestingly, the wishes of the non-ethnic Chinese have also become a target of the CCP's agents in the past. (Manthorpe, 2019: 175-77) The Confucius Institutes also have a similar role in propaganda management. (Manthorpe, 2019: 192) While China has continued to support its propaganda, the Canadian state has embraced the Chinese. Discrimination exists, but it is covert, and the concept of equal participation does exist in Canadian society, and Chinese Canadian parents want their children to have a better life through quality education' in Canada. (Li, 2001: 491) The diaspora population is rising within Canada as Canada chooses to remain an "open" country.

10.Canada-China Relations (2016-2020)

Prime Minister Justin Trudeau assumed office in October 2015. He came to the fore with widespread popular support and a belief that he would turn things around for Canada, especially domestic matters.[1] China was not a foreign policy priority for him in the beginning. However, it was expected that Trudeau Junior, like his father Pierre Trudeau, would attempt to establish a strong political and economic relationship with China and bridge the existing gaps with China.

(1) No discussion of Justin Trudeau's domestic policy is done here since it is outside the purview of this Study.

where the new great power rivalries will play out. At the same time, though, Canada can play the role of mediator as well with great sagacity.

Canada can see China's rise as an opportunity and not as a potential threat through engaging with China on a host of issues with the US in the toe. Issues like the Arctic governance, Japan and the South China Sea (SCS) can bring Ottawa and Beijing closer. Kawasaki has noted that Japan is a powerful state in Asia that Canada trusts. Therefore, Canada can leverage its relationship with Japan and resolve age-old issues like the South China Sea.

China can be possibly brought into the "US-led maritime global partnership" to resolve the South China Sea conflict. (Gilley, 2011: 256-260) Nevertheless, if the present scenario persists, it is quite possible that Canada will not engage with China on the South China Sea and will instead focus on less controversial areas like the environment where the Chinese and the Americans are on potentially the same page. (Han, 2015) According to Ling Lo, Canada will find its way through this conundrum, but it must continue to strengthen Western democratic principles by "supporting the just cause of human rights while seeking better ties with China" while being under the western sphere of influence. (Ling Lo, 2011)

9. The Chinese Diaspora in Canada

An important stakeholder in this bilateral relationship is the average Chinese Canadian who has been covertly missing from the conversation so far. These average Chinese Canadians are mostly allies of the Canadian state and came to Canada to get a better life. There are others who came to Canada for the construction of the Trans Canadian Railroad in the 1880s. The surge in missionary activity also connected the Canadians and the Chinese.

Then, there are those Chinese citizens who have entered the country as "refugees" like the Tibetans and the Uighurs and the Falong Gong, a controversial religious group from China. (Manthorpe, 2019) As per the 2016 records, it is believed that 5.1% of the Canadian population, i.e. 1,769,195 Canadians are of Chinese origin. Most Chinese Canadians live in Ontario and British Columbia. (Canadian Census Records, 2016) The Chinese Canadians have a rich history of their own, with the earliest Chinese arriving on the west coast of Canada in 1858. The gold rush (1858-1880), followed by the railway construction period (1881-85), saw Chinese participation. This ethnic community also faced discrimination due to the imposition of 'head tax' (1885-1923), followed by the infamous exclusion era (1923-1947).

The history of Chinese immigration within Canada is a rich kaleidoscope of information. In the year 1967, the Canadian state opened its door to skilled, educated migrants who saw an influx of Chinese immigrants. Over the years, Chinese Canadians have contributed to the 'Canadian way of life' and richly contributed to the growth and development of the Canadian nation while being

operation on Border Security and Regional Migration Issues further demonstrate the depth of the Canada-US bilateral relationship. (Adelman, 2002: 27)

On the contrary, China is a resident hegemon in the Asian context where it is spreading its wings and branching out in all directions, be it economics, trade or finance, to name a few. This has led to the creation of a triangular relationship between the three; the leader of the unipolar world order, the United States, middle power Canada and revisionist power China. The United States and China have become competitors in traditional and non-traditional security realms. The real battle for influence for these three will be in Asia, particularly in East Asia (Gilley, 2011) and the strategically vital South China Sea, where China and the United States have been traditional claimants, but Canada has a stake in the conflict too. The Canadians just like the United States want the Chinese to toe the line and follows the United Nations Conventions on the Laws of the Sea (UNCLOS) (Hai Ngo, 2016) China wants to ensure its control over East Asia and wants to drive the US out of this region to become a formidable Asian power. (Kawasaki, 2016)

Another realm of competition where the conflict between the United States and China is playing out is in the realm of trade and cybersecurity. The issue of trade and investment has been touched upon previously. However, these issues have had large-scale consequences for Canada in recent years with the 'Huawei issue' complicating the delicate ties between Canada, China and the United States. China has an advantage over western nations in the implementation of 5G since its deployment in China is being undertaken by the government. While 5G construction in Europe and the United States is being managed by telecom enterprises where monetary resources are scarce, the government-led initiative of the Chinese is cash-rich, and it is based on the idea that "present costs will benefit the future generations." (Jianfeng, 2019)

In such a context, Canada becomes a stakeholder in the strategic competition between the United States and China. Canada realistically should continue to align with the United States and follow a pro-US policy. Since it seeks greater economic engagement with East Asia but follows an ambiguous security policy in the region, the chances are that it can get the membership of the East Asian Summit with the help of the United States. (Kawasaki, 2016)

China's rise may lead to a "re-convergence of US-Canada relations" since China is an illiberal rising power whose existential ideology is at odds with what the United States and Canada have traditionally stood for a liberal, rule-based international order. Moreover, China's propensities leave little scope for band wagoning behind it as far as Canada is concerned since Canada’s identity is traditionally linked to Europe and the United States. Furthermore, China's rise may lead to Canada's decline as an influential entity, especially in East Asia,

mandatory for its companies to act on behalf of the government and protect the Chinese state's interests. Articles 16 pertaining to "State Enterprises" and Article 18 pertaining to "Foreign Enterprises" make it mandatory for such entities to abide by the Chinese state's principles. (Chinese Constitution)

Similarly, specific provisions of the Companies Law of China, Article 19 of the Act makes it mandatory that "In a company, an organization of the Communist Party of China shall be established to carry out the activities of the party in accordance with the charter of the Communist Party of China. The company shall provide the necessary conditions for the activities of the party organization". (Invest in China, 2012) This provision may not be amenable to the interests of many western countries who view the party's role as complicated and untenable within the existing business circles. At the same time, trade deficits in the Canada China business partnership consistently dent the potential of this relationship. On a visit to Taipei, Prime Minister Stephen Harper made a veiled reference to China and spoke about the existing trade deficits referring to the "large and growing imbalances with the Chinese market that were driven by the fact that we (Canada) have grossly unequal market access."

As per reports in the Global Mail, China posted a trade surplus with Canada of $47.9 billion, while its trade surplus with the United States stood at US$378.6 billion in 2018. This has made the establishment of a fair and equal trading relationship between Canada and China a reasonably difficult proposition. (Vanderklippe, 2019) However, despite these visible issues, Beijing enjoys an extremely profitable relationship with most countries, including the United States. Canada also has a significant opportunity to renew trade contacts with China and benefit from this Asian giant.

8. Canada and China: The US Factor

Canada and the United States have shared a relationship that is based on mutually acceptable liberal values, and being a middle power, Canada has consistently relied on the United States as a strategic partner. Despite the presence of a significant US population, Canada will likely remain aligned to the United States. In fact, Canada continues to remain within the US sphere of influence due to its location. Despite Canada's large size, its population and industrial centres of power are located close to the US border in the south-eastern part of the country.

This anomaly affords Canada less protection than the smaller stretches of United States territory since its centres of power lie well behind the border. (Spkman, 1938: 32) The United States is the resident hegemon in North America, and Canada falls within its influence. Canada is treaty-bound to protect the interests of the United States. For example, the Chrétien-Clinton Canada USA Accord on Our Shared Border and the Joint Statement of Co-

Similarly, 39% of Canadians feel that "increased trade" with Japan will benefit Canada.

On the contrary, Chinese investment is viewed negatively, with 48% of Canadians asserting that Chinese investment will lead to "loss of control over Canadian resources." Interestingly, despite the low trading figures between the two countries, Canadians assume that Canada is allowing too much investment from China. The Canadians are also skeptical about investments coming into Canada from state-owned enterprises. (Asia Pacific Foundation of China, 2015) On the contrary, the Chinese have a vague understanding of Canada and its way of life. The Mainland Chinese mostly associate China with symbols like the "maple leaf," the TV programme "Bye! Vancouver" and "natural beauty." Most people living in Mainland China view Canada as a destination for travel, immigration, or education. (Quote End Quote, 2014)

While this negativity persists, an air of optimism also exists at the same time. Both China and Canada are committed to a free trade deal that "will benefit both sides." It is positively noted that "Canada and China are working to build a stronger, more stable relationship to create good, middle-class jobs and more opportunities for people in both countries." (Government of Canada, 2017) Canadian and Chinese companies have a presence in each other's backyards. A formidable Canadian presence in the clean-clean-tea industry has been seen with 47% of companies from Ontario working in China. Canadian companies have a bulk of their presence in the service sector with 24% presence across China, followed by Information and Communications Technology (ICTs) and education sector, which stands at second and third positions, respectively. (Munk School of Global Affairs, 2015)

Chinese companies also have a significant presence in China, and these companies have complete access to Canadian shores. However, a discussion on business and investment is incomplete without considering the Chinese State-Owned Enterprises (SOEs). These SOEs are present in almost every sector of the Chinese economy, and the government has significant stakes in these companies. SOEs exist in the agriculture, aerospace and military, metallurgy, iron and steel, and shipping and tourism sectors.

However, since these companies have a nexus with the government, it is difficult to decipher the level of government influence they have to deal with regularly. As a result, liberal states like Canada find it difficult to work with illiberal states like China due to the existing bottlenecks. (University of Alberta, China Institute, 2018) The Meng Wanzhou affair needs to be understood in this context. Like other countries, Canada understands that the government interferes with the functioning of Chinese companies and uses these companies as ploys to gain access to sensitive data and information of citizens. Chinese law makes it

While the Canadian media supports human rights, it has also become a part of China's foreign policy apparatus.

7. Canada China Economic Relations

Canada and China share a robust economic relationship, and Canadians recognize that China is important economically. Both the states are members of the United Nations, the World Trade Organisation, among others. Canada and China have also established notable Trade and Investment Partnerships between them, namely, the Canada–China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement in 2014, as mentioned before. Similarly, organizations like the Canada China Business Council have a substantial role in creating a conducive environment for business ties to flourish. Both parties are exploring the possibility of a Canada China Free Trade Agreement.

Since the end of the Cold War, Canada has viewed China's economic rise with positivity and has sought inspiration from the Chinese. Canadian investments in China have increased by approximately 300% from 1998 to 2007. Compared to this, China's investments in Canada have increased by approximately 170% over the same period. Canada's services in trade with China has also grown, although by a much smaller proportion. For example, services trade grew from approximately 1% of Canada's total services trade in 1998 to 1.2% in 2005. (Tiagi & Zhou, 2009: 2) In 2017, China was the second-largest merchandise trade partner and fifth-largest services partner of Canada's services partner.

Both countries have entered a robust relationship in the realm of trade and commerce. While cellular telephones and laptop computers, together accounted for 16.0% of the total value of Canadian imports from China, canola seeds and wood pulp, together accounted for 21.4% of the total value of Canadian exports to China. Thus, commerce has guided the relationship. (Dumont, 2020) However, despite the real potential in the realm of commerce, Canada has been treated with 'warm condescension that it reserves for weak clients.' (Gilley, 2011) This attitude has stopped the Canadians from engaging with the Chinese on the potential Free Trade Agreement (FTA), while average Canadians continue to be skeptical of the Chinese. The Global News Network reports that the Canada- China trade deal is a non-starter for now since both the nations' economic and political ideologies are incompatible. (Vomiero, 2019)

It was believed that as China would grow economically, the middle class within China would demand its right within the country; however, this self-serving prophecy has not proved to be true. (Human Rights Watch, 2020) Canadians have generally come to support investment from Asia, especially Japan, with 66% Canadians associating "newer technology" with Japan.

international advocate of human rights' though its 'contribution to the creation of the human rights regime was not substantial.

It is viewed through the prism of ‘theoretical eclecticism’ (Li, 2012: 165) The leadership in Canada has been supportive of human rights issues despite trade often trumping human rights in the Canadian context. Jean Chrétien, a Canadian politician who supported Canada's trade overtures to China, started a dialogue on the issue of Human Rights with China in 1997. The likes of Stephen Harper took the issue up with greater seriousness while Justin Trudeau is a champion of human rights.

Canada has, therefore, followed a fairly consistent approach to the human rights issue. As pointed out before, the Harper government has been critical of China on human rights issues. In fact, the Dalai Lama had requested the Harper government to accept Tibetan refugees into Canada during his visit to Canada. Interestingly, Tibetan refugees had set foot on Canadian soil for the first time in 1972 when they were resettled in Canada. (CBC, 2013) For example, the Tibetans have now created a 'home' in Canada, and their 'lived experiences' have been recorded to understand their lives in Canada. (Deng & Larkin, 2017) While China has continued its excesses against the Uighurs in Xinjiang, it is Canada, Canada has provided safe passage to the Uighurs.

Refugee populations have thus come to see Canada as a haven. Despite gaining independence in 1938, the people of Eastern Turkistan (Xinjiang) were brought back into the Chinese fold by Mao's China, and their struggle for independence has continued unabated. (CBC News, 2009) In the present context, the Uighur issue has grown to be a massive human rights challenge for not just Canada but also the world with reports suggesting that the "internments camps" hosting a large section of the Uighur population who are ill-treated and forced to 'change their behaviour' in accordance with the state's wishes. These "internment camps" were now "at the heart of the crackdown was an endorsement of more intense indoctrination programs in Xinjiang's prisons." (Ramzy & Buckley, 2019)

Canadians have followed a fair policy regarding human rights issues and have welcomed refugees at all points. A great example of the same is Justin Trudeau's policy on the Syrian refugees. While the Syrian issue cannot be discussed within the outlines of this Study, fleeting yet significant mention of Trudeau's policy on Syria rightfully provides a backdrop to the human rights issue and sums up Canada’s role as a ‘protector of human rights.' In fact, he has welcomed Syrian refugees with open arms. (Austin, 2017) At the end, when an appraisal is done on the human rights issue, it is clear that the Canadian diplomatic efforts to improve China's human rights record are not working.

6. Canada and Human Rights in China

The United Nations states that "Human rights are inherent to all human beings, regardless of race, sex, nationality, ethnicity, language, religion, or another status. Human rights include the right to life and liberty, freedom from slavery and torture, freedom of opinion and expression, the right to work and education, and many more. Everyone is entitled to these rights, without discrimination." (United Nations, 2020) The human rights situation in China has been precarious from the beginning. Right from the outset, the Chinese state had an erroneous human rights record. It sought ‘to dominate foreigners in China’ so that the Chinese state could ‘smash the image of the intrinsic superiority that had taken root in the Chinese psyche since the British began the wholesale European scramble to access China in the 1840s’ (Manthorpe, 2019: 129)

The Anti-Rightist Campaign (1957-58) and the Cultural Revolution (1966-76) saw a terrible massacre being committed on the citizens of China by the state. Imprisonment, torture, brutal repression, and execution were state sponsored. The massive public admission by China of its own excesses prompted a strong rebuttal from the Carter Administration in 1978, a first by a western power. (Cohen, 1987: 449-51) The Tiananmen Square Massacre, June 1989, also left China bruised in the human rights domain. "Thousands of people were detained, tortured, imprisoned or executed after unfair trials charged with ‘counter-revolutionary’ crimes" according to reports. (Amnesty International, UK: 2019)

As mentioned before, the Chinese have been varied in foreign intervention. The United Nations Human Rights Committee manages human Rights in China, but this is contrarian to the Chinese government's views. China fears the three evils terrorism, separatism and religious extremism, and China has fundamentally often taken steps to control unrest within the country in primarily restive provinces like Tibet and Xinjiang apart from Hong Kong where unification with the Chinese motherland has led to protest by locals. China's fight against the "three structural evils" has led to the Chinese state committing severe human rights violations against its citizens and foreigners alike. (Dupont, 2007) A noted example is a treatment meted out to Noble Laureate Li Xiaobo, who was incarcerated for most of his life in prisons across China. (Human Rights Watch, 2020)

This approach of the Chinese state has made western democracies critical of China. Organizations like Amnesty International and Human Rights Watch have been critical of the Chinese. There is a talk in China that the state is under the grip of a "prosperous dictatorship" (Human Rights Watch, 2019) The Canadian policy on human rights has been (relatively) 'consistent' and 'is a leading

Harper revisited China in 2012 when he famously engaged in what has been termed "panda diplomacy" through which he was famously able to secure a loan of “two pandas” for a duration of ten years, thus sealing the friendship between China and Canada. An agreement between the two countries also allowed the export of Canadian yellow cake directly to China. (Stephens, 2012)

In 2014, the Harper Government in a big push to business ratified the Canada-China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA), which came into force on October 01, 2014. It "created a more favourable and strong regulatory environment for both countries. The agreement helps to lessen legal and licensing, registration and local purchase requirements restrictions in China for Canadian businesses, which have been a barrier for most foreign companies in China in every sector." (Munk School of Global Affairs, 2015)

Interestingly, while signing $2.5 billion in trade deals with China, and fetching lucrative deals with Air Canada and other Canadian entities, Harper did not forget to raise the human rights issue with China. Harper skilfully raised the issue of the imprisonment of Canadian coffee shop owners Kevin and Julia Garrett, among other issues during his visit, thus signalling to China that he would not put his foot down on human rights issues. However, he did not exploit the Hong Kong issue to the benefit of Canada. (Lee-Anne Goodman, 2014)

Thus, Harper's vision for a bilateral relationship with China rested on solid economic foundations, and he reiterated that trade with China was necessary for Canada on several occasions. However, at the same time, the human rights issue continued to be of grave importance to him, and this duality where co-operation and conflict co-existed together came to signify the Harper era. The Harper Government, despite seeking China's hand in friendship, continued to have a frosty relationship with the Chinese administration, mainly on account of China's human rights record. Human Rights was a meaningful pivot of Stephen Harper's policy.

Nevertheless, the Harper administration followed a different pattern on the issue of human rights. While on the one hand, it pushed the Chinese to release Canadian Chinese Husseyin Cecil, it was the only country that did not petition the United States for the release of the prisoners in Guantanamo Bay. Similarly, the Harper government improved Canada's relations with countries like Colombia and other Latin American countries with a dubious human rights record. (Lui, 2012: 180) The Chinese though, were willing to walk the extra mile with Canada to gain access to the Canadian market. However, on the question of human rights, China usually did not pay much heed. (Lui, 2012) Moreover, Canada disappeared from the Asia Pacific security scene. (Welch, 2016) Thus, the Canada- China relationship could not reach its complete potential during the Harper era.

5. Canada-China Relations during the Harper Era (2006-2015)

Prime Minister Stephen Harper's tenure was marked by an "on and off relationship" with China since he was a staunch Atlanticist. His term as Prime Minister can be divided into two phases, one in which he had little or no contact with China (2006-09) and post 2009, where he extended an olive branch to China and revived the relationship.

2006-09: When the Conservative Government took charge in 2006, the human rights issues tore the two countries away from each other. The Canadian state accorded the Dalai Lama honorary citizenship during his visit in 2006. This irked the Chinese government of the time and marred the ties between Canada and China. Beijing was highly critical of this move and even called The Dalai Lama, "a separatist who should not receive such an honour." (His Holiness the Dalai Lama, 2006)

Similarly, the Harper government also stood for Arctic Sovereignty and wanted Canada to have the "capacity for both surveillance and presence over every part of Canada's Arctic territory." (Whitney and Dean, 2016: 4) In a speech, he stated eloquently, "Comme je l'ai dit plus tôt, l'Arctique est une région qui recevra une attention particulière de la part du gouvernement conservateur." (Whitney and Dean, 2016: 4) Unrest in Tibet in 2008 further deteriorated ties as human rights violations continued to be the topic of discussion in Ottawa.

Harper, in fact, urged the Chinese state to exercise restraint in its dealings with the Tibetans. Therefore, the Harper government's focus lay on issues related to the environment, Canadian national security, and, above all, human rights. Such issues were of limited significance to China of the day, and therefore the Harper government had episodic interactions with the Chinese. Harper skipped the opening ceremony of the Beijing Olympics, which was deemed disrespectful by the Chinese. This event hurt the sentiments of the Chinese people. (Ling Lo, 2011)

2009-16: High-level exchanges and economic engagements marked this phase. The ice between Canada and China was broken by the Chinese side when Chinese Foreign Minister Yang Jiechi visited Canada and invited Stephen Harper to visit China. Harper finally visited China in 2009, and the ties between the two countries moved towards revival. Despite being "relatively anti-communist," he attempted to provide a semblance of order to the relationship. This visit was followed by President Hu Jintao's visit to Canada in 2010. This bilateral engagement was a fruitful one where both sides deliberated on crucial political and economic issues like a bilateral trade in high technology products, building ports, telecommunication networks and the "green economy." (Ling Lo, 2011)

ties with the Communist Party of China (CCP) owing to his own admiration of Chinese culture. Nevertheless, despite his proactive stance and his ambiguity on the question of human rights, Jean Chrétien could not convince the Chinese to trade more with Canada 'with Canadian imports dropping to 1.06% in 2003 even though this amounted to 1.61% of Canada's total imports'. Canada also had a massive merchandise trade deficit with China during the Chrétien era.

The China-Canada relationship after the Cold War, therefore, provided opportunities for progress, while more exceptional issues like human rights continued to bog down the people. However, Chrétien's 'quiet diplomacy' paved the way for economic engagement despite the flaws in China's behaviour. (Burton, 2004) This dichotomy came to signify China's engagement with Canada in the 1990s. While Canada harped on human rights, it usually chose to sign the dotted line on trade and investment issues.

4. Impact of 9/11

The 9/11 attacks on the United States completely transformed the security dynamics of the entire world. While the United States strengthened the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) as a security grouping to shape its interests and protect itself from terrorist activities emanating from foreign soils, Canada chose to resolutely support the United States post 9/11.

In fact, Canada sent its troops to fight the Taliban in Afghanistan in the US War on Terror. Over time, this security partnership between the United States and Canada has grown significantly both in the traditional and non-traditional security realm. China's entry into the World Trade Organisation in 2001 provided both countries with an excellent opportunity to improve their relationship in the realm of trade and investment. Canada had been a member of the WTO since its inception in 1995. However, the 9/11 attacks shifted the focus of the Canadian state. Since it was a close ally and neighbour of the United States, the impact of 09/11 was intimately felt by Canada as well.

Multiple changes occurred at various levels, including changes in the legal codes. The Canadian Evidence Act, Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act followed by The Income Tax Act, and all underwent changes. Privacy also emerged as grey in public discourse. Though the changes were not completely followed. At the same time, close monitoring of the international border was carried out, and there were greater checks on incoming immigrants with The Immigrant Act being amended and included within the purview of the Public Safety Act. (Adelman: 2002, 18-20) Due to added concerns arising out of security needs, other bilateral engagements such as the one between Canada and China did not reach their optimum levels. In fact, Canada continues to support the United States to date in its "War on Terror" campaign.

The innermost circle consists of the senior leaders followed by the Ministries, particularly the Foreign Ministry and other ministries. The third ring includes the "research institutes (think tanks), policy advisory bodies, and universities," followed by the provinces, municipalities and corporations that guide China.

The outer ring is the society and includes the internet, media, blogs, news study and the television. Foreign Policy decision making is controlled by the first two rings. (Shambaugh, 2013:108-09) It is within this backdrop that China has chosen to interact with Canada. On the contrary, Canadians have viewed China as a country that can be an economic partner of Canada and amicably assist in China's economic development.

The end of the Cold War brought massive changes to the world. It also brought about massive changes to the dormant Canada- China relationship. The leadership in both countries reoriented the bilateral relationship. The David Mulroney government was at the helm of affairs when the Cold War ended. The ties between the two countries were obscure, and the relationship was warm but distant. Canada was part of the US sphere of influence, whereas China had been part of the opposite camp.

However, with Deng Xiaoping's Four Modernisations and China clocking high growth rates, there was growing interest among all countries to cultivate ties with China. There was a willingness among the Chinese to adhere to the rules of the liberal world order, and most countries saw it as a positive. Canada harboured a similar dream. However, there was a desire to improve ties with China at the highest levels of power. (Robertson, 2011) However, as noted before, a turning point in the relationship was the Tiananmen Square incident.

Canadians had felt that China was undergoing a democratic revolution in 1989 in addition to ensuing violence and massacre that took place. This surge in violence within China was witnessed by Canadians on their television screens, and they consistently grew wary of China in that period. There were repercussions on the economic front as well as "the Canadian government banned sales of military weapons and other goods having military applications," and negotiations with the Chinese ministry for development projects were also put on hold. Despite existing sympathy for human rights causes, interestingly, though, the Chrétien government casually engaged with China. "Team Canada thus visited China on three occasions under Jean Chrétien in 1996, 1998 and 2001, and mutual high-level exchanges between Canada and China went on.

The 2001 mission was devoted entirely to the question of trade and investment. Jean Chrétien believed that "economic opening would produce democratization" in China's case, a point that has proven to be false in the Chinese context so far. Chrétien visited China six times and established close

to both the Atlantic and Pacific Oceans, Canada, just like the United States, is a dominant geopolitical gravity in North America. (Friedman, 2020)

While Canada is a middle power, China is a rising power that functions on the principle of Tienxia and the Middle Kingdom. China considers itself the centre of the world, and its geopolitical ambitions stem from the belief that it is a 'benevolent power' that needs to regain its rightful place in the comity of nations. (French, 2017) Canada and China are both large countries in terms of area. Large states are great powers, and it is the existing centralization that enables these large states to remain steady states. (Spykman, 1938)

China, with its centralized power structure where the Communist Party of China (CCP) governs the country, is well on its way to achieving great power status, whereas Canada, with its inherent multiculturalism, wishes to remain within the US sphere of influence. Canada is a vertical mosaic, and the Anglo-Saxon ethic is well entrenched within the Canadian way of life. (Porter, 1965) It is possible that this understanding drives Canadian geopolitical ambitions.

It is clear from existing definitions that China is a 'revisionist state' while Canada is in favour of maintaining the existing status-quo.' (Weiner, 1973) Therefore, in this murky situation, Ottawa engages with Beijing by employing a comprehensive strategy where it continues to remain a staunch US ally but attempts to achieve its own policy goals vis-a-vis China. (Kawasaki, 2016) Therefore, it is in this context that economic engagement provides the much-needed glue to bolster the bilateral relations between Canada and China.

It could also be argued that while economic ties dominate the relationship, the relationship undergoes specific ebbs and flows due to the impending significance meted out to issues such as human rights, climate change and environment that determine the direction of the relationship. Thus, economic ties between Canada and China are also influenced by the Chinese state's performance on fundamental parameters like the implementation of human rights and acceptance of the liberal world order that Canada holds very dear to itself. This inherent contradiction exists at the very core of the relationship.

3. End of the Cold War: Canada- China Relations

Since the end of the Cold War, while China has grown exponentially, the Chinese have been varied in foreign intervention. For the Chinese state, the Communist Party of China holds complete sway over the functioning of the state, with the Chinese state being virtually run by the Central Politburo Committee. Its understanding of foreign policy fundamentally rests on an understanding of the Five Concentric Circles that mark the Chinese state's Foreign Policy apparatus.

option for trade and investment. (Shenkar, 2006 & Wen, 2016) Like many other western states, Canada also decided to improve its ties with China, and the visit by then Canadian Prime Minister Jean Chrétien to China led to the warming of relations for a brief spell.

Interestingly, former Prime Minister Jean Chrétien is still highly regarded by the Chinese. (Canadian Broadcasting Corporation, 2019) The next decade saw ensuing stress in ties as the Stephen Harper government made affirmative action on human rights a priority, and there was diminished contact between the two countries. Interestingly, former Canadian Ambassador to China David Mulroney had criticized the Stephen Harper government for its "off and on relationship" with China. He felt "Canada's prosperity was linked to China's' and therefore called for a 'smart, principled engagement with China." (Mulroney2015) Prime Minister Justin Trudeau has followed in his father's footsteps and tried to adopt a conciliatory stance towards China after taking office. He made his first visit to China in 2017 to improve trade and investment ties especially in the wake of uncertain prospects over the renewal of the North American Free Trade Agreement (NAFTA). (Han, 2015)

However, the Trudeau government's insistence on the "progressive trade agenda" with a focus on labour standards, gender equality and environmental protectionism proved to be an impediment freezing negotiations. The arrest of Meng Wanzhou over the "Huawei affair" on Canadian soil has added fuel to the fire and negatively impacted this sensitive diplomatic relationship with the Chinese state media severely critiquing Canada for its role in the Meng Wanzhou case. (Global Times, 2020) However, despite these setbacks, Canada understands that China can be a reliable partner in the realm of trade and investment. (Gilley, 2011) At this juncture, it is interesting to note the United States' role in this diplomatic triangle.

2. Geopolitics

Geopolitics is a domain that is all-encompassing and caters to both the terrestrial and maritime control of landmasses. Geopolitics is a traditional area of inquiry seen as central to the understanding of world politics. The 'Heartland Theory' within geopolitics looked at Siberia, and the erstwhile Russian empire as the 'heartland' discussed how this region could become a springboard for domination in the 20th century. (Mackinder, 1904)

It has been suggested that sea power has primacy over land power in wartime and peacetime, and countries had to understand that the idea of grandeur was closely attached to the control of the sea. (Mahan, 1890) A link between geography and foreign policy exists, and the state's location in the world matters in geopolitics. Since Canada is a continental power that has access

populace. However, the activities of the Canadian missionaries came under eclipse culminating in the killing of hundreds of Christian missionaries and their Chinese converts.

The latter half of the 19th and early 20th century saw the importation of labour on a massive scale. These workers were brought in to aid the construction of the railways in Canada. This influx of foreign Chinese workers left the native population and the local politicians unhappy. Eventually, Chinese immigration was curtailed through an act in 1923.

'July 01' in fact came to be celebrated as 'Humiliation Day' by the Chinese Canadians who were forced to pay 'head tax.' $50 per person was initially charged per person but soon rose to $500 as Chinese immigration expanded to a great extent. By 1923, the government of Canada had collected over $33 million in head tax. (Kay Lee, 2017)

The situation only improved when Norman Bethune, a Canadian thoracic surgeon, rendered medical services to the wounded Chinese Communists engaged in a long military struggle against both Japanese invaders and Chinese nationalists. The assistance given by Dr. Bethune set the tone for betterment in relations between Canada and China. Chairman Mao wrote an essay to commemorate his memory. He continues to be regarded and respected by the Chinese to date. (Xinhua, 2019) After all, "A genuine Canadian friend of China is someone who simply wants to foster good relations out of personal regard for both countries." (Manthorpe, 2019: 130)

The Cold War rivalries played out as Canada became a part of it. Due to its leaning towards the western liberal democratic framework, Canada emerged as a natural ally of the United States. Canada did not recognize Communist China at this point, and hostilities in the Korean Peninsula further aggravated the situation. It was only in the 1970s that things started looking up for Canada and China as Canada earned the rare distinction of being the first western country to open up to China in 1970 when Canadian Prime Minister Pierre Trudeau officially recognized the government in Beijing as the legitimate government of the land. Pierre Trudeau visited China in 1973 and was received warmly by ‘dynasty conscious’ China. (Rinna, 2014) He believed that it was imperative to recognize China, especially since it would come to govern a third of humans in the future. Pierre Trudeau knew China better than others as he had visited China in 1949 during the emergence of Maoist China. (Manthorpe, 2019: 160)

Brian Mulroney improved the relations between the two countries further as increased high-level exchanges became the norm. However, the Tiananmen Massacre led Canada to suspend all relations with the Chinese. The end of the cold war saw the establishment of the new unipolar world order and 'the end of history' (Fukuyama, 1992), and China emerged as an attractive

understand that Canada and China are keen to share a robust economic partnership for mutual benefit.

The economic potential of the relationship is enormous, and various aspects of the economic relationship remain unexplored. However, there is an opportunity to take the economic relationship to new heights with an increase in bilateral trade in goods and services, becoming a reality in the near future despite the existing issues in the international order.

6) Outline of the Study

1. Historical Background
2. Geopolitics
3. End of the Cold War: Canada China Relations
4. Impact of 9/11
5. Canada-China Relations during the Harper Era (2006-2015)
6. Canada and Human Rights in China
7. Canada-China Economic Relations
8. The US factor in Canada-China Relations
9. The Chinese Diaspora in Canada
10. Canada-China Relations (2016-2020)
11. Conclusion
12. Bibliography

1. Historical Background

The bilateral relationship between Canada and the People's Republic of China (hereinafter referred to as China) presents a curious mix of enthusiasm and wariness entailing matters of strategic interests to both sides. Canada and China are natural allies who share a symbiotic relationship where similarities and differences continue to exist like two sides of the same coin. The Canadians had their first official contact with the Chinese only in 1942 when Canada sent an emissary to China. Since then, Canada and China have fostered a bilateral relationship that has seen Canada interact with China at the federal, provincial, territorial, and municipal levels. (Government of Canada, 2020)

Christian missionary activity also brought the Canadians and Chinese in touch with each other. The Christian missionaries from Canada undertook their missionary work in relatively poor and remote towns and villages, where they not only preached the gospel but also built and staffed schools and clinics. These efforts of the Canadian missionaries were warmly welcomed by the local

secondary sources, which are created later by people for possible interpretative purposes such as journal and news articles, scholarly books, and other reference sources, have been considered.

The dearth of research on Canada-China relations has appeared as a drawback, and there have been attempts to bridge the gap by comparing and analyzing information available in the public domain. Therefore while scrutiny of the available literature makes it discernible that some studies in the form of official reports, books and articles have been undertaken, an attempt to do an in-depth study from the geopolitical and geo-economic perspective has been initiated on the topic through this study.

The previous research on the subject pertains to historical standpoints that allow ally with Canada and China, i.e. understand the nature of the evolution of the bilateral relationship. While the geoeconomics and geopolitics of the region are understood through the traditional lens, with Mackinder (1904) Mahan (1890) and Spykman (1938) throwing light on the subject, Canada's relationship with China understands through the lens of Kawasaki (2016) and Weiner (1973). Simultaneously, the nature of the Chinese state is understood through French's (2017) explanation of Tienxia and Shambaugh's (2012) explanation of the functioning of Chinese foreign policy. At the same time, Porter explains the Canadian state through the model of the 'vertical mosaic' as we attempt to bridge the gaps in the existing literature and attempt to explain Canada-China's evolution since the end of the Cold War.

But what distinguishes this study is its attempt to study the current Canadian-Chinese relationship from many angles, the most important of which is the geopolitics angle and the rest of the factors that frame relations between countries, such as the economic and humanitarian factors.

4) Results and Conclusion

The trends that will emerge from our analysis will help us to understand that both sides are eager to further their geopolitical interests through geo-economic means. The bilateral relationship between Canada and China is growing at a rapid pace, and the relationship can be strengthened through economic means. Since Canada and China's relationship is diverse, a multipronged approach is required to understand the relationship.

A historical-descriptive study is supported by analysis through the use of data in the archival and published form. Different aspects of the relationship have been researched as well due to the dearth in data on some issues concerning the relationship (for example, the role of the Canadian-Chinese diaspora) The sources of information used for the assessment include, speeches, writings, official and unofficial documents, commentaries and documentaries concerning the relationship. The trends that emerge from this study enable us to

attempting to discuss the same, the study will try to answer the following questions: -

I. What are the main factors that have influenced the Canada-China bilateral relationship?
II. How has geoeconomics trumped geopolitics in the context of the Canada-China relationship?
III. What is the role of the United States in the transformation of the Canada-China bilateral relationship?
IV. To what extent is the influence of the regional or international factors in the present Canada China relations, particularly in the realm of economic relations?
V. Is Canada's ascension in symphony with China's rise as a great power in the 21st century?
VI. What is Canada's pace in the new emerging world order?
VII. How can Canada and China prolong their economic partnership?

3.3) Hypotheses of the study

I. Geo-economics has salience over geopolitics in Canada-China relations, which is considered as the study's main hypothesis. While the following hypotheses are derived from this hypothesis:
II. The United States is a significant factor in impacting the bilateral pattern of political relationship between Canada and China

.

III. China is significant to Canada's prosperity.
IV. Canada is a precious resource of raw material for China; therefore, both are complementary and supplementary to each other.
V. Despite their political difference, both countries are destined to prolong their economic relations on a long-term basis.

3) Literature Review

Relations between China and Canada have attracted considerable attention. This Study focuses on the various aspects of the relationship, including the economic relationship and the impact of human rights. Similarly, the role of the Chinese diaspora is assessed, and the role of the United States in the bilateral relationship between Canada and China is analyzed. For the analyses of the same, both primary and secondary sources have been analyzed. Primary sources provide a first-hand account of the event. For example, primary sources such as speeches of national leaders, statements, government documents, testimonies and official records have been taken into kind consideration. At the same time,

close ally of the United States, despite the political and military conflict of interests between the two countries. Canada will thus engage in a very tacit balancing act in the coming years while navigating through its relationship with China and the United States.

It should be carefully stated that Canada and China continue to share a relationship of significant convergences and divergences despite initiating a robust economic partnership in this century. Liberalism gives importance to individuals and private groups. It is the domestic society and its interests that come to inform state preferences in international society. Liberalism itself has its variants with identity-forming the crux of ideational liberalism. On the contrary, economic exchange is given primacy by commercial liberalism, and internal representation represents republic liberalism. (Moravcsik, 1997)

Neoliberalism focuses on mutual interdependence and co-operation in the international system. (Keohane and Nye, 1977: 3-19) Canada has adopted a neorealist framework in dealing with China, where convergences and divergences will form a part of this relationship.

3.1.) The methodology of the study

The conventional techniques of research (Historical, Comparative and Analytical) are relied upon to understand the changing nature of this burgeoning relationship. Moreover, primary sources like publications of the leading US-based think- tanks like the Wilson Centre, Carnegie Endowment, Council of Foreign Relations, Foreign Affairs will be examined apart from articles and data available in open sources, research articles, media articles, websites and media reports.

The use of statistical tabulations, figures and charts will be made where required. Optimum caution will be exercised to present a qualitative, unbiased, and nonpartisan analysis. At the same time, an effort will be made to incorporate the views of the policymakers, academicians and experts in Canada and China on different aspects of the proposed study to make it more authentic, reliable, and readable.

3.2.) Questions of the Study

This study is essential for it provides a historical-analytical approach to understand the nature of the bilateral relationship shared between Canada and China post the cold war between 1990 and 2010. Also, the study assesses the role of the United States in this bilateral relationship while considering the other miscellaneous yet significant factors, like the Canadian Chinese diaspora. Economic ties have formed the fulcrum of this bilateral relationship, and hence, the study will focus on the evolution of the same in the post-cold war era. While

1) Preface

2.1.) Purpose of the Study

The purpose of the study is to understand the nature of the diplomatic relationship shared by Canada and China in the post-cold war era (1990-2020). The main emphasis in the proposed study will be on the political, economic, and socio-cultural relations between Canada and China during the Post-Cold War period. Nevertheless, a brief overview of the chronological evolution of historical relationships before that period will be mentioned to focus on the main thrust of the study in the proper context. The researcher argues that history has enabled us to understand that China regards individual contributions of Canadians like surgeon Norman Bethune, Prime Minister Jean Chrétien, among others. The study will also analyze the United States' role as a factor in Canada and the United States' relationship.

2.2.) The problem of the Study

In the wake of geoeconomics gaining prominence over geopolitics, Canada and China have mutually beneficial interests in engaging with one another. The relationship needs to be defined in geo-economic terms and needs to come out of the shadow of geopolitics, which has anchored the relationship. However, the dynamic relationship analysis is punctuated due to the paucity of relevant data and neutral information and specialized research on geopolitics and geoeconomics. Since Canada and China fall within different realms of influence, there is minimal research on the possible merger of ideas, interests, and ambitions. There is a greater focus on the common areas of divergences as opposed to possible areas of convergences.

Since the International Relations (IR) of a country is subject to many changes, a country's behaviour is influenced by several contingent factors, for example, in Canada's case, Canadians interests are motivated by a country's action on issues such as human rights and adherence to the prevalent norms of the liberal international order. On the contrary, China has a very historical understanding of world politics and wishes to pursue economic statecraft and international politics in the same spirit. This makes the study of Canada's bilateral relationship and China exciting and complicated at the same time.

2.3.) Limitations of the Study

This study's analysis is mainly confined to the diplomatic relations between Canada and China in the Post-Cold War Era (1990-2020).

2) Theoretical Framework of the Study

This study will adopt a neoliberal framework and try to assess the Canada-China relationship through a similar lens. The researcher will argue that China will continue to have an enduring partnership with Canada but will remain a

العلاقات الكندية الصينية في حقبة ما بعد الحرب الباردة (1990-2020)

أ.د فيصل عوده الرفوع

ملخص

تميزت العلاقات الكندية- الصينية علاقة وثيقة في حقبة ما بعد الحرب الباردة بالعلاقات الوثيقة، بالرغم من أن هذه العلابقات إتسمت في هذه الفترة بالمد والجزر. وفي اللحظة التي كانت فيها العلاقات الإقتصادية الثنائية في تطور متواتر، في حين ما زالت العلاقات السياسة تتلمس طريقها بحذر وعلى جميع المستويات، سواء على المستوى الثنائي ام الإقليمي ام الدولي، وذلك نتيجة لتعارض الأنظمة السياسية الحاكمة والتباين الإجتماعي والثقافي والجغرافي.

ومع ذلك، فإن سعي الصين للحصول على المواد الخام، والتكنولوجيا الحديثة، والخبرة الفنية، والتي تشكل مكونات لا غنى عنها لبرامج التحديث الصينية التي تم إطلاقها منذ أواخر السبعينيات، تجعل كندا شريكًا موثوقًا به وقادرًا على تلبية الإحتياجات الصينية إلى حد كبير. في الوقت نفسه، يمثل الإقتصاد الصيني المزدهر وسوق واسعة للمنتجات الكندية وجهة مربحة للإستثمار وتصدير المنتجات الكندية. ونظرًا لأن السياسة الخارجية الكندية ماهي إلا إنعكاساً للمفاهيم الغربية الليبرالية ومفرداتها كالديمقراطية وحقوق الإنسان، والتي تلتقي مع السياسة الخارجية للصين التي تمثل نظامها الشمولي، لذا ومن اجل علاقات بينية سليمين بينهما، كندا والصين، لذا فأنه يتعين على كلا البلدين تقليص مدى الإختلافات وتعظيم أفق الإيجابيات التي تجمع بينهما، وتطويع الجغرافيا السياسية لصالح الجغرافيا الإقتصالية من أجل المصالح الإقتصادية.

ومن جانب لآخر فإن الولايات المتحدة تواصل دورها كعامل خارجي حاسم في تأطير العلاقات الثنائية بين الدولتين، كما ان العلاقات البينية بين الولايات المتحدة منجهة وكل من كندا والصين من جهة أخرى، لها تأثير فاعل على مجمل العلاقات الكندية- الصينية في حقبة ما بعد الحرب الباردة.

الكلمات الدالة: كندا، الصين، الجغرافيا السياسية، الليبرالية، الماركسية.

Canada-China Relations in the Post-Cold War Era (1990-2020)

Dr. Faisal Odeh Al-Rfouh*

Received:12/4 /2021. **Accepted: 15/8/2021.**

Abstrac

Canada and China have shared a close relationship in the Post-Cold War Era. However, this relationship was marked by existing ebbs and flows throughout the period. While economics strengthens the bilateral ties, politics proved to be an encumbrance at the bilateral, regional, and global levels. Undoubtedly, professing opposing political systems of governance and socio-cultural divergence and geography continue to keep the two countries apart.

However, China's quest for raw materials, state-of-the-art technology, raw materials, and technical expertise, which constitute indispensable components of China's modernization programmes launched since the late 1970s, makes Canada a relatable partner capable of meeting Chinese requirements to a great extent. At the same time, China's booming economy and vast market for Canadian products make China a lucrative destination for investment and export of Canadian products. Since Canadian foreign policy is closely aligned with western notions of liberalism, democracy and human rights, which differentiates it from the authoritarian communist regime in China, both countries have to walk the diplomatic tightrope often to broaden their ties geoeconomics often trumps geopolitics in this endeavour.

Similarly, the United States continues to be a crucial external factor in this bilateral equation, and the ongoing stress in US-China relations is likely to impact Canada's political relations with China. Therefore, an assessment of the Canada-China relations is essential in this changing global context. Through the contours of this study, an attempt is made to assess Canada's changing nature and China's bilateral relationship in the Post-Cold War Era.

The study will begin with a broad discussion of the issue at hand. The study's proposed area will be discussed, along with the methodology to be adopted and the theoretical framework that will provide a proper structure to the study.

Key Words: Canada, China, Geopolitics, Liberalism, Marxism.

* كلية الأمير الحسين للدراسات الدولية، الجامعة الأردنية، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Jordan Journal of Law and Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Issued by the Higher Scientific Research Committee/Ministry of Higher Education and Scientific Research and the Deanship of Academic Research/Mu'tah University

Price Per Issue: **(JD 3)**

Subscription:

Subscriptions should be sent to:

Jordan Journal of Law and Political Sciences
Deanship of Academic Research
Mu'tah Jordan
Karak- Jordan

Annual Subscription:

Individuals:

- Jordan : [JD 10] Per year
- Other Countries: [$30] Per year

Institutions:

- Jordan : [JD 20] Per year
- Other Countries: [$40] Per year

Students:

- [JD 5] Per Year

Subscriber's Name & Address:

Name	
Address	
Job	

Form:

☐ Cheque: ☐ Bank Draft ☐ Postal Order

Signature: **Date: / /20**

F. Unpublished or in press:

Author**,** year, articae title, (un published, in press submitted, or private contact).

Example:

AL- Qudah, Fayyad, 2009, "Mada Fualeyat Raqabar Mudagig AL- Hisabat a'la A'amal Majles AL- Edarah Fi AL- Smarekaat AL- Musahamah AL- Aammeh Fi AL- Qanun AL- Orduni" submitted.

Quisi. M. 1993. The Muslim Women and Muslims practices, Submitted.

G. Institution publications:

Institution, publisher, place, year of publication.

Example:

The University of jordan, The Annual Book, Amman, 1991, The University of Jordan.

North, EASTERN State University, 1980-1982 Catalogues. Oklahoma. 1982.

H. Manuscript:

Author, title of the manuscript, place, classification number, sheet number, pointing if it is back ("b") or inside ("in"). It should be staed between paranthesis that the source is a manuscript.

Example:

AL- Dinori, Abu Baker Ahmad Bin Marwan, AL- Muhasabah; The National Library, Sophia , OP 1964 (Manuscript).

I .Nerspapers:

A. News Item:

News paper, place, issue, date, page.

A ddustour, Amman, issue number 9268, July, 1993.

Jordan Times, Amman, No. 5281. 12 April, 1993.

B.Non – News Item:

Book, title of the article / poem…, News paper, place, issue, date, page.

Mahmud Darrish, 'Ahada Ashar Kawkaban; Addustoure, Amman, issue 9165, 31 March, 1993, pag ε35. Jordan Times, Amman, No 5290, 24 April, 1993, page 35.

J.As agift, the journal gihes the main author one copy of the issue in alich the manuscript is published, in addition to 20 off – prints for all the other authors. A charge will be made for any additional off – prints requested.

H. Manuscripts should be sent to:

Editor – in – chief, Jordan Journal of Law and Political Sciences.

Deanship of Scientific Research P.O Boox (19), postal code (61710).

Editorial Correspondence

Manuscripts for submission should be sent to: Editor-in-Chief,
Jordanian Journal of Arabic Language and Literature
Deanship of Academic Research
P.O. Box (19)
Mu'tah University, Mu'tah (61710),
Karak, Jordan.
Tel: (03–2372380)
Fax. ++962–3–2397170

Example:

Annahi, Tawheed Ahkam AL-Ethbaat, p. 12.

Hardfield, S. The Increasing Domestic Use, pp. 253 – 258.

C.Chapter in A Book:

a. At the end of the dissertation:

Name of the author (chapter's author), Year, chapter's title, in, Book's title, editor(s), Editions, publisher, place of publication, pages.

Example:

Abbas, Ihsan, 1984, AL- Arab Fi SIGILYAH, IN Murajaa't Hawl Al- Orubah Wa El-Islam Wa Oropai edited by Mahmud Assamrah, First Edition. Al- Arabi JOURNAL, Kuwait, pp. 71 – 79.

Latifi, M. 1986. Commercial production of Anti – Snakcbite Seram. In: Carands, C. and Gans, K. (editors), Biology of the Reptelia. Academic press New York.

b.In the Margin:

Author, title of the article, page.

Example:

Abbas, AL- Arab Fi sigiyah' .pp. 71 – 79.

Salter, M. Remedies for Banks .p. B1.

C.Court Judgment:

Name of the court, number and year of the Judgment (3/94), place and year and issue (If found).

Example:

If published in the Law years. Unrb, Journal.

"Tamyeez Hu 9009 91/383. Majalat Naqabar AL- Muhameen AL- Urdinegeen, 1993, issue 1-3, page 181.

Insurance Co. of North Amerca, V. Heritage Bank, 595, Federal, Secand, 171, 173 (3rd. Cir 1979).

D.Conference Proceedings:

Author, titel proceedings, Volume or issue no, place of conference, place of proceedings publication, year.

Example:

Aqil, Nabeeh. "Mawled AL- Hizbeyah AL- Seyasiyah wa Qadeyat AL- Hukm. "The Fourth International Conference on The History of Bilad AL- Sham Bilad AL- Sham in the Ummayad Era), volume 1, University of jordan, Amman. 1989.

Carlier,p. and King, G. 1989. Qustal al- Balqa: An Umayyal Site in Jordan. Proceedings of the fourth International conference on the History of Bilad AL- Sham, vol. 11. the University of Jordan. Pp. 17-110.

E.Dissertation / The sies:

Author, Year, title, MA This or phD dissertation, University, place.

Example:

AL- Abbadi, Abdul- Salam. Daoud, 1973, AL- Kulayah Fi AL- Shayah AL- Islameyah wa wathifatuha wa Quyooduha: A Comparative study with positive Laws. Ph D Dissertation, AL- Azhar University, AL- Azhar, Cairo.

Swies, R. 1988. Construction Insurance in the Arab Gulf Area: An Analysis of Cover and Contracts, ph. D Thesis, The city University, London.

- Two abstract (one in English and another in Arabic) should be submitted with the manuscript. Each abstract must have Keywords.
- In a letter addressed to the editor – in – chief, the researcher should express his / her desire to consider their manuscript for publication, specity the title of the research, and warranr not to submit the manuscript elsenhere. The author should also specity the folloming: full name, date of mailing, mailing address, email and converienmt contact details.
- The author(s) should specity, in a margh in the titles page, if the manuscript is part of an MA or phD dissertaion .If to, documentation – including the name and address of the anthor and the defense committee members – is needed.
- Documentation:
  A. In – text citations are made with raised Arabic numerals in the text placed in parantuesis [(1)], [(2)] , [(3)] . referring to notes that provide complete publishing in formation at the bottom of the page, according thir order in the text.
  B. At the end of the manuscipt, references are alphabetically order (the author's last name) as follows:

1.Books

A. At the end of a dissertation

The authore's last name followed by first and middle names (no titles), full title of the book, publisher, place of publication, edition number and year of publication.

Example:

Al-Sanhury, Abdul – Razaq, AL-Waseet Fi SharH AL- Qanun AL- Madani; Dar Ehyaal AL-Turath AL-Arabi. Beirut, 1964.

Honnald, O. 1982. Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nation Convention. Kluwer Law and Taxation publisher, Deventer, Netherlands.

Editors and translators place their names directly after the book's title, preceded by the words "Edited by" or "Translated by"

Example:

Klaus, Hans. AL- Natharyah AL-Watari. Legal Research Center. Baghdad. Edition 1 . 1986.

B. In the margin:

The author's last name, shortened book title, parts, page number.

Example:

Hannold, Uniform Law For International Sales, pp. 50.

2. Research paper in Journals:

A. At the end of the dissertation:

Author's name, title of the paper, Journal, place of publication, volume number, issue number, year and pages.

Example:

Annahi, Salahuddin, Tawheed Ahkam AL- Ethbaat Fi AL- Bilad AL- Arabiyah: **Majallt AL- Qadaa**: Baghdad, volume one, 1981, pp. 35 – 47.

Hardfield, H. 1971. The Increasing Domestic Use of the letter of Credit. ***Unifirm Commencial Code Law Journal, 4***: 251 – 255.

B.Margin:

Shortened author's name, shortened title of the research paper, Journal, page.

The Journal Welcomes research papers and scientific studies in the field of law and political sciences according to the following**:**

First: General Conditions of Publications:

- The journal publishes original, authentic and innovative research papers and academic studies that observe sound methodology, documentabion and flawless language.
- The journal welcomes contributions in Arabic, English or French, from jordan or other countries.
- The research must not have been published or submitted for publication elsewherey and the researcher apaper is accepted for publicashion, its anther can not publish it, wholly or partially, or in any language, unless he / she gets a written permission from the editor – in – chief after one year of its publication.
- Submitted research papers will be confidentilly evaluated. Final approval of the paper is given after the researcher(s) do the required corrections suggested by the referees the content of the paper is the responsibility of the researcher. Views expressed in the paper are those of the anthors' and are not necessarily the Editorial Board of the Journal, or the policy of Mutah University. Or the policy of the Higher Committee for Scientific Research or THE Ministry of Higher Education and Scientific Research.
- When Apaper is accepted for publication, its copy rights are transferred to the (publisher), the Deanship of Scientific Reseaech.
- The Editorial Board reserves the right not to proceed with publicatin without giving any justification. The Boanl's decisions are final The Boanl reserves the eight to make any editorial changes as may be necessary to make the paper suitabie for publication.
- Auther(s) many cite published or unpublished material and they have to ackuouledge sources of funding (if any).
- If the author chooses to withdraw his / her paper or decides not to proceed with publication, they should pay all the evaluation fees.
- The jornal does not pay for the papers published .
- Oeder of the papers in the journal is not subject to any considerathers.

Second: Organizational Rules:

- Arabic monuscriprs should be typed using MS word with"Simpliphid Arabic" font. Normal (14) font size and 1.2 cm. margins. Manuscripts in English or French should be typed using the "Time New Roman", (12) font size and 1.0 cm margins. All manuscripts should be on one Dace of A4 papers. They should not exceed 35 pages in leagth, including Bibliography and appendices. The margins should be: 2cm upper, 3.4 cm lower, 3.3 cm right and 3.3 cm left. Paragraphs are indented at 0.7 cm and 6 points distanced, and line spacing is singale.
- Four copies of each manuscript should be submitted. One copy should have that Allowing: the author(s) names (English and Arabic), academic rank, mailing address, emailo and institutional affiliation.The other thrce copies must not hinr to the author(s) identity. The author(s) must submit a copy on a floppy 3.5 disk or on CD, compatible with the Windows IBM.

Jordan Journal of

LAW and POLITICAL SCIENCES

An International Refereed Research Journal

Vol. 13 No. (4) 2021

Jordan Journal of LAW and POLITICAL SCIENCES is an international refereed journal, founded by the Higher Committee for Scientific Research at the Ministry of Higher Education, Jordan, and published quarterly by the Deanship of Academic Research, Mu'tah University, Karak, Jordan.

Editor-in Chief: Professor Mosleh Al-Sarairah
Secretary:
Dr. Khaled A. Al-Sarairah
Editorial Board:

Professor Amin Mashaghbeh	Professor Nezam Al-Majali
Professor Jamal Al-Shalabi	Professor Fayyad Al-Quda
Professor Mohamed Al-khalayleh	Professor Ayman Masadeh
Professor Anis Al-Mansour	Dr. Naida Qozmar

Editorial Advisory Board

Professor Kamil Abu – Jaber	Professor Hisham Sadeq Ali
Professor Ahmad Y. Ahmad	Professor Aboud Al- Saraj
Professor Kamil Al-Said	Professor Tunisi Bin Amir
Professor Alemarani M. Zentar	Professor Mohammad Al-Mesfer

Arabic Proofreader: Dr. Fayez Assa Almahasneh
English Proofreader Dr. Abeer Aser Alrawashdeh

Editing
Dr. Mahmoud N. Qazaq

Typing & Layout Specialist
Orouba Sarairah

© All Rights Reseved for Mu'tah University, Karak, Jordan

Publisher
Mu'tah University
Deanship of Academic Research (DAR)
Karak 61710 Jordan
Fax: 009623 – 2397170
Email:jjl_ps@mutah.edu.jo

© 2021 DAR Publishers
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means: electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Mu'tah University

Mu'tah University

The Hashemite Kingdom of Jordan

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund

Jordan Journal of

LAW and POLITICAL SCIENCES

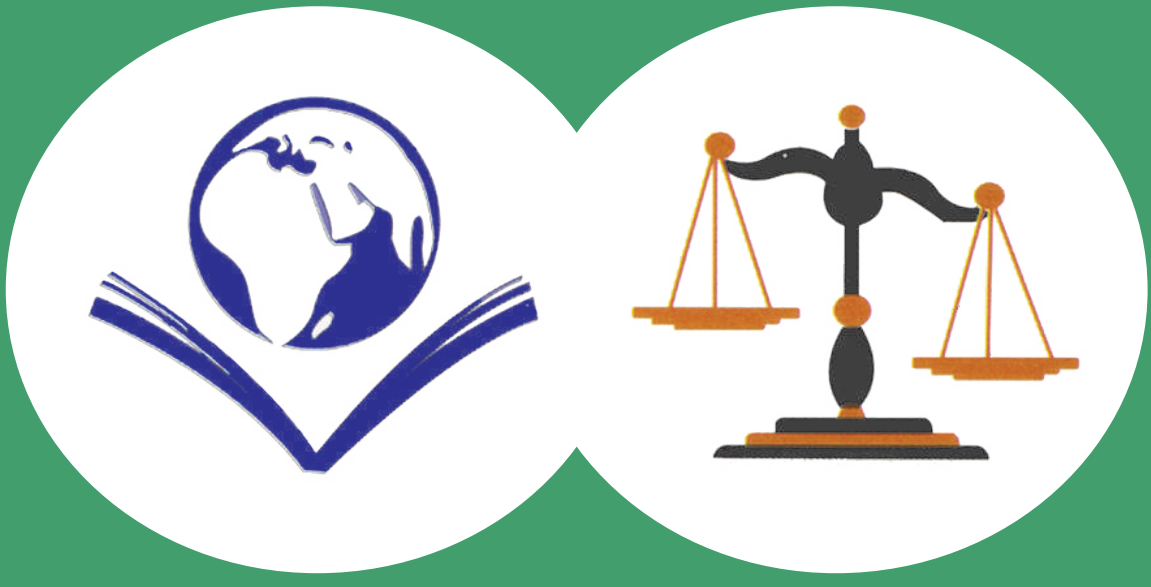
An International Refereed Research Journal

Vol. 13 No. (4) 2021

Mu'tah University

The Hashemite Kingdom of Jordan

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund



Jordanian Journal of

Law & Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Vol. (13), No. (4),2021

S.NO
51

ISSN 2520 – 744X