صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund

المملكة الأردنية الهاشمية

جامعة مؤتة

المجلة الأردنية في

القانون والعلوم السياسية

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

المجلد (١٠) العدد (١) ٢٠١٨م

الرقم المتسلسل
٣٦

ISSN 2520 - 744X

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund

المملكة الأردنية الهاشمية

جامعة مؤتة

المجلة الأردنية في

القانون والعلوم السياسية

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

المجلد (١٠) العدد (١) ٢٠١٨م

الرقم المتسلسل
٣٦

ISSN 2520 - 744X

المملكة الأردنية الهاشمية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مؤتة
عمادة البحث العلمي

المجلَّة الأردنيَّة في

القانون والعلوم السياسية

مجلَّة علميَّة عالميَّة متخصصة ومحكَّمة

تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي

وزارة التعليم العالي

المجلد (١٠) العدد (١) ٢٠١٨م

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
(٢٠١٠/٧٤٢/د)

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

© ٢٠١٨م 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 (١٠) العدد (١) ٢٠١٨م

رئيس التحرير
أ.د جعفر المغربي الفناطسة

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 أيمن خالد مساعدة
أ.د. أنيس منصور المنصور	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 خليل الرفوع (عربي)

د. عاطف الصرايرة (انجليزي)

مديرة المطبوعات
سهام الطراونة

الإشراف
د. محمود نايف قزق

التنضيد والإخراج الضوئيّ
عروبة الصرايرة

المتابعة
سلامة الخرشة

©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 ألقابٍ 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 القانـــــون**، ترجمة أكرم الوتري، مركز البحـــــوث 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 ووظيفتها 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 مقدم للنشر أو اتصالات 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 عشرين 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 :** / / ٢٠٠

محتويات العدد

المجلد (١٠) العدد (١) ٢٠١٨م

عنـــــوان البحث	الصفحات
* العدالــة الدولية للأحــداث الجانحيـن دراسة في الاتفاقيات الدولية **د. مدثر جميل أبو كركي، د. رائد سليمان الفقير، د. سعدون نورس المجالي**	٤٦-١٣
* الضمانات القانونية لعملية الفرز في الانتخابات النيابية في التشريع الأردني "دراسة تحليلية نقدية" **د. علي محمد الدباس، أ.د. عيد أحمد الحسبان**	٨٢-٤٧
* حق الاختصاص في القانون المدني القطري دراسة مقارنة **د. عبد الرحمن جمعة الحلالشة**	١١٢-٨٣
* الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في القانون الأردني **د.بسام حمد الطراونـه**	١٣٨ -١١٣
* الاشكاليات القانونية المتعلقة بمحل خصم الأوراق التجارية: سندات المجاملة وخصم الشيك دراسة قانونية تأصيليه في ضوء تطبيقات القضاء الفرنسي والأردني **أ. د. فائق محمود الشماع**	١٦٤ -١٣٩
* حماية الأمن الوطني كقيد على حرية التعبير في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية **د. علي محمد الدباس، د. محمد خلف غليلات**	٢١٢ -١٦٥
* أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك في القانون الأردني **د. أحمد سليمان زايـد، د. أحمد عدنان النعيمات، د. علي أحمد الزعبي،** **د. مراد محمد الشنيكات**	٢٥٠ -٢١٣
* النزاع في الصحراء الكبرى دراسة في سيناريوهات المستقبل ومعوقات الحل (١٩٧٥-٢٠١٧) **د. خالد حامد شنيكات**	٢٨٦-٢٥١
* معايير الإبداع في المصنف ومحورية محل حماية حق المؤلف (دراسة تحليلية في إطار المبادئ القضائية الامريكية) **د. إبراهيم محمد عبيدات**	٣٠٨-٢٨٧
* Bilateral Investment Treaties (BITs): To Hope or Not To Hope? **Dr. Omar Al-Okour**	13-26

العدالــة الدولية للأحــداث الجانحيــن دراسة في الاتفاقيات الدولية

د. مدثر جميل أبو كركي *

رائد سليمان الفقير **

د. سعدون نورس المجالي ***

تاريخ تقديم البحث: ١٥/١١/ ٢٠١٦م. تاريخ القبول: ٢٤/٨/٢٠١٧م.

ملخص

على الرغم من تبني اتفاقية حقوق الطفل، فإنه لا يزال موضوع الطفولة والأحداث يشغل تفكير الفقه القانوني الدولي والوطني، خاصة مع التطورات المستمرة لإرساء نظام قانوني شمولي لحماية هذه الفئة، وصياغة المعالم العامة لنظام عدالة الأحداث على الصعيد الدولي.

تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على الصكوك الدولية الخاصة بعدالة الأحداث ومسائل الطفولة ودراستها وتحليلها لتحديد الإطار الموحد للنظام الدولي لعدالة الأحداث. ولتوضيح المعالم العامة لهذا لنظام تهدف الدراسة إلى استنباط القواعد والمبادئ العامة القابلة للتطبيق على النظم القانونية الداخلية للدول، وتحديد القوة القانونية الإلزامية لها، وهو ما يتطلب الوقوف على الاتفاقيات الدولية وقواعد الأمم المتحدة النموذجية والمبادئ التوجيهية.

وتخلص الدراسة إلى نضوج التعامل الدولي في التعامل مع الأحداث كضحايا وليس كمجرمين، والانتقال من النهج الفلسفي العقابي الى النهج الإصلاحي في التعامل معهم والسماح لهم بالمشاركة في صياغة القرارات الخاصة بهم، وتفعيل ضمانات المحاكمة العادلة لهم وتطبيق نظام العقوبات البديلة وتعزيز فكرة الاندماج الاجتماعي.

الكلمات الدالة: عدالة الأحداث، الطفولة، الاتفاقيات والمعايير الدولية.

* قسم الإعلام والعلاقات الدولية، جامعة الحسين بن طلال.

** جامعة البلقاء التطبيقية، كلية الزرقاء الجامعية.

*** كلية الدراسات العليا، جامعة مؤتة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

International Law for Juvenile Delinquents
A Study in International Conventions

Dr. Mudather Jameel Abu Karaki
Dr. Raaed Suliman Al-Fageer
Dr. Sadoon Nawras Al-Majali

Abstract

Even though child rights convention has been adopted, international efforts remain scattered and incapable of defining the main characteristics for juvenile justice at the international level.

This study sheds light on international charters specific of juveniles. It examines and analyzes them thoroughly in order to identify the standard frame of international system in child justice. In order to explain the main characteristics of this system, the study aims to extract the general bases and principles applicable to practice in countries internal legal systems and assign its obligatory legal power.

The study concludes that the international community has reached an advanced level in handling juveniles and has changed its approach from the philosophy of justice by punishment to rehabilitation and allow participation in decision making as well as enacting the legal system to ensure justice of judicial proceedings in alternative punishment systems and focuses on social integration.

Keywords: Juvenile justice, international conventions and criteria.

المقدمة:

كانت الطفولة – ولا تزال – الشغل الشاغل لاهتمام المجتمع الدولي؛ فالمستقبل وما يختزله من تطور وتقدم على كافة أصعدة الحياة البشرية رهن بجيل ناضج متحرر من الخوف والجريمة والعقد [١]. فالأطفال كانوا ولا يزالون يعانون من الإهمال والاضطهاد، كضحايا للتشرد والإهمال الذي يقودهم الى الجنوح، ولكافة أشكال وألوان الانتهاكات والعنف، وهو ما جعلهم يحظون باهتمام المشرع الدولي لإيجاد منظومة قانونية دولية لحماية حقوقهم. وفي الماضي البعيد، استُغل الأطفال في السحر والشعوذة وطقوس القتل، وفي العصور الحديثه هم ضحايا للأمراض الاجتماعية والفقر [٢].

مع بدايات القرن العشرين توالت التطورات على صعيد تفعيل نظام عدالة الأحداث، وما رافقه من تطور على مفهوم الطفولة، ومع ذلك كانت معظم الصكوك الدولية آنذاك تركز على توفير حماية جزئية للأطفال من أشكال معينة من الاستغلال الاقتصادي والجنسي. وفي عام ١٩١٩، تبنى مؤتمر العمل الدولي معاهدة الحدود الدنيا لسن الطفولة، وأعقبها بسنتين تبني عصبة الأمم المتحدة للمعاهدة الدولية لمنع الاتجار بالنساء والأطفال عام ١٩٢١. وفي وقت لاحق، وضعت "إجلانتين جيب" إعلان حقوق الطفل تبنته عصبة الامم المتحدة عام ١٩٢٤ واعتمدته، وسمي إعلان جنيف، وعند مناقشة الإعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨، تمت مناقشة مسالة حماية حقوق الطفل وهو ما أصبح نواة لإعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩ والذي شمل وسائل متعلقة برفاهية الطفل، وحقه في التنشئة وحمايته من كل أشكال الإهمال والقسوة والاستغلال والممارسات التي تعزز سائر أنواع التمييز[٣]. وفي عام ١٩٨٩ صدر الإعلان العالمي لحقوق الطفل وحمايته ونمائه.

وتهدف هذه الدراسة إلى توضيح أسس وقواعد الحماية القانونية للأحداث في ظل القانون الدولي، لذا كان لا بد من توضيح أهم الصكوك الدولية التى تصدت إلى معالجة قضايا عدالة الأحداث، وذلك من خلال تتبع التطور التاريخي لبناء المنظومة القانونية لعدالة الأحداث، وحماية حقوق الاحداث أثناء مرحلتي التحقيق والمحاكمة في الصكوك الدولية وقواعد الأمم المتحدة المختلفة. وفي الوقت نفسه تسليط الضوء على على سياسات المشرع الدولي في التعامل مع قضايا الأحداث، والتصدى لظاهرة جنوح

(١) عباس سرحان، أطفال يتربون على قيم الحرب، مجلة النباء، العدد ٧١ حزيران/تموز ٢٠٠٤، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني التالي: **www.annabaa.orgm**

(٢) سحر مهدي الياسري، أنتهاكات حقوق الاطفال – القسم الاول–قتل طفل حديث الولادة، مجلة الحوار المتمدنا، العدد ١٤١٠–٢٠٠٥/١٢/٢٥، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني التالي: **www.rezgar.com**

(٣) مثرى العاني، حقوق الطفل في المواثيق الدولية، مجلة الصوت الآخر– أربيل –أقليم كردستان العراق، العدد ٦٢–٢٠٠٥/٨/٣١، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني: **www.sotakhr.com**

وإجرام الأحداث من خلال تبني المسار الاصلاحي والتأهيلي الذي يهدف إلى إعادة الاندماج الاجتماعي للأحداث. وعليه، كان لا بد من إجراء القراءة التحليلية للصكوك والاتفاقيات الدولية، ليس فقط من حيث المضمون الموضوعي، بل أيضا من خلال توضيح الآليات الإجرائية للتنفيذ هذه الصكوك.

ولمعالجة مشكلة الدراسة بغية الوصول إلى الحلول المناسبة بشأنها تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي وهو منهج يعتمد على دراسة الظاهرة كما توجد في الواقع ويهتم بوصفها وصفاً دقيقاً، وتحليل نصوص الصكوك الدولية المعنية بعدالة الأحداث وصولاً الى مقاصد المشرع الدولي وأهداف تطبيق المنظومة الشمولية لحماية حقوق الأطفال والأحداث على النطاق الداخلي لأنظمة العدالة الجنائية للأحداث بما يتلاءم مع المعاهدات والمواثيق الدولية.

المبحث الأول: تطور المنظومة القانونية لعدالة الأحداث في القانون الدولي

تعود نشأة النظام القانوني لعدالة الأحداث إلى جهود متعاقبة ومستمرة للمجتمع الدولي. فقد بدأت حركة تطوير النظام القانوني الشمولي الدولي لحماية حقوق الأطفال والأحداث منذ مطلع القرن العشرين. ونلاحظ أن الصكوك الدولية المعنية بالطفولة وعدالة الأحداث كانت نتاج لعمل مستمر تقاسمته كل من عصبة الأمم المتحدة ولاحقاً منظمة الأمم المتحدة. مع العلم أن معالم نظام عدالة الأحداث لم تظهر بوضوح إلا بعد تبني مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات والمعايير الدولية، وهي جهود خالصة تحسب للأمم المتحدة.

وفي مجال عدالة الأحداث توالى تطوير المنظومة القانونية على صعيد القانون الدولي في محاولة لإيجاد الطرق المثلى لحماية حقوق الأحداث (الأطفال)، فقد تعدّدت الصكوك التي توفر الإطار القانوني الشامل لعدالة الأحداث، ولعل من أهم هذه الصكوك اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٩٠[١] ، وهي اتفاقية تتمتع بقوة قانونية ملزمة للدول والحكومات تهدف إلى توفير الحماية اللازمة للأحداث. بالإضافة إلى هذه الاتفاقية هناك مجموعة من القواعد التي تبناها المجتمع الدولي والتي تحظى بأهمية كبيرة في مجال عدالة الأحداث. ومن أهم هذه القواعد: القواعد النموذجية الدنيا للأمم المتحدة حول إدارة عدالة الأحداث (قواعد بكين)،[٢] وقواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم،[٣] والمبادئ التوجيهية

(١) أعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم (٢٥/٤٤).
(٢) التي تم تبنيها بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم ٣٣/٤٠.
(٣) التي تم تبنياها بموجب قرار الجميعة العامة للامم المتحدة رقم ١١٣/٤٥.

للأمم المتحدة حول منع جنوح الأحداث (قواعد الرياض).[١] هذه القواعد بالاقتران مع المبادئ التوجيهية للعمل في نظام العدالة الجنائية[٢] وإعلان المبادئ الأساسية للعدالة لضحايا الجريمة وإساءة السلطة[٣] . وعلى الصعيد العربي نجد كل من إعلان القاهرة الخاص بمؤتمر الطفولة لعام ٢٠٠١، والإطار العربي للطفولة.[٤]

المطلب الأول: حقوق الأحداث في المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

يحظى الأحداث بحماية على صعيد القانون الدولي، حيث ينطوي القانون الدولي على قواعد ومبادئ مستقرة بشأن أهم حقوق هذه الفئة منذ مطلع القرن العشرين، وهو ما يلزم تسليط الضوء على أهم ملامح هذه الحماية في القانون الدولي على النحو التالي:

الفرع الأول: الآليات الدولية في العدالة الجنائية للأحداث:

أولاً: إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام ١٩٢٤

لم يعالج إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام ١٩٢٤[٥] حقوق الأحداث، إلا أنه أكد أهمية فئة الأطفال ووجوب حمايتها، فقد انطوى المبدأ الأول من هذا الإعلان على حماية الحاجات المادية والروحية، والغذائية والعلاجية لها، وفي الوقت ذاته أكد في المبدأين الرابع والخامس تجريم استغلالها ودعم استقلاليتها. وتتبع أهمية هذا الإعلان الذي كان صدوره وتبنيه في زمن عصبة الأمم المتحد من كونه مهد إلى صدور العديد من الاتفاقيات التي تضمنت بصورة غير مباشرة بعض النصوص التي تتعلق بالأحداث باعتبارهم جزءا من مرحلة الطفولة، ولعل من أهم هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الخاصة بالرق لعام ١٩٢٦، واتفاقية الأطفال عديمي الجنسية لعام ١٩٤٥، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها لعام ١٩٤٨، والإعلان العالمي لحقوق الانسان، لعام ١٩٤٨.

(١) التي التي تم تبنيها بموجب قرار الأمم المتحدة رقم ١٢٢/٤٥.

(٢) الذي تم تبنيه بموجب قرار المجلس الإقتصادي والإجتماعي رقم ١٩٩٧/٣٠.

(٣) الصادر بموجب قرار الجميعة العامة للامم المتحدة رقم ٣٤/٤٠.

(٤) تم تبنيه من قبل مجلس جامعة الدول العربية بموجب القرار رقم ٢١٦، تاريخ ٢٨ آذار ٢٠٠١.

(٥) مريم حسن الخليفة، حقوق الطفل العربي بين النظرية والتطبيق، مجلة الطفولة العربية، الجمعية الكويتية لتقدم الطفولة، عدد ٢٢، نيسان، ١٩٩٠، ص٥.

ثانياً: إعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩

يتوفر إعلان حقوق الطفل ١٩٥٩ على أهم المبادئ التي أقرها إعلان جنيف لحقوق الطفل وأكد – كذلك – المبادئ التي أقرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨، لا سيما ما يتعلق منها بتوفير الحماية القانونية والاجتماعية للطفل ضد التمييز وتوفير العناية اللازمة له في كافة الظروف، بما في ذلك خلال مرحلة سير الإجراءات الجزائية في مواجهته، ومع ذلك بقيت الحماية المقررة للطفل الحدث في هذا الإعلان ذات طبيعة خاصة وليس شمولية[١].

ثالثاً: اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩

من المعلوم أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٢ أيلول من عام ١٩٩٠، وأن نصوصها تنطوي على قوة قانونية ملزمة، بمعنى أن الدول الأطراف في الاتفاقية ملزمة باتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة لتضمين تشريعاتها الضمانات الرئيسة التي توفرها الاتفاقية لمصلحة الحدث، وأن تجعل تشريعاتها الوطنية وإجراءاتها وسياساتها متناغمة مع نصوص الاتفاقية، وتهدف هذه الاتفاقية إلى حماية حقوق الطفل المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية في أوقات السلم والنزاعات المسلحة معاً. وتنبع أهمية الاتفاقية من حتمية الحقوق والضمانات التي تتضمنها، والتي تندرج تحت أربعة مبادئ أساسية، جاءت على النحو الآتي:

أ. تمكين الأطفال من المشاركة في القرارات التي تؤثر في قدرهم الشخصي.

ب. حماية الأطفال من التميز وجميع أشكال الإهمال والاستغلال.

ج. منع إيذاء الأطفال، وسوء المعاملة.

د. مساعدة الأطفال في الحصول على احتياجاتهم الأساسية.

كما اشتملت على ضمانات المحاكمة العادلة، ومن أهمها: حق الدفاع وقرينة البراءة والمحاكمة العلنية أمام محكمة مستقلة نزيهة. [٢]

(١) عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة الى الامام ام الى الوراء، مجلة الحقوق، عدد ٣، أيلول ١٩٩٣، ص١٣٠-١٣٢.

(٢) د. ماجد المراشدة ود. رائد الفقير، النظام القانوني لحماية الأطفال طبقا للمواثيق الدولية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد (١٢) والعدد (١)، ٢٠١٥، ص٣٦٧-٣٦٨.

رابعاً: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦[١].

تضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية العديد من القواعد الحمائية الدولية بشأن العدالة الجنائية للأحداث، فبعد أن أكد في المادة ١٤ أهم ضمانات المحاكمة العادلة بشكل عام وعلى نحو أكثر تفصيلاً عما تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الانسان، ثم جاء بأحكام خاصة بالأحداث بما يؤكد خصوصية هذه الفئة العمرية؛ فتطلب أن تكون الإجراءات المتخذة بحقهم مناسبة لسنهم، ومواتية لضرورة العمل على إعادة تأهيلهم[٢]. كما جاء باستثناء على أصل أن يصدر الحكم الجزائي بصورة علنية؛ إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك[٣]، كما تطلب أن يفصل الأحداث المتهمون عن البالغين، و يحالوا بالسرعة الممكنة إلى القضاء للفصل في قضاياهم، وأن يفصل الأحداث المذنبون عن البالغين ويعاملون معاملة تتفق مع سنهم ومركزهم القانوني[٤]، وأخيرا فقد حظرت الفقرة(٥) من المادة (٦) من العهد الحكم بعقوبة الإعدام على جرائم ارتكبها أشخاص دون سن الثامنة عشرة من العمر.

المطلب الثاني: معايير إدارة عدالة الأحداث في ظل نظام الأمم المتحدة:

سنتكفي في هذا المطلب بمجرد الإشارة الى أهم المعايير الدولية في إدارة عدالة الأحداث في ظل نظام الأمم المتحدة على أن نعود لتحليلها تفصيلاً في المبحث الثاني؛ منعاً للتكرار، على النحو الاتي:

أولاً: القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء:

صدرت هذه القواعد وتم اعتمادها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين لعام ١٩٥٥، وتم إقرارها لاحقا في عام ١٩٧٧، ولقد تصدت هذه القواعد للمسائل المتعلقة بالأحداث في أكثر من موضع، حيث جاء في البند ٥ (٢) تحت باب الملاحظات التمهيدية على وجوب اعتبار: " فئة الأحداث المعتقلين شاملة على الأقل لجميع القاصرين الذين يخضعون لصلاحية محاكم الأحداث، ويجب أن تكون القاعدة العامة ألّا يُحكم على هؤلاء الجانحين الصغار بعقوبة السجن". وتنص القاعدة ٨ على وضع فئات السجناء المختلفة في مؤسسات مختلفة أو أجزاء مختلفة من المؤسسات مع مراعاة جنسهم وعمرهم، وسجل سوابقهم، وأسباب احتجازهم ومتطلبات معاملتهم، وأكدت هذه القاعدة في فقرتها (د)

(١) تم تبنيته بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) تاريخ ١٦ كانون اول ١٩٦٦.
(٢) انظر نص الفقرة (٤) من المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
(٣) انظر نص الفقرة (١) من المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
(٤) انظر نص المادة (١٠) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وجوب فصل الأحداث عن البالغين "ويجب من حيث المبدأ أن يحتجزوا في مؤسسات منفصلة" مؤكدة ما تضمنه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أشرنا إليه سابقاً.(١)

وكـذلك تنص القاعدة ٢١ (٢) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء على وجوب توفير: "تربية رياضية وترفيهية، خلال الفترة المخصصة للتمارين، للسجناء الأحداث وغيرهم ممن يسمح لهم بذلك عمرهم ووضعهم الصحي، ويجب أن توفر لهم على هذا القصد؛ الأرض والمنشآت والمعدات اللازمة".(٢)

ومن الحقوق التي توفرها هذه القواعد لفئات الأحداث الخدمات الطبية(٣)، وتحريم استخدام الاغلال والسلاسل، والأصفاد وأدوات تقييد الحرية، وفي حالة الضرورة أن يكون استخدامها مأذوناً بناء على توفر مسوغات قانونية، وبصفة مؤقته. (٤) بالإضافة إلى أن هذه القواعد تكفل للحدث حق الاتصال بالعالم الخارجي، لا سيما والديه وأفراد عائلته، (٥) وحق التعليم إلزامياً أثناء فترة قضائه لعقوبته.(٦)

ثانياً: قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو)

جاءت قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية والمعروفة بـ (قواعد طوكيو)(٧)، متضمنة مجموعة من المبادئ الأساسية لتعزيز استخدام التدابير غير الاحتجازية.

ثالثاً: مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية)

إن لمبادئ الرياض التوجيهية أهمية كبيرة فيما يتعلق بقضايا جنوح الأحداث باعتبارها قد أرست مبادئ وقائية؛ بغية المنع المبكر لجرائم الكبار، وهو مما لم يمكن تحقيقه دون إعطاء دور أساسي

(١) انظر القاعدة ٨٥ (٢) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لعام ١٩٧٧.
(٢) عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، عدد ٣، أيلول ١٩٩٣، ص١٣٠-١٣٢.
(٣) انظر القواعد من ٢٢-٢٦ من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لعام ١٩٧٧.
(٤) انظر القواعد من ٣٣-٣٤، المرجع السابق.
(٥) انظر القواعد من ٣٧-٣٩، المرجع السابق.
(٦) انظر القاعدة ٧٧، المرجع السابق.
(٧) ويقصد بالتدابير غير الاحتجازية "أي قرار تتخذه سلطة مختصة باخضاع شخص مشتبه فيه أو متهم أو محكوم عليه في جريمة لبعض الشروط والالتزامات التي لا تشمل السجن ويمكن اتخاذ هذا القرار في أي مرحلة من مراحل إقامة العدالة الجنائية"

ومحوري للأسرة التي تعمل على تعزيز الجوانب النفسية والاجتماعية والتنموية في شخصية الحدث ودعم توجهات المشاركة الاجتماعية لديه في أوقات مبكرة من عمره.[١]

رابعاً: قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم (قواعد هافانا) ١٩٩٠:

عملت قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم والمعروفة بقواعد هافانا على تحديد الإطار الوظيفي لقضاء الأحداث وآليات عمله في المسائل المتعلقة بالأحداث كما تدخلت في صياغة السياسات التجريمية والعقابية الخاصة بجنوح الأحداث، ووضعت أطراً محددة لها، وجعلت عقوبة السجن الملاذ الأخير في قضايا الأحداث [٢] .

الفرع الخامس: المبادئ التوجيهية للعمل المتعلق بالأطفال في نظام العدالة الجنائية (مبادئ فيينا التوجيهية):

جاءت قواعد فيينا مكملة لقواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة قضاء الأحداث (قواعد بكين)، ومبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية) وقواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم (قواعد هافانا) والتي تم تسليط الضوء عليها سابقا.[٣] وتهدف هذه المبادئ الى تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، لا سيما ما يتعلق بإدارة قضاء الأحداث، وتفعيل أطر التعاون الدولي لتحسين إدارة عدالة الأحداث. وعليه فإن أهداف قواعد فيينا تنصب على احترام كرامة الإنسان، وحظر التمييز، وتحقيق المصالح العليا للأحداث، وضمان حقوقهم في الحياة والبقاء، وتنمية الشخصية وتفعيل التدابير الوقائية والعلاجية في حقهم.[٤] وانطوت مبادئ فيينا على تدابير عامة لإدارة

(١) أنظر المبادئ ١ الى ٦ من مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية)، التي تم اعتمدها ونشرها على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (٤/١١٢) بتاريخ كانون الأول (ديسمبر) لعام ١٩٩٠.

(٢) أنظر القواعد ١ و٢ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، أوصى باعتمادها في مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من 27 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر (١٩٩٠)، اعتمدت ونشرت علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١١٣/٤٥) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر / 1990.

(٣) صدرت بموجب قرار المجلس الإقتصادي والإجتماعي رقم (١٩٩٧/٣٠) المؤورخ في ٢٣ تموز/يوليه ١٩٩٦ خلال برنامج عمل لتوريج الاستخدام والتطبيق الفعالين للقواعد والمعايير الدولية في ميدان قضاء الأحداث في فيينا خلال الفترة من ٢٣ الى ٢٥ شباط /فبراير لعام ١٩٩٧.

(٤) أنظر المبادئ ٤ (أ) و(ب) و٥-٨ من المبادئ التوجيهية للعمل المتعلق بالأطفال في نظام العدالة الجنائية (مبادئ فيينا التوجيهية) لعام ١٩٩٧.

عدالة الأحداث، وشجعت على النهج الوطني الشامل في مجال قضاء الأحداث، وكرست فكرة ترابط جميع حقوق الطفل وعدم تجزئتها من خلال تبنى إجراءات إصلاحية في مجال عدالة الأحداث باندماج نصوص اتفاقية حقوق الطفل والمعايير الدولية في التشريعات الوطنية للدول، ووضع الآليات القانونية الملائمة لضمان حقوق هذه الفئة. (١)

المبحث الثاني: الأطر الاتفاقية والمعيارية الدوليــة لنظام عدالــة الأحــداث مقاربة تقييمية

يقوم النظام القانوني الدولي لعدالة الأحداث على ركائز أساسية، وهي مجموعة صكوك دولية. وتنقسم هذه الصكوك تبعاً لقوتها القانونية الملزمة للدول والحكومات إلى قسمين: فبعض الصكوك كاتفاقية حقوق الطفل ملزمة للدول، والبعض الأخر يتوافر على قوة جزئية في الإلزام أو مجرد مبادئ توجيهية غير ملزمة من الناحية القانونية.

يحاول الباحثين إجراء دراسة مقاربة تقييمية للاتفاقية ومجموعة الصكوك الدولية في محاولة للكشف عن قوتها الإلزامية، وآلية تنفيذها التكاملي، ودورها في إرساء أسس إدارة عدالة الأحداث.

المطلب الأول: اتفاقية حقوق الطفل:

تبين لنا سابقاً المبادئ الاساسية الأربعة لاتفاقية حقوق الطفل التي تفرز مصالح محددة للأطفال وهي: المشاركة والحماية والمنع والمساعدة، وهي واجبة التطبيق بصورة متساوية.

حيث إن تشريح الاتفاقية بهذه الطريقة يسهل فهم مضمونها، وهي أصلاً مهمة تضطلع بها الحكومات، ولقد تضمنت اتفاقية حقوق الطفل مجموعة من الحقوق المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية والثقافية للأطفال، وتركز نصوصها على النهج الشمولي في معالجة قضايا الأطفال الحيوية. وأهم ما يميز الحقوق أنها غير قابلة للتجزئة، وترابطها مع بعضها، إذ يتمتع الطفل بكافة هذه الحقوق، بدءاً من حقه في الحرية وصولاً إلى الحق في الحصول على العناية الصحية.

وسنسعى من خلال هذا المطلب إلى تحليل نصوص اتفاقية حقوق الطفل من خلال بيان أهدافها الأساسية، والأحكام الخاصة التي تضمنتها الاتفاقية فيما يتعلق بعدالة الأحداث من خلال الفروع التالية:

(١) انظر المبدأ ١٠ (أ) و (ب) و (ج) من مبادئ فيينا التوجيهية، المرجع السابق.

الفرع الأول: الأهداف الأساسية للاتفاقية

تسعى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل إلى تحقيق خمسة أهداف أساسية:

أ. وضع منظومة حقوقية جديدة للأطفال في ظل القانون الدولي، خاصة وأن الحقوق الخاصة بالأطفال لم تكن معروفة في السابق، مثل: حق الطفل في الحفاظ على كرامته، وحق الطفل الوطني في خصوصية ممارسة ثقافته الوطنية أو المحلية. (١)

ب. تكرس الاتفاقية نهجاً عالمياً لحماية حقوق الطفل، وتنطوى على نهج تطبيقي موحد، ومثال على ذلك النهج، التزام كافة الدول في إتاحة الفرصة للاستماع للطفل في أي إجراءات قضائية وإدارية، بصورة مباشرة، أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، وبطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني. (٢)

ت. ترسي الاتفاقية معايير ملزمة في مجال رعاية الأطفال، وهي واجبة التطبيق من قبل الدول الأطراف. وتنطوى نصوصها على ضمانات خاصة بتبني إجراءات خاصة بحقوق فئة الأطفال الذين يعانون من الإعاقات العقلية والجسدية. (٣)

ث. تكرس الاتفاقية مجموعة مبادئ تنفيذية لحماية حقوق الأحداث، ومن أهم مجالاتها ضمان المصالح الفضلى لهم، وتعزيز قدراتهم، بالإضافة إلى تمكينهم من المشاركة في اتخاذ القرارات التي تمسهم، وتكفل حمايتهم من التمييز في المعاملة.

ج. تتضمن الاتفاقية مواد معينة خاصة بعدالة الأحداث، وهذه المواد هي: ٣٧،٣٩، و ٤٠ من الاتفاقية.

الفرع الثاني: الحماية من المعاملة والعقوبة اللإنسانية والمهينة

تحرم المادة ٣٧ من الاتفاقية تعذيب الطفل وكافة ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية غير الإنسانية أو المهينة. بالإضافة إلى انطوائها على قاعدة حظر فرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة في قضايا الأحداث، وتحرم الاتفاقية تعريض حرية الطفل الى الحرمان غير القانوني أو التعسفي، وعدم اتخاذ أى إجراءات احتجازية أو اعتقالية في حق الطفل إلا في إطار القانون، وألّا يتم اللجوء الى هذه الإجراءات إلا في الحالات الاستثنائية ولفترة زمنية قصيرة وملائمة، وفي كافة الأحوال يجب أن يعامل

(١) انظر المواد ٨ و ٣٠ من إتفاقية حقوق الطفل.

(٢) انظر المادة ١٢ من إتفاقية حقوق الطفل.

(٣) انظر المواد ٢١ –٢٣ من اتفاقية حقوق الطفل.

الأطفال المحرومون من حريتهم باحترام وكرامة، وبضرورة فصلهم في مأوى الحجز عن غيرهم من البالغين، وتسهيل عملية اتصالهم مع أسرهم، من خلال السماح بالزيارات والمراسلات.

وكفلت المادة ٣٧ حق الطفل في الحصول على المساعدة القانونية، وإضفاء صفة الاستعجال على إجراءات التحقيق، والمحاكمة في قضايا الأحداث. (١) ووفقاً لهذه المادة، يمنع اللجوء إلى الإجراءات الاحتجازية في مواجهة الأطفال، إلا في الحالات الاستثنائية ولفترة قصيرة.

الفرع الثالث: التعامل مع الأحداث الجانحين كضحايا:

أحدثت المادة ٣٩ من اتفاقية حقوق الطفل نقلة نوعية في نطاق نظام العدالة الجنائية، فبدلاً من التعامل مع المتهم الحدث أو حتى المحكوم عليه كمجرم أو مريض، أضحت القاعدة العامة في التعامل مع الحدث الجانح كضحية يحتاج للرعاية والعناية اللازمة. وتفرض هذه المادة سلسلة من التدابير الخاصة بتشجيع التأهيل البدني والنفسي، وإجراءات إعادة الاندماج الاجتماعي للحدث، وحمايته من كافة أشكال الإهمال أو الاستغلال أو الإساءة أو التعذيب. ويقع على الدول الأطراف واجب تقديم الرعاية التأهيلية للأطفال للمساهمة في إعادة اندماجهم الإجتماعي. (٢) وهي إجراءات تعزز احترام الطفل لذاته، وشعوره بقيمته وكرامته، وتساعده في الاندماج الاجتماعي.

الفرع الرابع: حماية الأطفال أثناء الدعوى الجزائية:

إن التعامل مع الأطفال أثناء سير الإجراءات الجزائية يجب أن يكون بطريقة تعزز إحساسهم بكرامتهم وقدرهم، وتعزز لديهم الشعور بأن حقوقهم وحرياتهم محل احترام وتقدير بصورة تساهم في إعادة الاندماج الاجتماعي.(٣) ويلاحظ أن المادة ٤٠ من الاتفاقية تكرس الحدود الدنيا من الضمانات للطفل أثناء سير هذه الإجراءات، كالامتناع عن توجيه الاتهامات عن أفعال لا تخضع وقت اقترافها إلى قواعد الحظر أو التجريم والعقاب (مبدأ الشرعية الجنائية) وكذلك افتراض قرينة البراءة، والحق في الإعلام والإبلاغ الفورى عن التهم المنسوبة إليه من خلال والديه أو الأوصياء عليه، والحق في الحصول على المساعدة القانونية الملائمة وحقه في الدفاع.(٤)

(١) انظر المادة ٣٧ (ب) (ج) و (د) من إتفاقية حقوق الطفل.
(٢) انظر المادة ٣٩ من إتفاقية حقوق الطفل.
(٣) انظر المادة ٤٠ (١) من إتفاقية حقوق الطفل.
(٤) انظر المادة ٤٠ (١) من إتفاقية حقوق الطفل.

وفي كافة الأحوال، لا يرغم المتهم الطفل على الشهادة أو الاعتراف، مع إمكانية استجواب الشهود لصالحه. وتكفل الاتفاقية للمتهم الطفل الحق في حصول التحقيق والمحاكمة العادلة من قبل سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة، بالإضافة إلى حقه في الطعن بالقرارات والإجراءات المتخذة في مواجهته، والحصول على المساعدة القانونية اللازمة لتمكينه من الدفاع عن نفسه، والحصول على مترجم بالنسبة للمتهم الطفل الأجنبي، وحماية حياته الخاصة أثناء سير الدعوى الجزائية. (١) وتشجع الاتفاقية على تبني قوانين وإجراءات خاصة، وكذلك إنشاء سلطات ومؤسسات متخصصة في قضايا الأحداث الجانحين، ووضع معايير شمولية لتحديد الحدود الدنيا لسن الأهلية الجنائية، والعمل على تفعيل الأساليب غير القضائية في التعامل مع قضايا الأحداث، وكافة برامج الرعاية والإرشاد والحضانة والمشورة والتعليم والتدريب التي من شأنها أن تعزز فكرة الاندماج الاجتماعي للحدث، وبصورة تتناسب مع ظروفه وطبيعة إجرامه. (٢)

المطلب الثاني: القواعد النموذجية الدنيا للامم المتحدة حول ادارة عدالة الاحداث (قواعد بكين):

إن أهم ما يميز قواعد بكين اختزالها الإطار القانوني لعمل نظام عدالة الأحداث على الصعيد الوطني، فهي نموذج معياري للدول في التعامل الإنساني النزيه مع الأحداث الجانحين. (٣) وتنقسم قواعد بكين إلى ستة أجزاء، تغطي معظم الإجراءات الخاصة بعدالة الأحداث، وتشمل مبادئ عامة كالتحقيق والإدعاء، والمحاكمة والتصرف، والمؤسسات العلاجية غير الرسمية، ومؤسسات العلاج والبحث والتخطيط الرسمية، وصياغة السياسات، والتقييم. (٤)

وتتسم قواعد بكين بالطابع الجندري، لا سيما أنها تتطلب التعامل النزيه مع الإناث، حيث خلصت الدراسات إلى أن الإناث من فئة الفتيات الأكثر تضرراً من سوء المعاملة والأكثر عرضة للتحرش الجنسي في نظارات الاحتجاز الذكورية. (٥)

(١) انظر المادة ٤٠ (٢) (أ) و(ب) من إتفاقية حقوق الطفل.

(٢) انظر المادة ٤٠ (٣) (أ) و(ب) (٤) من إتفاقية حقوق الطفل.

(٣) أوصى المؤتمر السادس للأمم المتحدة حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين في قراره رقم (٤) بضرورة تطوير المعايير الدنيا لإدارة عدالة الأحداث. ولقد تم تبني القواعد المعيارية الدنيا لإدارة عدالة الأحداث بموجب قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة رقم (٤٠/٣٣) بتاريخ ٢٩ تشرين ثاني لسنة ١٩٨٥، والتي تعرف أيضاً بقواعد بكين.

(4) United Nations (1985). United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"). 29 November. A/RES/40/33. Available from http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/beijingrules.pdf (accessed on February 17, 2016)

(5) Eric Sottas and Esther Bron, *Exactions et Enfants*, Geneva, OMTC/SOS Torture, 1993, p. 84

ومن المسائل الحيوية التي تضمنتها قواعد بكين، وجود مهنيين ومتخصصين ومتمرسين على التعامل مع قضايا جنوح الأحداث، وتوفر آلية تنسيق مشترك ومتبادل بين كافة وكالات ومؤسسات الطفولة والأحداث، وسياسات بحثية علمية تهدف الى تحسين البرامج التطوير، الآليات التقييمية وصياغة القرارات المعنية بالأحداث. (١)

ومن المعلوم أن قواعد بكين غير ملزمة للدول، خلافاً لنصوص الاتفاقيات الدولية، كونها لا ترتق بالمفهوم الفني والقانوني الى مستوى الاتفاقية، إلا أن بعض قواعدها التي ضمنت في اتفاقية حقوق الطفل تتمتع ببعض القوة الإلزامية. (٢) لهذا فإن هذه القواعد لا تنتج منظومة حقوقية جديدة في مجال عدالة الأحداث، بل تنطوي على توضيحات وتفصيلات مفصلة لضمانات موجودة أصلاً.(٣)

وتجدر الإشارة إلى أن التنفيذ الفعال لقواعد بكين يعتمد بشكل رئيس على آليات تقديم النصح والمشورة باستعمال الدول لوسائل تنفيذية معينة، أما مراقبة عمليات تنفيذ القواعد فتكون من خلال إعلام الأمين العام كل خمس سنوات بفاعلية التطبيق وما يرتبط به من تحديات ومشاكل (٤)، ووفقا لتلك القواعد تستطيع الدولة أن تتقدم بطلب المساعدة من الأمين العام بخصوص تبني تشريعات جديدة، وتطوير السياسات والبرامج الخاصة بعدالة الأحداث، وهي خدمات تلبيها القواعد التى تحث على تعديل التشريعات والسياسات النافذة في الدول لجعلها أكثر تناغماً معها. (٥) بالإضافة الى ذلك يقع التزام على الدول بتزويد المعلومات المتعلقة بالموارد الأساسية لضمان نجاح تنفيذ هذه القواعد، وفي كافة الظروف لا يمكن للدول العمل بمعزل عن التعاون مع المؤسسات غير الحكومية في تنفيذ مبادئ ومعايير قواعد بكين.

(1) Jaap E Doek, Understanding Diversion and Restorative Justice: Setting the Context, Working Paper Submitted to International Colloquium on Juvenile Justice, Held in New Delhi, 16 –18 March 2013

(2) Van Bueren, G., The international law on the rights of the child. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

(٣) لا تعد هذه القواعد بمثابة (إتفاقية دولية)، ولهذا فانها لا يصادق عليها من قبل الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، وإن كانت هذه الدول مدعوة إلى (إعلام)الامين العام بما تتخذه من إجراءات بشأنها، وتقديم تقارير بصفة منظمة الى لجنة منع الجريمة عن النتائج التي تحرزها في إطار تنفيذها.

(4) Charmain Badenhorst, Criminal Capacity of Children, Ph.D. Thesis in Criminology, University of South Africa, November 2006, Pp.9-10

(٥) أنظر د. يوسف إلياس، قوانين الأحداث الجانحين في دول مجلس التعاون، ط١، سلسلة الدراسات الإجتماعية والعمالية، المجلس التنفيذي لمجلس التعاون لدول الخليج العربي، العدد (٨٦)، المنامة، البحرين، رجب ١٤٣٥ هـ ، الموافق مايو ٢٠١٤م، ص٣٦ وما بعدها

ووفقاً لقواعد بكين لا يجوز اللجوء إلى الإجراءات الاحتجازية السابقة على المحاكمة إلا كملاذ أخير، إذ تعطي الأولوية للبدائل غير الاحتجازية، والاحتجاز لا يكون إلا كاستثناء ولفترة محددة، ويمكن الطعن فيه أمام الهيئات القضائية أو أي هيئات أخرى مستقلة ومختصة.[١] ومن التدابير غير الاحتجازية القابلة للتطبيق في حالة الأحداث، التدابير السابقة على المحاكمة، والتي تعطي للسلطات المختصة بالتحقيق، سواء أكانت شرطة أم نيابة عامة، بتقرير إسقاط الدعوى في مواجهة الحدث، خاصة في حالات عدم جسامة الجرم أو مساسه بالأمن الاجتماعي.[٢]

المطلب الثالث: قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو)

تضمنت قواعد طوكيو على ضمانات دنيا للأشخاص الخاضعين لبدائل السجن مكملة للقواعد التي انطوت عليها (قواعد بكين)، حيث أعطت قواعد طوكيو أهمية كبيرة للدور الاجتماعي في تقرير الأحكام القضائية، من خلال الاستعانة بتقارير التحقيقات الاجتماعية التي يعدها موظف أو هيئة مختصة بالتركيز على الخلفية الاجتماعية للجاني الحدث وتحديد ظروفه ونزعته الإجرامية، وتأخذ المحاكم بهذه التقارير شريطة موضوعيتها ونزاهتها.[٣] وللبدائل غير الاحتجازية عدة أشكال كالحكم بالعقوبات الشفوية والتوبيخية، والإخلاء المشروط، وفرض نوع معين من العقوبات التي لا تمس بالمراكز القانونية، والعقوبات المالية والاقتصادية والغرامات، وأوامر التعويض والرد، والعقاب مع وقف التنفيذ، والوضع تحت الاختبار والإشراف القضائي، أو تأدية خدمات اجتماعية، والإقامة الجبرية... إلخ. [٤]، كما تفرض قواعد طوكيو على أجهزة العدالة الجنائية اتباع النهج العلاجي في التعامل مع الجناة، لا سيما الأحداث منهم من خلال معالجة كل حالة على حدة، وتوفير برامج الإقامة في دور علاجية، وبذل الجهود لمعرفة الجاني وشخصيته وقدراته وذكائه وقيمه، والظروف التي أقحمته في عالم الإجرام، ويمكن إشراك المجتمع في هذه العملية من خلال نظم الدعم الاجتماعي في تطبيق التدابير غير الاحتجازية. [٥]

(١) انظر القاعدة ٦ (١) (٢) (٣) من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) لسنة١٩٩٠.

(٢) القاعدة ٥٤ من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو)، أعتمدت وأقرت بقرار الجمعية العامة ١١٠/٤٥ المؤرخ ١٤ كانون الأول لسنة ١٩٩٠، المرجع السابق.

(٣) انظر القاعدة ٧ من قواعد طوكيو لسنة ١٩٩٠.

(٤) انظر القاعدة ٨ قواعد طوكيو لسنة ١٩٩٠.

(٥) انظر القاعدة ١٣ قواعد طوكيو لسنة١٩٩٠ .

ولهذا فإن غايات كل من قواعد بكين وطوكيو هي العمل على إعادة الدمج الاجتماعي للمحكوم عليه الحدث، ومنع عوده الجرمي، وهو ما يلاحظ معه أن العقوبة وفقاً لهذه القواعد ذات طبيعة علاجية تقوم على فكرة توفير المساعدات المادية والنفسية والاجتماعية لغايات تحقيق الأهداف الأساسية للعقوبة وهي إعادة الدمج الاجتماعي ومنع العود الجرمي للمحكوم عليه. (١)

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن هذه القواعد لا تتعارض مع المبادئ الدولية المتعلقة بحماية جميع الأشخاص من كل أشكال الاحتجاز أو السجن، والصكوك والمعايير الدولية الأخرى. (٢)

المطلب الرابع: قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم (قواعد هافانا):

جاء تبني هذه القواعد لمواجهة الآثار الناجمة عن حرمان الحريات من خلال تفعيل النظام القانوني لحقوق الإنسان بالنسبة للأطفال، وهي قواعد تحظى باهتمام عالمي وقابلة للتطبيق في أنظمة العدالة الوطنية على كافة الأشخاص دون الثامنة عشرة من عمرهم، وبغض النظر عن طبيعة الإجراءات القضائية المتخذة في حقهم. (٣) وجاء تعريف مفهوم "التجريد من الحرية" ليشمل أي شكل من أشكال التوقيف أو الحبس أو الاحتجاز في أماكن خاصة أو عامة التي يتم اتخاذها في حق أشخاص دون سن الثامنة عشرة من قبل سلطات قضائية إدارية أو سلطة عامة. (٤)

وأهم ما يميز هذه القواعد قابيتها للتطبيق ليس فقط على مؤسسات عدالة الأحداث، بل تشمل أي تجريد لحرية الاشخاص دون الثامنة عشرة على أساس الرعاية أو الصحة. وتستهل القواعد بعدد من المبادئ الأساسية، لا سيما تلك القاعدة التي تتطلب من نظام عدالة الأحداث تعزيز حقوق وأمان الأطفال وتنمية قدراتهم الجسدية والعقلية. (٥) وتسعى معظم القواعد إلى تنظيم إدارة منشآت الطفولة، بما في ذلك إدارتها، البيئة المادية والخدمات التي تقدمها، (٦) ولعدم التعارض مع اتفاقية حقوق الطفل تم

(١) انظر القاعدة ١٠ قواعد طوكيو لسنة١٩٩٠ .
(٢) انظر القاعدة ٤ من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو)، أعتمدت وأقرت بقرار الجمعية العامة ١١٠/٤٥ المؤرخ ١٤ كانون الأول لسنة ١٩٩٠.
(٣) انظر القاعدة ١١ (أ) من قواعد الأمم المحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم.
(٤) انظر القاعدة ١١ (ب) من قواعد الأمم المحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم.
(٥) انظر القاعدة ١ من قواعد الأمم المحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم.
(٦) انظر القواعد من ١٩-٨٠ من قواعد الأمم المحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم.

تبني نظام رقابة منتظم ومستقل وغير معلن،[١] ونظام مستقل للشكاوي. وتخلص القواعد إلى أحكام تتعلق بتعيين وتدريب الأشخاص القائمين على عدالة.

وبرزت الحاجة إلى وجود تنظيم قانوني دولي لمعالجة الحرمان من الحرية وذلك لعدم ملاءمة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء للأحداث، فالحدث يحتاج إلى وحدات احتجاز صغيرة تحاكي الحياة الأسرية والعائلية.[٢] ومن هنا جاءت قواعد هافانا التي نصت على ضرورة مباشرة الإجراءات الجزائية في مواجهة الأحداث بنزاهة ودون تمييز، وحقهم في الحصول على الرعاية الصحية والطبية المجانية وخدمات الترجمة أثناء محاكماتهم، وحقهم في التعويض العادل عند انتهاك حقوقهم، وتغليب الاعتبارات الاجتماعية في المسائل الخاصة بهم والابتعاد عن الإجراءات الاحتجازية بغية دمجهم في مجتمعاتهم [٣] ، إلا أن أهم ما يميز هذه القواعد تناولها مسائل وليدة التجربة والممارسة.

ومما لا شك فيه فإن قواعد طوكيو توفر الحماية للأطفال، إلا أنها تفتقر للمنهج العلمي في توضيح حالات احتجاز الأطفال، وهذا يدلل على عجز المنظومة القانونية لحماية حقوق الأطفال المحرومين والمجردين من الحرية، الأمر الذي دفع منظمة العفو الدولية عام ١٩٨١ لإعداد مسودة قواعد نموذجية دنيا لحماية الأحداث المجردين من حريتهم، حيث اعتمد على هذه المسودة كنموذج عند إعداد اتفاقية حقوق الطفل لاحقاً، في محاولة للمنظمات غير الحكومية إقناع الدول بتبني قرار يوصي بأن تقوم لجنة منع الجريمة وتطوير القواعد النموذجية الدنيا في التعامل مع الأحـداث المجردين من حريتهم، مع الأخـذ بعين الاعتبار تبني الدول لهـا في المؤتمر الثامن لمنـع الجريمة ومعاملة السـجناء الذي عقد في هافانـا عام ١٩٩٠. [٤]

الفرع الأول: نطاق تطبيق قواعد هافانا

إن قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم (قواعد هافانا) قابلة للتطبيق على جميع الأحداث والأطفال المجردين من حرياتهم وفي كافة الظروف، بما في ذلك أثناء وجودهم في مؤسسات ومراكز العناية بالأطفال, ولعل أهم ما يميز هذه القواعد توفرها على المبادئ الأساسية التي

(١) انظر اعدة ٧٢ من قواعد الأمم المحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم.

(2) DiIulio, John J. Jr., "Crime Where it Starts," The New York Times, July 13, 1996.

(٣) انظر القواعد ٣-٨ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٤) وفي أعقاب ذلك تم تبني قواعد الأمم المتحدة في حماية الأطفال المجردين من حريتهم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وبدون تصويت، في قرارها رقم (١٣ /٤٥/١) بتاريخ ١٤ كانون أول من عام ١٩٩٠. وفي خطوة استثنائية، تضمن هذا القرار إشارة تقدير لجهود المنظمات الثلاث غير الحكومية التي ساهمت في إرساء هذه القواعد وهي: منظمة العفو الدولية، ومنظمة الدفاع الدولية للأطفال ومؤسسة "رادا بامن" او ما تعرف بإتحاد أمان السويسري للأطفال.

تحدد الظروف التى يمكن اللجوء بموجبها الى حرمان الأطفال حرياتهم، مع تأكيدها عدم اللجوء في قضايا الأحداث الى الإجراءات الاحتجازية إلا كاستثناء وكملاذ أخير، وعليه فإن هذه القواعد توضح وتبين ظروف توقيف وحبس الحدث احتياطياً، والتي لا تتعارض مع التزامات احترام حقوق الأطفال، وبالرغم من عدم ظهور عبارة "المعايير الدنيا" في العنوان، إلا أن القاعدة الثالثة تنص على أن الهدف من القواعد هو إرساء "معايير دنيا" مقبولة من الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حريتهم.[١] وتقر القواعد بالآثار السلبية للإجراءات الاحتجازية على حريات الأحداث؛ لهذا أوصت الدول بضرورة اتخاذ تدابير احتجازية استثنائية لا تنتهك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لتقليل من آثار الاحتجاز وتعزيز الاندماج الاجتماعي[٢]. هنالك إدراك تام بأن رعاية الأحداث المحتجزين وتهيئتهم للعودة إلى المجتمع يشكل خدمة اجتماعية بالغة الأهمية، وتحقيقاً لهذا الغرض تتطلب هذه القواعد من الدول ضرورة اتخاذ خطوات عملية لخلق قنوات اتصال بين الأحداث والمجتمع المحلى. [٣]

الفرع الثاني: ضمانات الأحداث المحرومين من حرياتهم وفقاً لقواعد هافانا:

حددت قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم سن الحدث بدون الثامنة عشرة،[٤] وتركت أمر تحديد الحدود الدنيا للحدث إلى التشريعات الوطنية، مع توضيح طبيعة الإجراء الاحتجازي. [٥] ووفقاً للقواعد ١٤ و١٥ فإن الإجراءات المطبقة على الأحداث المقبوض عليهم أثناء سير الدعوى الجزائية قابلة لتطبيق على كل مرافق الاحتجاز.

وكفلت القواعد قرينة البراءة مؤكدة ما جاء في كل من الإعلان العالمي لحقوق الانسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، كما شددت على ضرورة عدم اتخاذ أي إجراءات احتجازية في مواجهته إلا استثناءً، بالإضافة إلى إعطائها الأولوية للتدابير البديلة في مسائل الأحداث، وسرعة

(1) Carolyn Hamilton, Administrative detention of children: A global report, Child Protection Section, UNICEF, FEBRUARY 2011, Available at//

http://www.unicef.org/protection/Administrative_detention_discussion_paper_April2011.pdf (Accessed on March 03, 2016)

(٢) انظر القاعدة ٣ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، لسنة ١٩٩٠.

(٣) انظر القاعدة ٨ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، لسنة ١٩٩٠.

(٤) انظر القواعد ١١ (أ) (ب) من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٥) انظر القواعد ١٢ و١٣ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

إنجاز الإجراءات، وعزل الأحداث عن البالغين.[١] وفي حالة اللجوء إلى الإجراءات الاحتجازية نصت على ضمان حقوق الحدث في المشورة القانونية المجانية، والخصوصية، والعمل ومتابعة التعليم والتدريب، والحصول على وسائل الترفيه اللازمة.[٢] وفي كافة الظروف لا يجوز استقبال أي حدث في مؤسسة احتجازية إلا بأمر احتجاز قضائي أو إداري، مع ضرورة الاحتفاظ بسجلات مأمونة لهوية الحدث، وواقعة الاحتجاز وسنده القانوني وسببه، ويوم وساعة الإدخال والنقل والإفراج، وتفاصيل الإشعارات المرسلة لذوي الأحداث، وتفاصيل حول أوضاع الأحداث البدنية والعقلية وظروفهم الشخصية.[٣]

كما اشترطت في مؤسسات تأهيل الأحداث أن تكون ذات بيئة مادية ملائمة، توفر فيها الخصوصية والتفاعل الحيوي للأحداث، وأن تكون المهاجع الجماعية صغيرة وملائمة، وتمكين الحدث من استخدام ملابسه الخاصة، والحصول على الغذاء الصحي.[٤] إضافة إلى ذلك، كفلت القواعد للأحداث المحكومين الحق في التعليم الإلزامي، واحتراز شهادات علمية خالية من أي إشارة للمؤسسة الاحتجازية، والتدريب المهني والعمل الملائم لطبيعتهم وبأجور عادلة،[٥] والرعاية الصحية الشاملة، وإعلام ذويهم بظروفهم الصحية، والاتصال بالعالم الخارجي وحظر اللجوء إلى استخدام القوة.

وتجدر الاشارة أخيراً الى أن هذه القواعد لا تحظى بأي قوة قانونية ملزمة للدول، ولكن كما هو الحال بالنسبة لقواعد بكين فإن بعض هذه القواعد تحظى بالقوة الإلزامية لوجودها في اتفاقية حقوق الطفل أو لأنه تم التأكيد عليها في الاتفاقية نفسها. وتتوفر هذه القواعد على نظام فعال للمراقبة الذي يرمي إلى زيادة فعالية التنفيذ، فالدول ملزمة بمراقبة تطبيق القواعد وتضمينها في تشريعاتها الوطنية أو تعديل التشريعات النافذة بما يتواءم معها. وتفرض على الدول تضمين التشريعات الإجراءات الجزائية على انتهاك هذه القواعد.

المطلب الرابع: مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية):

توفرت مبادئ الرياض التوجيهية على مجموعة سياسات وتدابير لتوفير الفرص التربوية للأحداث وتلبية حاجاتهم ومنع جنوحهم. بالإضافة إلى التدخل الرسمي لغايات تحقيق المصالح العامة للأحداث، وتبني برامج منع وصم الحدث بأنه "منحرف" أو "جانح" أو "في مرحلة ما قبل الجنوح" لمنع الإخلال

(١) انظر القاعدة ١٧ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٢) انظر القاعدة ١٨ (ا) (ب) (ج) من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٣) انظر القواعد ١٩و٢٠ و٢١ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٤) انظر القواعد ٣١-٣٧ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

(٥) انظر القواعد ٣٨-٤٦ من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم، المرجع السابق.

بتركيبة شخصيته المستقبلية، ولقد كان الهدف الرئيس للتوجيهات هو مساعدة الأطفال على الاندماج الاجتماعي، وهذا لا يتأتى بدون اضطلاع الأسرة بدورها ولا بمعزل عن الانخراط والدعم المجتمعي الفعال.[١] وكذلك سلطت الجمعية العامة للأمم المتحدة الضوء على حاجة الدول لتبني إجراءات هادفة لحماية الأطفال والأحداث المعرضين للمخاطر الاجتماعية، لا سيما فئات الأطفال المشردين، والمهملين، والمعنفين أو الأطفال المهمشين. [٢]

وعلى خلاف قواعد بكين، فإن مبادئ الرياض التوجيهية تعالج مسألة منع جنوح الأحداث، والحماية والتدخل الوقائي المبكر، مع إعطاء أهمية قصوى للأطفال المعرضين للمخاطر الاجتماعية. [٣]

ولعل أهم ما يميز مبادئ الرياض التوجيهية أنها تعد المحرك الأساسي في دفع الدول إلى إعطاء عناية خاصة للاطفال وعائلاتهم معاً، لا سيما تلك العائلات التي تعاني قسوة الظروف الاقتصادية والمتغييرات الاجتماعية. فهذه الظروف والمتغيرات تفرز تحديات تحدّ من قدرة الأسرة على الإعالة وتوفير المناخ الملائم لتنشئة الأحداث والأطفال، بل تؤثر في جوهر الدور المفترض القيام به في تنشئة الأجيال، وهو ما يجعل الحاجة لتصميم نماذج بنائية ابتكارية واجتماعية من شأنها المساهمة في إعادة الاندماج

(١) أشار قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٤٠/٣٥) الصادر بتاريخ ٢٩ تشرين ثاني لسنة ١٩٨٥ الى الحاجة الى تطوير استراتيجيات وطنية، ودولية لمنع جنوح الأحداث. واوضح القرار واحداً من الأهداف الرئيسة لمنع جنوح الأحداث وتوفير المساعدة وتهيئة الفرص لإشباع حاجات الحدث المختلفة، لا سيما هؤلاء الذين لديهم نزعة إجرامية لاقتراف الجريمة.

(٢) وفي قراراها رقم (٤٥/١١٢) بتاريخ ١٤ كانون ثاني لسنة ١٩٩٠، تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث، والتي تعرف باسم مبادئ الرياض التوجيهية. وفي هذا السياق ينص المبدأ ٨ من مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية) على وجوب تطبيق هذه المبادئ التوجيهية في سياق الأوضاع الاقتصادية، والاجتماعية والثقافية السائدة في كل دولة من الدول الأعضاء.

(٣) انظر المبادئ ٥ (أ) و ٢٤ و ٣٣ من مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية)، التي تم اعتمدها ونشرها على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (٤/١١٢) بتاريخ كانون الأول (ديسمبر) لعام ١٩٩٠, فيما يقصد بالمخاطر الاجتماعية "حالة تقديرية للسلطات المختصة، وتتعلق بالظروف التي يعيشها الأطفال ومدى تأثيرها في أوضاعهم الصحية والنفسية والتعليمية، بالإضافة إلى أن الطبيعة والخصائص المتأصلة في الأطفال تلعب دورا محوريا في تحديد طبيعة وحجم المخاطر الاجتماعية التي قد يتعرض لها الطفل، ومثال ذلك الإعاقات العقلية، والعلاقة بين الطفل وعائلته، والظروف الاجتماعية – الاقتصادية التي يعيش في ظلها الطفل"، انظر المبدأ رقم (٣) من مبادئ الامم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الاحداث (مبادئ الرياض التوجيهية).

الاجتماعي للطفل الجانح مسألة غير قابلة للمساومة. [١] وكذلك يلاحظ أن هذه المبادئ لا تزال تلعب دوراً حيوياً في إعطاء الزخم المطلوب لتبني الدول للبرامج الوقائية التي تعطي الأولوية للأطفال المعرضين للمخاطر الاجتماعية، كالأطفال المشردين والمهملين والمستغلين والمعنفين.

وأهم ما يميز نهج المخاطر الاجتماعية تركيزه على المتغيرات والعوامل الشخصية والاجتماعية كأساس لعملية التدخل، وفي السابق كان الاهتمام منصباً على المحددات الأخلاقية، لمواجهة المسائل بصورة مباشرة، ولكنه يسمح بالتسامح الاجتماعي لحدود معينة لانحراف الأحداث. في حين أن نهج المخاطر الاجتماعية يهتم ببرامج إعادة البناء الاقتصادي، لا سيما في ظل حقيقة صعوبة التنبؤ بالسياسات الاجتماعية والأنماط الحياتية للمجتمعات.[٢]

ففي المجتمعات الأسيوية والأفريقية على سبيل المثال، فإن جنوح وجرائم الأحداث في جوهرها ظاهرة مدنية، بمعنى أنها تنتشر في المدن الكبرى كظاهرة اجتماعية وقانونية. ففي أفريقيا، يعزى جنوح وإجرام الأحداث الى عوامل متعددة مترابطة مع بعضها، كالفقر، والجوع، وسوء التغذية والبطالة، وهي جميعها عوامل يعاني منها الأطفال المهمشون. وفي إحدى الدراسات التي أعدها المعهد الأمريكي اللاتيني لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، وكان موضوعها حوالى ١٨ دولة، توصلت إلى أن ٨٩% من قضايا نظام عدالة الأحداث كانت تعزى إلى تدنى دخول العائلات. [٣]

أما فيما يتعلق بإدارة عدالة الأحداث فقد انطوت مبادئ الرياض التوجيهية على مسائل فاعلة في مجال عدالة الأحداث، ومن أهمها ضرورة تبني قوانين وإجراءات خاصة بالأحداث،[٤] ووضع منظومة تشريعية تمنع استغلال الأحداث في عالم الإجرام،[٥] والامتناع عن اتخاذ أي تدابير تصحيحية أو عقابية قاسية أو مهينة في حق الأحداث[٦]وضرورة سن التشريعات المانعة لحصول الأحداث على السلاح،[٧]

(1) Ronald Inglehart, Modernization and Post Modernization, cultural, economic, and political Change in Society, Princeton university press, Princeton, New Jersey, printed in the united states of America by Princeton Academic Press, 1997.

(٢) أحمد محمد الشهري، الخصائص النفسية والإجتماعية والعضوية للأطفال المتعرضين للإيذاء، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا– قسم الدراسات الإجتماعية، جامعة نايف العربية، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٦، ص. ٤٤–٤٦.

(٣) انظر تقرير المعهد الأمريكي اللاتيني لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، ورد على الموقع الإلكتروني http://www.ilanud.or.cr الذي (تمت زيارته بتاريخ ١٧ تشرين أول ٢٠١٥)

(٤) المبدأ ٥٢ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.

(٥) المبدأ ٥٣ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.

(٦) المبدأ ٥٤ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.

(٧) المبدأ ٥٥ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.

وضرورة وضع القيود الإجرامية على الأحداث.[١] وفي نطاق حماية مصالح الأحداث، أكدت مبادئ الرياض وجوب إنشاء هيئة خاصة للوقوف على آليات حماية حقوق ومصالح هذه الفئة، وهذه الهيئة أو المكتب الخاص أطلقت عليه اسم" مكتب المظالم" تكون مهمته الأساسية تنفيذ مبادئ الرياض التوجيهية، وقواعد بكين، وقواعد حماية الأحداث المجردين من حريتهم، ويقوم بإصدار تقارير منتظمة حول أعماله.[٢] ومن المعلوم أن مبادئ الرياض التوجيهية تحث على ضرورة إنشاء نظام قضائي خاص بالأحداث، والتعاون القانوني والقضائي والبحثي بين الدول في سبيل منع جنوح الأحداث. [٣]

المبحث الثالث: معاملة الأحداث وفقاً للمعايير والمواثيق الدولية

تعد معاملة الأحداث الجانحين أثناء سير الدعوى الجزائية المهمة الرئيسة لعدالة الأحداث، ومركزاً لنقاش المسائل المتعلقة بضمانات وحقوق الأحداث. وتصدت لمعالجة موضوع معاملة الأحداث الجانحين عددامن المعايير الدولية والدراسات والأبحاث الأكاديمية، بالمقارنة لم تتصد هذه المعايير والدراسات الى موضوع منع جنوح الأحداث، أو حماية الأحداث الذين يكونون ضحايا أو شهوداً على اقتراف الجريمة.

المطلب الأول: المبادئ التوجيهية لعمل نظام العدالة الجنائية في قضايا الأحداث:

إن أهم ما يميز الصكوك الدولية المتعلقة بالطفولة وقضايا الأحداث أنها تنطوى على معايير شمولية ومحددة وتوفر نظام حماية ومساعدة ينطوى على مبادئ كلية لعدالة الأحداث وقابلة للتطبيق على جميع الأطفال دون سن الثامنة عشرة، وتشمل النتائج المترتبة على التطبيق الشمولي لمبادئ عدالة الأحداث التحول في النظام القانوني والإجرائي من عدالة البالغين إلى الأحداث، وجود محاكم متخصصة في قضايا الأحداث، وإجراءات محددة ومصممة بصورة تلائم الأحداث الذين تقل أعمارهم عن سن الثامنة عشرة. وينطوي المنهج الموحد لحقوق الأطفال على معيار موضوعي واجب التطبيق على كافة الأحداث والأطفال الذين لم تتجاوز أعمارهم الثامنة عشرة، وبطريقة لا تتعارض مع مبدأ عدم التمييز، وفي القانون الدولي يرتبط تعريف مفهوم "الطفل" بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالعمر.[٤] أما مفهوم الحدث ليس بالضرورة أن يتطابق مع مفهوم "الطفل" ولكن مع تطور قواعد القانون الدولي التى تعالج مشاكل الطفولة

(١) المبدأ ٥٦ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.
(٢) المبدأ ٥٧ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.
(٣) المبادئ ٦٠ الى ٦٦ من مبادئ الرياض التوجيهية، مرجع السابق.
(٤) د. بن عياد جليلة، حقوق الطفل في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، ورقة عمل قدمت الى للمؤتمر الدولي السادس حول الحماية الدولية للطفل الذي عقد في طرابلس خلال الفترة من ٢٠-٢٠١٤/٢٢/٢٢.

والحداثة، نلاحظ أن هذه القواعد تتعامل مع الطفولة كحداثة عندما يدخل الطفل في نزاع مع القانون أو في حالة اقتراف الجرائم المنصوص عليها في قوانين العقوبات،[١] بالإضافة إلى أن الحداثة تشمل مرحلة الطفولة في بعض المراحل العمرية التي يمر بها الحدث. ومع ذلك، نلاحظ أن بعض الدول تتجاوز في مفهومها لمرحلة الطفولة عمر الثامنة عشرة لغايات توفير الحماية والمساعدة الخاصة لهذه الفئة. [٢]

وفي قضايا الأحداث نجد أن بعض التشريعات العربية كما هو الحال في الكويت وسلطنة عمان ودولة الإمارات العربية على سبيل المثال تتعامل مع الطفل المتورط في اقتراف الجريمة أو انتهاك القوانين الجنائية بعد إكماله سن السابعة من عمره، أما في الأردن فقد أصبح سن المسؤولية الجزائية اتمام الثانية عشرة من العمر[٣]، ومن هنا نجد أن مسألة تحديد سن المسؤولية الجزائية هي مسألة تحكمية ترجع لتقدير المشرع حول توافر عنصري الإدراك وحرية الاختيار.

الفرع الاول: أهمية تنفيذ الصكوك الدولية وآليات تعزيزها مع بعضها البعض:

هناك العديد من الدول التي تحتاج إلى بذل المزيد من الجهود لفهم وتحسين محتوى الصكوك الدولية، ولقد تم إعداد مسودة مشروع المبادئ التوجيهية حول الأطفال في نظام العدالة الجنائية من قبل مجموعة خبراء في اجتماع عقد في فيينا عام ١٩٩٧، وهو يرمى إلى مساعدة الدول في تنفيذ نصوص اتفاقية حقوق الطفل، وقواعد بكين، وقواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من الحرية، ومبادئ الرياض التوجيهية.

فالدليل التوجيهي للعمل يؤكد أهمية مبدأ عدم التميز في نطاق عدالة الأحداث، ويتضمن الحساسية الجندرية، ودعم المصالح الفضلى للطفل، والحق في الحياة، والبقاء والتطور ومسؤولية الدول في احترام وجهة نظر الطفل. بالإضافة إلى ذلك يؤكد الدليل التوجيهي دور الشراكة بين الدول، وأجهزة الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية ومجموعات المتخصصين، والإعلام، والمؤسسات الأكاديمية ومؤسسات المجتمع المدني. [٤]

(١) المادة ٢ من إتفاقية حقوق الطفل.

(٢) د. ثائرة شعلان، قضاء الأحداث في العالم العربي بين النظرية والتطبيق، المجلس العربي للطفولة والتنمية، ٢٠١٣، دراسة وردت على الموقع الإلكتروني http://www.alwatanelarabi.com (تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٥/٣/١٥)

(٣) انظر نص الفقرة (ب) من المادة (٤) من قانون الاحداث الاردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤.

(٤) المبدأ التوجيهي (٦) من الدليل التوجيهي للعمل حول الأطفال في نظام العدالة الجنائية لسنة ١٩٩٧.

الفرع الثاني: الجوانب الأساسية للمبادئ التوجيهية للعمل

تغطي المبادئ التوجيهية للعمل المتعلق بالأطفال في نظام العدالة الجنائية عدة جوانب، من أهمها: إجراءات التطبيق العام، وأهداف محددة، والإجراءات اللازمة على الصعيد الدولي، وآليات تنفيذ المشورة الفنية، ومشاريع الدعم، والمزيد من الاعتبارات الواجب مراعاتها لتنفيذ المشاريع الوطنية، والخطط المتعلقة بالأطفال الضحايا والشهود، ومنهج التنفيذ الشمولي، وحدة الخدمات المقدمة على أساس تعدد القطاعات والاختصاصات، والمساواة في التطبيق والوصول إلى الأطفال الذين يحتاجون للمساعدة، والمحاسبة والشفافية لجميع الأعمال، والاستجابات الوقائية المؤسسة على إجراءات المنع والدمج، واستغلال الموارد البشرية: التنظيمية، الفنية، التكنولوجية والمالية الملائمة والمعلومات. (١)

الفرع الثالث: الروابط العقدية للصكوك الدولية

ترتبط الصكوك الدولية للأمم المتحدة مع معايير عدالة الأحداث بعلاقة فريدة وقوية مع بعضها، ومنبع هذا الترابط بينها يعود الى نصوص هذه الصكوك نفسها، فعلى سبيل المثال، تنطوى مبادئ الرياض التوجيهية على نصوص إحالة صريحة وواضحة الى اتفاقية حقوق الطفل، في حين أن قواعد بكين، وقواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم، والمبادئ التوجيهية للعمل المتعلقة بالأطفال في نظام العدالة الجنائية تتضمن نصوصاً للإحالة على جميع الصكوك الدولية. (٢)

الفرع الرابع: أولويات إحالة الصكوك الدولية لبعضها

جميع الصكوك الدولية تتوافق بدقة محكمة مع بعضها، وفي المفهوم العملي العام، فإن القائمين على نظام العدالة الجنائية، في مساعيهم لمنع الأطفال من الدخول في حالة نزاع مع القانوني، أن يعتمدوا أولاً على اتفاقية حقوق الطفل وعلى مبادئ الرياض التوجيهية، وثانياً على اتفاقية حقوق الطفل وقواعد بكين عند التعامل مع قضايا الأحداث في المسائل الجنائية، وثالثاً على اتفاقية حقوق الطفل وقواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم، لا سيما عند التعامل مع الأحداث في حالات انتهاك القانون الجنائي. (٣)

(1) See the United Nations Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System, United Nations Economic and Social Council resolution 1997/30, annex of 21 July 1997.
(2) See Eric L Jensen and Jorgen, Juvenile Law Violators, Human Right, and the Development of New Juvenile Justice Systems, HART Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA , 2006, p. 274.
(3) Frida Pareus, Policing Youth in Vietnam: Using Juvenile Justice Reform as a Means of Social Control, Master Thesis, Faculty of Law, University of Oslo, 14 may 2014, Pp.28-33.

أما فيما يتعلق بالأطفال ضحايا الجريمة والشهود، فعلى القائمين على العدالة الجنائية التركيز على اتفاقية حقوق الطفل، والمبادئ التوجيهية للعمل المتعلقة بالأطفال في نظام العدالة الجنائية وإعلان المبادئ الأساسية لعدالة ضحايا الجريمة وسوء استخدام السلطة.[١] وعليه، فإن تطبيق هذه الصكوك مجتمعه يسمح بتطبيق المعايير الكلية لحقوق الإنسان، وهو ما يبرهن على مبدأ الثنائية في تطبيق الصكوك الدولية بين كل من حقوق الإنسان وعدالة الأحداث. [٢]

المطلب الثاني: التطبيق العملي للمبادئ الدولية في نطاق نظام العدالة الجنائية:

تبين لنا من خلال ما سبق أن الصكوك الدولية الأساسية التي تتوافر على سياسات عملية مفصلة حول منع جنوح الأحداث يمكن إيجادها في اتفاقية حقوق الطفل، والمبادئ التوجيهية للامم المتحدة لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية)، ووفقا للمبدأ التوجيهي الثامن من مبادئ الرياض التوجيهية، تقوم الدول بتنفيذ المبادئ التوجيهية بما ينسجم مع ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

الفرع الاول: مستويات المنع والوقاية من جرائم وجنوح الأحداث

هناك ثلاثة مستويات للتدخل في قضايا الأحداث، وهي مستوي أولي وثانوي وثلاثي: [٣]

أولاً: مستوى التدخل الأولي:

يرمى التدخل الوقائي الأولي الى تصميم وتنفيذ السياسات والممارسات الهادفة التي تغطي كافة المسائل المتعلقة بالأطفال والأحداث. وعادة ما تأخذ شكل الاستجابة المنسقة لعدد من الوكالات والسلطات الحكومية المهنية. وعليه، فإن تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل تعد الوسيلة الأولية والأساسية للتدخل الهادف إلى منع جنوح الأحداث.

(١) تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان بموجب قراراها رقم (٤٠/٣٤) بتاريخ ٢٩ تشرين ثاني عام ١٩٨٥.

(2) Professional Training Series No (9), Human Right in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, United Nations, Office of the High Commissioner fro Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, New York and Geneva, 2003, P.65

(3) Hatt, Anne-Catherine, Protecting of the Rights of Children in Conflict with the Law, Research on Alternatives to the Deprivation of Liberty in Eight Countries, A Project Work carried out by students of Master of Advanced Studies in Children's rights, Geneva, July 2008, Available at http://www.defenceforchildren.org (accessed on 11th January 2015)

ثانياً: مستوي التدخل الثاني:

يسعى التدخل الثاني إلى تحديد هوية الأطفال المعرضين للمخاطر الاجتماعية، وهو ما يفيد بأن البرامج تكون مصممة بصورة تهدف الى التقليل من مخاطر الإساءة. ومن هنا، يتضمن التدخل المنعي الثاني تقديم خدمات معينة تستهدف فئات محددة من الأطفال، وهي تهدف إلى إحداث آثار وقائية. وينطوى هذا المستوى على ست مراحل للوقاية، وتشمل:

١. تحديد المشكلة: فالتواصل المستمر والمنظم بين العاملين في قطاع الشباب، والمعلمين، وموظفي العمل الاجتماعي والشرطة، بالاقتران مع التواصل المنظم ايضا مع ذوي الحدث، يؤدى إلى الكشف عن هوية نماذج جديدة من الجريمة. ويأتي هذا الكشف في مراحل سابقة على التصريح بهذا النوع من النماذج من قبل المحاكم أو حتى السجلات الإحصائية بخصوص الجرائم، ومثال على ذلك الكشف المبكر عن زيادة استخدام نوع معين من المخدرات أو انواع معينة من السلوكيات التخريبية.

٢. التحديد المكاني: فمعظم جرائم الأحداث ترتبط بنطاقات مكانية محددة، فبعض جرائم الأطفال أو الاحداث مرتبطة بمكان معين، حيث تتواحد فيه العوامل المنتجه للظاهرة الإجرامية.

٣. تحديد الأطفال: وفقاً للمعلومات التى يتم الحصول عليها بما يتواءم مع مقتضيات حقوق الإنسان ومبادئ حماية البيانات، يمكن تحديد هوية مجموعة من الأطفال. فمعظم حالات الجنوح وجرائم الصغار قد تعزى إلى فئة محددة من الأطفال، مثل هذه المعلومات تساعد في تصميم برامج تستهدف هذه الفئة.

٤. تحديد الإطار الزمني للمعالجة العملية: ويرتبط نجاح الإستراتيجية محكمة التصميم بوجود نوع من التنسيق العالي بين العاملين في نطاق الشباب ورجال الدين وموظفي العمل الاجتماعي،[١] وهو ما يتطلب التحديد المبكر لعمليات التنسيق بين الجهات المعنية وتنفيذ الإستراتيجية.

٥. المراقبة: وهو ما يتطلب ضرورة إنشاء نظام مراقبة في مرحلة مبكرة للتأكد من التنفيذ الملائم للبرنامج.

٦. المتابعة: تهدف المتابعة الى التأكد من عدم حدوث أو استمرار أشكال محددة من السلوك في النموذج المعدل.

(١) انظر المبدأ ٩ (ب) من مبادئ الرياض التوجيهية.

ثالثا: مستوى التدخل الثالث:

وفي هذا المستوى يتم اتخاذ إجراءات هادفة للأطفال التقليل من الانتكاسية. فالمنهج الذي تبنته مبادئ الرياض التوجيهية تقوم على حدود التدخل الدنيا.

الفرع الثاني: المبادئ الدولية لمنع إجرام الأحداث

يمكن إيجاز المبادئ الدولية حول منع إجرام الأحداث بـ: أن التدخل يعد من أشكال التحكم الاجتماعي، فإذا كانت هناك حاجة للتدخل في أي مستوى، فإنه يجب أن يوفر في حدوده الدنيا الحماية اللازمة للحدث. وهذا يتطلب تبني نظام المشاركة الطوعية القصوي للحدث في كافة المستويات، ومساءلة الأحداث عن نفس الجرائم كالبالغين،[١] ولكن مع ضمان حق الطفل في الحياة الأسرية[٢] وهو ما يجعل من واجب الدولة مساعدة عائلة الحدث. [٣]

وكذلك، النظام التعليمي للحدث يجب أن يكون متوائماً مع كرامة الطفل والقدرات الكامنة لديه،[٤] وعلى الدولة ضمان تنفيذ حق الطفل في حرية التعبير من خلال تطوير المبادئ التوجيهية لحماية الأطفال من الأضرار المادية لإنسانيتهم،[٥] بما في ذلك توفير المساعدة والحماية الخاصة للأطفال المشردين وأطفال الشوارع. [٦]

الفرع الثالث: المركز القانوني للمتهم الطفل/الحدث في نظام العدالة الجنائية (ما علاقة هذا بالمركز القانوني للحدث).

من الصكوك الدولية التي اهتمت بموضوع إدارة عدالة الأحداث كل من اتفاقية حقوق الطفل والقواعد النموذجية الدنيا للأمم المتحدة لإدارة عدالة الأحداث (قواعد بكين)، وهي قواعد قابلة للتطبيق على الأحداث في ظل الأنظمة الوطنية، وتنطوي على إجراءات خاصة تختلف عن تلك المطبقة على البالغين. وتحدد نطاق تطبيق قواعد بكين بتبني قواعد الأمم المتحدة لحماية الأحداث المجردين من حرياتهم من خلال تحديدها لمفهوم الحدث بأنه كل شخص لم يكمل الثامنة عشرة من عمره، أي: كل كل شخص دون هذا السن، وهو ما يتواءم مع اتفاقية حقوق الطفل وقواعد بكين.

(١) انظر المبدأ ٥٦ من مبادئ الرياض التوجيهية.
(٢) انظر المبدأ ١٦ من مبادئ الرياض التوجيهية.
(٣) انظر المبدأ ١٩ من مبادئ الرياض التوجيهية.
(٤) انظر المبدأ ٢٨ (٢) و ٣١ من مبادئ الرياض التوجيهية.
(٥) انظر المبدأ ١٧ (هـ) من مبادئ الرياض التوجيهية.
(٦) انظر المبادئ ٣٤ و ٣٨ من مبادئ الرياض التوجيهية.

وعلى الرغم من أهمية قواعد بكين في نطاق عدالة الأحداث، إلا أنها أخذت شكل التوصيات وليس لها طبيعة قانونية ملزمة، ومن ثم يمكن إساءة تطبيقها على النطاق الداخلي للدول. بالإضافة الى أن بعض قواعد بكين تم تضمينها في اتفاقية حقوق الطفل، فهي قواعد سابقة في تبنيها على الاتفاقية، مثل الرغبة في التغيير والتنويع، وإنشاء السلطات والمؤسسات المعنية بقضايا الأطفال. وهذا يعني أن بعض قواعد بكين أضحت ذات قوة قانونية ملزمة للدولة لمجرد تضمينها في الاتفاقية.

اما مبدأ التنوع الذي جاءت به قواعد بكين فهو مصمم للتعامل مع قضايا الأحداث من خلال إعمال الوسائل المجتمعية بدلاً من الاعتماد الكلي على الإجراءات الرسمية للعدالة الجنائية. ويتم اللجوء الى تفعيل مبدأ التنوع في الحالات التي يقر فيها الحدث بجريمته أو عند ثبوت إدانته، فالإجراءات البديلة يمكن تفعيلها خلال مرحلتين: في المرحلة الاستهلالية وتكون بديلاً للإجراءات القضائية، أو في مرحلة لاحقة وتكون بديلاً للعقوبة.[١]

وفيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية للعمل حول الأطفال في نظام العدالة الجنائية، تم الأخذ بعين الاعتبار مراجعة الإجراءات الموجودة،[٢] لا سيما أن هناك مجموعة واسعة من الإجراءات البديلة التي يمكن إعمالها في المرحلة السابقة على الاعتقال، وفي مرحلة المحاكمة، ومرحلة ما بعد المحاكمة. أمّا تطبيق الإجراءات البديلة، فيمكن اللجوء إليه حسب كل ظروف قضية على حدة، ويكون دور الأسرة محورياً في أي إجراءات بديلة يتم تطبيقها وإن كانت متعددة أو متنوعة، وعلى الدولة ضمان مصلحة الحدث. ومن المبادئ التي تحكم التنوع الإجرائي في مسائل الأحداث ما يلي:

١. التنوع الإجرائي في قضايا الأحداث يتطلب احترام حقوق الإنسان المصممة لمصلحة الأطفال.
٢. ملاءمة الإجراءات القضائية البديلة في مسائل الأحداث للظروف النفسية والشخصية للاحداث وظروف اقتراف الجريمة.
٣. التنوع في مخرجات الفصل في قضايا الأحداث باللجوء إلى بدائل أخرى للرعاية أو العناية المؤسسسية.

(١) انظر المواد ٤٠ (٣) (ب) (٤) من إتفاقية حقوق الطفل.
(٢) انظر المبدأ ١٥ من المبادئ التوجيهية للعمل حول الأطفال في نظام العدالة الجنائية.

الفرع الرابع: العدالة العقابية وضحايا الجريمة:

من أهم المسائل التي ينطوى عليها المفهوم الحقيقي للعدالة العقابية هي الإجابة على التساؤل التالي: كيف يمكن معاقبة المجرم؟ في حين يأتي السؤال في سياق العدالة الاصلاحية بصيغة: كيف يمكن إصلاح الأطفال، الضحية والمجتمع؟ تتباين استعمالات تقنيات ونماذج المحاكمة في قضايا الأحداث، باختلاف الأنظمة القانونية حول العالم، وهي نماذج تشير إلى الإجراءات الأسرية، الإجراءات الوقائية الفعالة، إجراءات المساءلة المجتمعية، إجراءات متنوعة. فالعدالة الاصلاحية التي تتبنى الإجراءات المجتمعية تسمح بمشاركة الطفل والدور المحوري للاسرة والضحية والمجتمع.

فالنموذج النيوزلندي لمحاكمة الأحداث تأثر كثيراً بمفاهيم ماوري التقليدية لحل النزاعات، ويستخدم في كافة القضايا الخطيرة ومتوسطة الخطورة باستثناء جرائم القتل العمد والقتل غير العمد، ومن الناحية التطبيقية، نلاحظ فاعلية النموذج على مستويين: إذ يعمل في المستوى الأول كبديل للمحاكمة، وفي المستوي الثاني يعمل كآلية لتقديم التوصيات والاقتراحات للقاضي قبل فرض العقوبات. ويستهدف نموذج "الكونفرنس" النيوزلندي الأطفال وأفراد عائلة الطفل، والضحايا وذويهم وممثلي الشرطة والوسيط في الإجراءات. وفي بعض الأنظمة القانونية الأخرى، ويغطي هذا النموذج فئات أخرى بالإضافة إلى الفئات السابقة، مثل المحامين وموظفي السلوك الاجتماعي. ولعل من أهم الأهداف التي يرمي نظام "الكونفرنس" إلى تحقيقها في نطاق عدالة الأحداث، هي بالإضافة الى صياغة الخطة الملائمة للتعامل مع الإجرام، ما يلي:

١. التأكد من إقرار الطفل باقتراف الجريمة من عدمه، حيث لا يمكن تطبيق هذا النوذج إلا في الحالات التي يقر فيها الطفل أو الحدث باقتراف الجريمة.
٢. التشاركية في تبادل المعلومات بين كافة الأطراف في "الكونفرنس" حول طبيعة الجريمة، مدى ونطاق الآثار التي تركتها الجريمة المقترفة على الضحايا، الأسباب الكامنة وراء اقتراف الجريمة، وسجل الأسبقيات الإجرامية للمتهم الطفل أو الحدث.
٣. تقرير النتائج او التوصيات. في بعض الأنظمة القانونية، يتداول أفراد الأسرة والأطراف المدعوة الأخرى في مدولات سرية خلال " الكونفرنس" ويخرجون بتوصيات معلنة.

وتقرر العقوبة النهائية بموافقة جميع الأطراف مع الأخذ بعين الاعتبار وجهة نظر الضحايا والحاجة إلى مساءلة المتهم الطفل أو الحدث عن الجريمة التي اقترفها. في بعض الأنظمة القانونية لا توجد حدود معينة للعقوبات المفروضة على الأطفال المدانين، فهي تتراوح بين الاعتذار، والخدمة الاجتماعية، والإصلاح والتعويض، أو الانخراط في بعض البرامج الإصلاحية. وفي أنظمة قانونية أخرى، توجد حدود

مشددة لفرض العقوبات على الأحداث المدانين لضمان أن لا تسوء حالة الطفل في المستقبل أكثر وعدم عوده الإجرامي.

وأحياناً تحتاج الأطراف المشاركة في الكونفرنس إلى وقت طويل للوصول إلى قراراتها مقارنة مع الوقت الذي تحتاجه المحكمة في الحكم في القضية. لهذا، تختلف وسائل تنظيم الكونفرنس من دولة الى أخرى، ففي بعض الأنظمة القانونية يتم تنظيم الكونفرنس وإدارته من قبل الشرطة، وفي أنظمة أخرى تنظم وتدار من قبل المحاكم، أو من قبل مؤسسات الرفاه الاجتماعي أو من قبل المنظمات التطوعية. ومع ذلك، على اختلاف تطبيقات نظام الكونفرنس في دول مختلفة، إلا أن معالمه تبقى موحدة، ولعل من أهمها:

أ). إشراك الفئات الأكثر تضرراً من وقوع الجريمة، وعلى وجه التحديد المتهم، وعائلته والضحايا.

ب). اتخاذ قرارات توافقية لكافة الأطراف المشاركة.

ج). عدم رسمية الإجراءات المتبعة من قبل الأطراف المشاركة.

د). استخدام نظام الوساطة أو الوسيط.

و). عدم إعفاء المدان من المساءلة الجنائية.

ي). الحكم بالتعويضات الملائمة لجبر الأضرار الناشئة عن الجريمة المقترفة.

الخاتمة:

وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل والصكوك الدولية الأخرى، تلتزم الدول بمراجعة تشريعاتها وسياساتها النافذة لغايات تضمين المعايير الدولية المتعلق بحماية الأطفال والأحداث في التشريعات الوطنية. فالتعديلات التشريعية على الصعيد الوطني للدول يجب أن تأخذ بعين الاعتبار حقوق الأطفال/ الأحداث في نطاق عدالة الأحداث والتي ورد النص عليها في معظم الصكوك الدولية الهامة ذات العلاقة بموضوع الطفولة والأحداث، من خلال إنشاء آليات للتوجيه، والمراقبة، وإعداد التقارير حول تنفيذ المواثيق والمعاهدات الدولية الخاصة بعدالة الأحداث. بالإضافة إلى ذلك، على الدول الحصول على مساعدة الأمانة العامة للامم المتحدة والمنظمات غير الحكومية لضمان فاعلية هذه الآليات بغية تبني تشريعات وسياسات والطرق البديلة في التعامل مع قضايا الأحداث.

وخلصنا من هذه الدراسة إلى أن هناك أنواعاً مختلفة للقواعد والمبادئ التوجيهية العملية التي تضمنتها الصكوك الدولية، ولا يمكن تنفيذ هذه القواعد والمبادئ التوجيهية من الناحية العملية إلا بتبني نهج شمولي في التعامل مع مسائل الأحداث في نزاع مع القانون، وتطوير نظام عدالة الأحداث ووضع نظام تدريبي فعال للأشخاص المعنيين بقضايا الأحداث. فالأنظمة التدريبية في مجال عدالة الأحداث لا يمكن أن يكتب لها النجاح أو تحقيق غاياتها إلا بتوفير ميزانيات دولية ووطنية داعمة لها، وتوظيف الموارد المجتمعية المتعددة لذات الغاية، وجعلها ضمن أولويات السياسات الحكومية في الدعم والعون.

وعليه، فإن التعامل مع عدالة الأحداث كأولوية من أولويات السياسات الحكومية يتطلب تبني برامج بناءة وتدريجية يراعى فيها نوعية وقدرات الأحداث المستهدفين، وبرامج متكاملة وشاملة تقوم على الشراكة الفعالة مع الأطراف الأخرى كالأطفال، وعائلاتهم ومنظمات المجتمع المحلي، والقضاء والشرطة وموظفي الأصلاحيات والسجون. ولهذا فإن التشاطات المنبثقة عن المعايير الدولية من قواعد ومبادئ توجيهية يجب تقيمية شاملة وتحليلة للوضع، وتهدف إلى تفعيل المشاركة ودعم الإصلاحات التشريعية، والتدريب وبناء القدرات لكافة الأطراف المشاركة في نطاق عدالة الأحداث ودعم المشاريع الهادف ولا تزالة إلى تطبيق العدالة الإصلاحية والتدابير الجزائية البديلة لمنع جنوح وانحراف الأحداث.

المراجــع

المعايير والصكوك الدولية:

اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٩٠.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦.

قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) لسنة ١٩٩٠.

قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) لسنة ١٩٩٠.

قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم لسنة ١٩٩٠.

مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية) لسنة ١٩٩٠.

المبادئ التوجيهية للعمل المتعلق بالاطفال في نظام العدالة الجنائية.

المبادئ التوجيهية للعـــمل المتعلق بالأطفـــال في نظام العدالة الجنائية (مبادئ فيينـــا التوجيهية) لعام ١٩٩٧.

مجلات محكمة:

عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة إلى الأمام ام إلى الوراء، مجلة الحقوق، عدد ٣، أيلـــول ١٩٩٣

ماجد المراشدة ورائد الفقير، النظام القانوني لحماية الأطفال طبقا للمواثيق الدولية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد (١٢) والعدد (١)، ٢٠١٥م.

مصطفي العوجي، مبادئ الرياض التوجيهية للوقاية من جنوح الأحداث، المجلة العربية للدراسات الأمنية، العدد (١٢)، ١٩٨٨م.

رسائل ماجستير ودكتوراه:

أحمد محمد الشهري، الخصائص النفسية والإجتماعية والعضوية للأطفال المتعرضين للإيذاء، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا– قسم الدراسات الإجتماعية، جامعة نايف العربية، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٦

مجلات وصحف:

مريم حسن الخليفة، حقوق الطفل العربي بين النظرية والتطبيق، مجلة الطفولة العربية، الجمعية الكويتية لتقدم الطفولة، عدد ٢٢، نيسان، ١٩٩٠م.

مؤتمرات وندوات علمية:

بن عياد جليلة، حقوق الطفل في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، ورقة عمل قدمت الى للمؤتمر الدولي السادس حول الحماية الدولية للطفل الذي عقد في طرابلس خلال الفترة من ٢٠-٢٢/٢٢/٢٠١٤.

دراسات ومقالات إلكترونية:

ثائرة شعلان، قضاء الأحداث في العالم العربي بين النظرية والتطبيق، المجلس العربي للطفولة والتنمية، ٢٠١٣، دراسة وردت على الموقع الإلكتروني http://www.alwatanelarabi.com (تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٥/٣/١٥).

سحر مهدي الياسري، انتهاكات حقوق الاطفال – القسم الأول- قتل طفل حديث الولادة ، مجلة الحوار المتمدنا، العدد ١٤١٠- ٢٠٠٥/١٢/٢٥ ، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني التالي: www.rezgar.com

عباس سرحان، أطفال يتربون على قيم الحرب، مجلة النباء، العدد ٧١ حزيران/تموز ٢٠٠٤، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني التالي: www.annabaa.orgm

مثرى العاني، حقوق الطفل في المواثيق الدولية، مجلة الصوت الاخر- أربيل –أقليم كردستان العراق، العدد ٦٢-٢٠٠٥/٨/٣١ ، ورد هذا المقال على الموقع الالكتروني: www.sotakhr.com

محمد الطراونة، المعايير الدولية لحقوق الإنسان والعدالة الجنائية، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني http://www.esohr.org (تمت زيارته بتاريخ ١١ كانون ثاني ٢٠١٦)

التقارير:

تقرير المعهد الأمريكي اللاتيني لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، ورد على الموقع الإلكتروني http://www.ilanud.or.cr

المراجع باللغة الإنجليزية

Eric L Jensen and Jorgen, Juvenile Law Violators, Human Right, and the Development of New Juvenile Justice Systems, HART Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA , 2006.

Frida Pareus, Policing Youth in Vietnam: Using Juvenile Justice Reform as a Means of Social Control, Master Thesis, Faculty of Law, University of Oslo, 14 may 2014.

Hatt, Anne-Catherine, Protecting of the Rights of Children in Conflict with the Law, Research on Alternatives to the Deprivation of Liberty in Eight Countries, A Project Work carried out by students of Master of Advanced Studies in Children's rights, Geneva, July 2008, Available at http://www.defenceforchildren.org (accessed on 11th January 2015)

Nikhil Roy and Mabel Wong, Juvenile Justice: Modern Concepts of Working with Children in Conflict with the Law, the Canadian International Development Agency (CIDA), 2004.

Professional Training Series No (9), Human Right in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, United Nations, Office of the High Commissioner fro Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, New York and Geneva, 2003, P.65

Ronald Inglehart, Modernization and Post Modernization, cultural, economic, and political change in 43 society, Princeton university press, Princeton, New Jersey, printed in the United States of America by Princeton Academic Press, 1997.

Unicef, Improving the Protection of Children in Conflict with the Law in South Asia, International Parliamentary Union, A Regional Parliamentary Guide on Juvenile Justice, No (1), 2007

الضمانات القانونية لعملية الفرز في الانتخابات النيابية في التشريع الأردني

"دراسة تحليلية نقدية"

د. علي محمد الدباس*

أ.د. عيد أحمد الحسبان**

تاريخ تقديم البحث: ١٢/٤/ ٢٠١٧م. **تاريخ القبول: ٢٤/٩/٢٠١٧م.**

ملخص

تناولت هذه الدراسة بيان مدى كفاية الضمانات القانونية لعملية فرز أوراق الاقتراع وعدها كما وردت في قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم (٦) لسنة ٢٠١٦ والتعليمات التنفيذية الصادرة بمقتضاه. وبما يضمن تمتع الأفراد بحقهم بانتخابات حرة ونزيهة، بعد مقارنة الأحكام الواردة في هذه التشريعات مع المعايير الدولية المقررة في الممارسات الفضلى لحرية ونزاهة العملية الانتخابية. وقد خلصت الدراسة إلى أن المشرع الأردني قد التزم بغالبية هذه المبادئ، فيما اقترح الباحثان عدداً من التعديلات والإضافات لهذه التشريعات وبما يعزز نزاهة العملية الانتخابية وفي مقدمتها: التوسع في تشكيل لجان الفرز بحيث لا تقتصر على موظفي الحكومة، وتضمين القانون شروطًا موضوعية يجب توفرها بأعضاء لجنة الفرز، وتطوير عملية النظر في طعون المرشحين من خلال جعلها على درجتين بأن يمنح المعترض فرصة استئناف قرار لجنة الفرز.

الكلمات المفتاحية: إجراءات الفرز، فرز أوراق الاقتراع، الانتخابات الحرة النزيهة، قانون الانتخاب.

• كلية الحقوق، جامعة البترا.

** كلية القانون، جامعة آل البيت.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Legal Juarantees for the Process of Screening in the Parliamentary Elections in Jordanian Legislation

"Critical Analytical Study"

Dr. Ali Mohammed Al-Dabbas
Prof. Eid Ahmed Al-Husban

Abstract

The study examined the adequacy of legal guarantees of the vote counting process as stipulated in the "Law on the Election of the House of Representatives No. (6) of 2016 and its executive orders to assess the extent to which individuals enjoy their right to free and fair elections. This has been done by comparing provisions in the law and its executive orders with international standards best practices relating to the freedom and fairness of the electoral process.

The study concluded that the Jordanian legislator has complied with the majority of international standards. However, the two researchers recommend a number of additions and amendments to the legislation to further enhance the integrity of the electoral process, particularly: The expansion in the formation of counting committees by employing persons who other than government employees; the inclusion of objective conditions to be fulfilled by members of the counting committees, the development of the candidates' appeals process by giving candidates the right to appeal the decision of the counting committee.

Keywords: Counting procedures; counting of votes; fee and fair elections; the electoral law.

المقدمة

تشكل مرحلة الفرز واحدة من أهم مراحل العملية الانتخابية بوصفها المرحلة التي تُظهر مخرجات عمل المراحل الانتخابية السابقة، فهي ثمرة للمقدمات المتتالية منذ تسجيل أسماء الناخبين وفتح باب الترشح والدعاية الانتخابية وممارسة الاقتراع. وتعتبر بذات الوقت المدخل الأساسي للمرحلة النهائية للعملية الانتخابية والمتمثلة بالإعلان النهائي للنتائج.

ولذا تحظى هذه المرحلة بأهمية بالغة كجزء من العملية الانتخابية، نظراً لدورها الفاعل في تعزيز الثقة العامة في الانتخابات، وتقبّل المرشحين والأحزاب السياسية لنتائج الانتخابات النهائية. كما أن الممارسة السليمة لإجراءات هذه المرحلة تؤدي إلى التوازن بين متطلبات النزاهة والدقة والسرعة، كما يدلل على حياد ونزاهة ونجاح الإدارة الانتخابية.

ومما لا شك فيه، فإن هذه المرحلة تعد من أخطر مراحل إدارة العملية الانتخابية، والتي قد يؤدي الإخلال بها إلى تحريف وتزوير الإرادة الشعبية، وكذلك فإن الإخلال بالمبادئ والمعايير الضابطة لإجراءات الفرز سيؤدي حتماً لتزوير الإرادة الشعبية؛ إذ تسهل في هذه المرحلة أساليب التلاعب بالعملية الانتخابية إذا كانت هناك نيةٌ للتلاعب بإرادة الناخبين، لما تتسم به هذه المرحلة من الدقة والسرعة، وكذلك للضغوطات التي تخضع لها لجنة الاقتراع والفرز أثناء عد أوراق الاقتراع.

فقد أظهرت التجارب أن تزوير الانتخابات في الغالب يتم خلال عملية فرز أوراق الاقتراع، أو تجميع النتائج، وليس أثناء عملية الاقتراع فقط. لهذا استقرت الممارسات الفضلى في العالم♦ والمستندة إلى نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على مجموعة من المبادئ التي تهدف لسلامة هذه المرحلة من العملية الانتخابية والتي تتمثل بـ: الشفافية والأمن والمهنية والدقة والسرية والتوقيت والمسؤولية والعدل.

وتأسيساً على ما سبق، فإن **الإشكالية الرئيسة** التي يثيرها هذا البحث ويحاول الإجابة عليها هي: إلى أي مدى استطاع المشرع الأردني لقانون الانتخاب تكريس ضمانات لنزاهة وحياد لجان الاقتراع والفرز، وانعكاس ذلك على شفافية ونزاهة عملية الفرز، وبالتالي صدقية نتائج تلك العملية لتعبر حقيقةً عن الإرادة الشعبية للجسم الانتخابي؟، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إلى أي مدى استجاب المشرع الأردني في قانون الانتخاب للمعايير الدولية المقررة للممارسات الفضلى لشفافية ونزاهة العملية الانتخابية في إطار عملية فرز أوراق الاقتراع الانتخابية؟

♦ يقصد بالممارسة الفضلى في عملية الفرز مدى الالتزام بالمبادئ والمعايير الدولية المقررة في الاتفاقيات والعهود الدولية لضمان نزاهة العملية الانتخابية في عملية فرز الأوراق الانتخابية وشفافية نتائج الانتخاب بما يعكس حقيقةً إرادة الناخبين.

ويستند هذا البحث على المنهج العلمي الاستقرائي التحليلي النقدي، وذلك من خلال قراءة تحليلية متأنية للتشريعات الناظمة لانتخاب مجلس النواب وربطها مع الممارسات الفضلى لعمليات فرز الأوراق الانتخابية(١)، بهدف الوقوف على مدى حرص المشرع الأردني في تطوير وتفعيل الضمانات القانونية للمسار الانتخابي، بخصوص إجراءات الفرز وتعزيز الشفافية والنزاهة في هذه المرحلة.

ولمعالجة المشكلة السابقة والإحاطة بضمانات عملية الفرز وبيان مدى توافق قانون الانتخاب الأردني مع المعايير المقررة بالممارسات الفضلى، سيتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين: يخصص الأول للإجراءات الممهدة لعملية الفرز، بينما يعالج **المبحث** الثاني عملية فرز أوراق الاقتراع.

المبحث الأول: الإجراءات الممهدة لعملية الفرز

من المعلوم أن هناك مجموعة من الإجراءات التمهيدية سابقة لعملية فرز أوراق الاقتراع التي تهدف إلى تمهيد الطريق لعملية الفرز والعد السليم، وتتميز هذه الإجراءات بالأهمية كونها توفر مجموعة من المعلومات والإجراءات التي تجعل عملية العد سهلة وموثوقة.

وتتجلى هذه الإجراءات بثلاثة إجراءات رئيسة: يتمثل الأول بتحديد الجهة المختصة بعملية الفرز والتأهيل المناسب لأعضائها، أما الثاني فيتمثل بتوفير مقر الفرز الآمن، وأخيراً يتمحور الإجراء الثالث حول الإجراءات التي يجب على لجنة الفرز القيام بها تمهيداً للبدء بفرز الأوراق وعدها، وسيخصص مطلباً لكل منها.

(١) يذكر أن الباحثين قد استندا في تحديد الممارسات الفضلى إلى ما ورد في العديد من المواثيق المتعلقة بعدالة وحرية الانتخابات والتي من أهمها:

- Inter- Parliamentary Council, Declaration on Criteria for Free and Far Elections. Paris, 1994.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report, Venice, 2002.

بالإضافة إلى المعايير الواردة في الأدلة المخصصة لمراقبة العملية الانتخابية التي تبين القضايا التي يجب التركيز عليها إثناء مراقبة سير العملية الانتخابية بما في ذلك مرحلة فرز أوراق الاقتراع وعدها والتي سيتم ذكرها في هذا البحث، ويأتي في مقدمتها:

Office of The High Commissioner for Human Rights, Professional Training Series No. 7, Training Manual on Human Rights Monitoring, New York and Geneva, 2001.

المطلب الأول

تحديد الجهة المختصة بعملية الفرز والتأهيل المناسب لأعضائها

يجمع الفقه في الوقت الحاضر على أن أبرز معايير نزاهة الانتخابات تقوم على حياد القائمين على إدارتها في جميع مراحلها بدءاً من الإشراف على عملية تسجيل الناخبين والمرشحين، ومرورًا بإدارة يوم الاقتراع، وانتهاءً بعملية فرز أوراق الاقتراع وإعلان نتائجها النهائية، والتنظيم الدقيق والفعّال لحق الناخبين والمرشحين في الاعتراض أو التظلم أو الطعن(١).

ويتطلب الوصول إلى حياد الجهة القائمة على عملية الفرز ونجاحها تحقيق ما يلي:

أولاً: **تحديد الجهة المسؤولة عن عملية فرز أوراق الاقتراع بدقة ووضوح**، خصوصاً في ظل قصر هذه المرحلة وأهميتها، فإذا لم يتم تحديد دقيق لهذه الجهة وبما يضمن سيطرة حقيقية وفعالة وجادة للجهة القائمة على عملية الفرز، فإن ذلك يعرض عملية الانتخاب بأكملها إلى عدم المصداقية ويؤدي لازدياد جرائم هذه المرحلة الهامة من مراحل العملية الانتخابية(٢). ويشترط بهذه الجهة أن تتميز بالحياد والاستقلال والمهنية. فيجب أن تستقل **عن أي جهة ذات صلة بالعملية الانتخابية**؛ فلابد أن تستقل عن السلطة التنفيذية بأن تكون ضمن مسؤوليات جهاز مستقل لإدارة الانتخابات، كما يجب أن تستقل عن الأحزاب والمرشحين، ويتأتى ذلك عن طريق تحديد الشروط الواجب توافرها بأعضاء لجنة الفرز وبما يضمن استقلالهم عن أطراف العملية الانتخابية.

ثانياً: إلزام أعضاء لجنة الفرز بأداء القسم القانوني، وتوقيعهم على تعهد يضمن التزام أعضاء اللجنة بتطبيق أحكام القانون فيما يتعلق بعملية الفرز؛ الأمر الذي يؤكد على أنه يمكن ملاحقتهم قانونياً في حال ثبت عملهم أو تصرفهم بشكل حزبي أو غير حيادي، خصوصاً في حال تضمينها بعقوبات ملائمة وملزمة لمواجهة أية مخالفات لنصوصها بالإضافة إلى إجراءات عادلة لتحديد تلك المخالفات(٣).

---

(١) ماضي، مفهوم الانتخابات الديمقراطية، وانظر كذلك الدباس، ضمانات استقلالية المجالس النيابية، ص١١٩ وما بعدها. ولمزيد من التفاصيل حول مفهوم وضمانان حيادية الإدارة الانتخابية انظر: المطيري، الحماية الدستورية لحق الانتخاب، ص ٥١ وما بعدها.

(٢) الشقاني، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام، ص ٦٦٠.

(٣) وول، أشكال الإدارة الانتخابية، ص ١٠٢.

ثالثاً: التأهيل المناسب لأعضاء لجنة الفرز: من خلال تدريبهم بشكل دقيق ومهني على إجراءات الفرز وفرز أوراق الاقتراع كمرحلة مستقلة عن مرحلة الاقتراع، وبما يضمن الدقة في تنفيذ إجراءات الفرز، والالتزام بالتعامل بحذر واحترام مع المواد الانتخابية.

رابعاً: تنظيم وسائل الرقابة كجزء لا يتجزأ من عملية الفرز: تؤكد الممارسات الفضلى لتنفيذ العملية الانتخابية على الدور المحوري لتنظيم وسائل الرقابة في تعزيز نزاهة العملية الانتخابية[١] بما في ذلك مراقبة مرحلة فرز أوراق الاقتراع والتحقق وذلك من خلال[٢]:

(أ) تنظيم عمليات مراقبة على عملية الفرز من قبل مراقبين محليين ودوليين وممثلي الأحزاب السياسية والمرشحين. **(ب)** منح الإعلام المستقل دوراً مهماً في مراقبة فرز أوراق الاقتراع وعدها، حيث يجب أن تشتمل العملية على وسائل متابعة، ومقارنة وتدقيق على امتداد مراحلها. **(ج)** النص على إجراءات واضحة ومحددة للطعون والاعتراضات خلال مرحلة فرز أوراق الاقتراع وعدها. وبالرجوع إلى التشريعات الانتخابية الأردنية للوقوف على مدى التزامها بالمبادئ السابق بيانها، فإنه يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن المشرع الأردني قد ترك لمجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب تحديد إجراءات تعيين رؤساء لجان الاقتراع والفرز وأعضائها في الدوائر الانتخابية، واشترط في أعضاء اللجان شرطين يتمثلان بما يأتي[٣]:

١. أن يكون أعضاء لجنة الفرز من موظفي الحكومة والمؤسسات الرسمية والعامة.

٢. ألا تكون لأعضاء لجنة الفرز قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الثانية مع أحد المرشحين في الدائرة التي سيعملون بها.

---

(١) يؤكد مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان على الدور الفاعل للمراقبة في تعزيز نزاهة الانتخابات؛ إذ يعتبر تضمين التشريع الوطني وعلى نطاق واسع لأحكام مراقبة التحضيرات للانتخابات والتحقق منها من العناصر المشتركة في القوانين والإجراءات الانتخابية التي تفعل حق الأفراد بانتخابات حرة ونزيهة، لمزيد من التفاصيل راجع: Center For Human Rights, Professional Training Series No.2, p17.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم الرقابة على العملية الانتخابية انظر: مرجان، دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، والحسبان، وآخرون، دليل رصد ومتابعة الانتخابات النيابية، ص ٦ وما بعدها.

(٣) المادة (٢٩/أ) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠١٦

وجاءت التعليمات التنفيذية الخاصة بتشكيل اللجان الصادرة عن مجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب؛ لتبين تشكيل لجنة الفرز بحيث تتألف من رئيس وعضوين يتم تعيينهم بقرار من لجنة الانتخاب المعينة في كل دائرة انتخابية، على أن يصادق مجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب على قرار التعيين(١).

ثانياً: ألزم قانون الانتخاب رؤساء لجان الاقتراع والفرز وأعضاءها **بأداء القسم الآتي:** "أقسم بالله العظيم أن أقوم بالمهام الموكولة إليّ بأمانة ونزاهة وحياد" أمام لجنة الانتخاب وقبل مباشرتهم عملهم(٢).

ثالثاً: تدريب أعضاء لجنة الفرز: يتضح من الرجوع إلى أحكام قانون الانتخاب والتعليمات التنفيذية الصادرة بمقتضاه عدم النص صراحةً على الدور والآليات التي يجب على الهيئة المستقلة للانتخاب القيام بها لتدريب أعضاء لجنة الفرز، على الرغم من أهمية التدريب لأعضاء اللجنة من أجل توحيد إجراء عملية الفرز في ظل ارتفاع عدد أعضاء اللجان وعملهم المؤقت فهم رسمياً يعملون فقط ليوم واحد هو يوم الاقتراع. ويقومون بدور مهم وخطير في تحديد نتائج العملية الانتخابية، والملاحظ قيام الهيئة بالواقع العملي بتدريب أعضاء لجان الفرز، لذا يأمل الباحثان أن يتم تدارك هذا النقص وتكليف الأمانة العامة للهيئة المستقلة صراحةً بتدريب أعضاء لجنة الفرز وتنظيم هذه العملية التدريبية بموجب تعليمات.

رابعاً: تنظيم وسائل الرقابة على عمل لجنة الفرز: تجد عملية الرقابة على عمل لجنة الفرز أساسها لنص المادة ٦٧ من الدستور الأردني ١٩٥٢ التي أكدت على المبادئ العامة للانتخابات الديمقراطية المتمثلة بالانتخاب العام والسري والمباشر والنزيه، وهذه الأخيرة لم ينص عليه صراحة، إلا أنها، أي النزاهة، يمكن أن تستخلص من النص الدستوري "وفاقاً لقانون للانتخاب يكفل الأمور والمبادئ الآتية:- أ- حق المرشحين في مراقبة الأعمال الانتخابية. ب- عقاب العابثين بإرادة الناخبين. ج- سلامة العملية الانتخابية في مراحلها كافة.(٣)" فهذا النص واضح الدلالة على رغبة المشرع بضمان نزاهة الانتخاب وهو الأمر الذي تساهم رقابة الانتخاب بتحقيقها.

(١) المادة (٤/أ) التعليمات التنفيذية الخاصة بتشكيل اللجان

(٢) انظر المادتين (٢٥/ب) و (٢٩/ ب) من قانون الانتخاب.

(٣) المادة (٦٧/١) من الدستور الأردني.

وقد أضحت عملية الرقابة على العملية الانتخابية جزءاً رئيساً من العملية في قانون الهيئة المستقلة للانتخاب لعام ٢٠١٢، الذي أسند لمجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب اعتماد ممثلي مؤسسات المجتمع المدني والإعلاميين وأي مراقبين محليين ودوليين للاطلاع على سير العملية الانتخابية النيابية ومراقبتها بمقتضى تعليمات تنفيذية[١]. وتنفيذاً لهذا النص القانوني أصدر مجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب التعليمات التنفيذية رقم (٣) الخاصة باعتماد المراقبين المحليين للعملية الانتخابية، والتعليمات التنفيذية رقم (٤) الخاصة باعتماد المراقبين الدوليين للعملية الانتخابية التي قننت ونظمت كيفية إجراء هذه الرقابة. ويذكر أن مؤسسات المجتمع المدني قد باشرت بمراقبة الانتخابات النيابية منذ عام ٢٠٠٧ عندما شكلت مؤسسات المجتمع المدني أكثر من فريق لمراقبة سير العملية الانتخابية لعام ٢٠٠٧. ومن أهمها كان الفريق الأول الفريق الوطني لمراقبة الانتخابات النيابية لعام ٢٠٠٧ تحت مظلة المركز الوطني لحقوق الإنسان، وفريق التحالف المدني لمراقبة الانتخابات بقيادة مركز الأردن الجديد، وفريق تحالف راصد بقيادة مركز الحياة لتنمية المجتمع المدني.

وتأسيساً على هذا التنظيم القانوني يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

١- لم يحدد قانون الانتخاب شروط موضوعية بأعضاء اللجنة؛ إذ اكتفى القانون بذكر شرطين شكليين، **الشرط الأول:** أن يكون أعضاء اللجنة من موظفي الدوائر الحكومية، أما **الثاني:** فقد تطلب ألا يكون أعضاء لجنة الفرز من أقارب أحد المرشحين من الدرجة الثانية. ويرى الباحثان أن الشرط الأول يقصر اختيار أعضاء اللجنة من إحدى الجهات المتأثرة بالعملية الانتخابية، والتي غالباً ما يكون لها اتجاه أو ميل لبعض المرشحين القريبين من توجهاتها. لذا يفضل الباحثان التوسع في تشكيل لجان الفرز بحيث لا تقتصر على موظفي الحكومة، بل تشمل القطاع الخاص بالإضافة لمؤسسات المجتمع المدني مع التأكيد على الالتزام بالشرط الثاني الذي يتطلب ألا يكون أعضاء لجنة الفرز من أقارب أحد المرشحين من الدرجة الثانية، مع ضرورة إعادة النظر بدرجة القرابة من المرشح، إذ أن النص الحالي يحرم أبا المرشح وابنه وأخاه وزوجه فقط من أن يكونوا أعضاء اللجنة، مما يسمح لعم المرشح أو خاله أو ابن أخيه أن يكون من أعضاء لجنة الفرز[٢]. الأمر الذي يدعو الباحثين إلى التوصية برفع درجة القرابة لتصبح بحدها الأدنى الدرجة الرابعة. وبذات الوقت يؤمل أن يتضمن القانون شروطاً موضوعية في أعضاء اللجنة، من أهمها:

(١) المادة (١٢/ك) من قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم ١١ لسنة ٢٠١٢.

(٢) انظر المادة (٣٦) من القانون المدني الأردني، ولمزيد من التفاصيل لحساب درجة القرابة انظر: الداودي، المدخل إلى علم القانون، ص٢٨٩.

أ- أن يكون محمود السيرة والسلوك. (ب) أن يمضي على عمله في قطاعه مدة زمنية تكفي لأن يكون لديه القدرة والخبرة على التصرف في المواقف التي قد يتعرض لها أثناء القيام بعمله، وأن يكون قد شارك بتنظيم أو مراقبة انتخابات أخرى كانتخابات البلديات والنقابات واتحادات الطلبة، بالإضافة لإمكانية الحكم على نزاهته وحياده. (ج) أن يكون قد شارك ببرنامج تدريبي تكفي مدته لتأهيله لإدارة عملية فرز أوراق الاقتراع وعدها.

٢- لم يتم الفصل بين أعضاء لجنة الاقتراع والفرز، وكان يفضل أن يتم الفصل العضوي بين أعضاء اللجنتين، وذلك لضمان عدم قيام أعضاء لجنة الفرز بالتغاضي عن الأخطاء التي قد ترتكب خلال عملية الاقتراع، وكذلك لضمان أن تشرع لجنة الفرز بعملها وهي في قمة النشاط، على عكس الوضع الحالي؛ إذ تبدأ لجنة الفرز عملها بعد أن تكون قد أرهقت من عمليات الاقتراع التي تستمر بحدها الأدنى لاثنتي عشرة ساعة[١].

٣- اكتفى كل من القانون والتعليمات التنفيذية بإلزام أعضاء اللجان بأداء القسم القانوني قبل مباشرة عملهم[٢]، ولم يلزمهم بالتوقيع على التعهد (مدونة السلوك) للعمل بحياد ونزاهة، الأمر الذي يعني تركيز التشريع الأردني على النواحي الأخلاقية والقيم الإنسانية السامية دون التركيز على الأبعاد القانونية المتمثلة بالتوقيع على التعهد والذي يضمن تعرضه للمساءلة التأديبية عن تصرفاته أثناء عملية الفرز والتي لا ترقى للأفعال المجرمة جزائياً.

المطلب الثاني: توفير المقر الآمن للفرز

يتعين على الإدارة الانتخابية اتخاذ الإجراءات اللازمة لسلامة العملية الانتخابية من خلال إنشاء آلية محايدة وغير متحيزة لإدارة العملية الانتخابية بما في ذلك ضمان سلامة عملية فرز أوراق الاقتراع[٣]، الأمر الذي لا يتأتى إلا من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية مركز الاقتراع والفرز[٤]. ويأتي في مقدمة هذه الإجراءات تحديد المكان الذي ستجري فيه عملية فرز أوراق الاقتراع وعدها، وتأخذ قوانين الانتخاب في دول العالم بعدة خيارات لتحديد مقر الفرز، فقد يكون على المستوى الوطني بمعنى أن يتم الفرز في مكان واحد ولجميع الدوائر الانتخابية في الدولة، أو على مستوى مركزي بأن تجري عملية الفرز

(١) انظر بذات المعنى: عفيفي، الانتخابات النيابية وضمانتها الدستورية والقانونية، ص ٥٦٨.

(٢) نصت المادة (٢٩/ب) من قانون الانتخاب على: " يقسم رؤساء لجان الاقتراع والفرز وأعضاؤها أمام لجنة الانتخاب وقبل مباشرتهم عملهم اليمين المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المـادة (٢٥) من هذا القانون. علما أن المادة (٢٥/ ب نصت على القسم التالي: " أقسم بالله العظيم أن أقوم بالمهام الموكولة إلي بأمانة ونزاهة وحياد."

(3)Goodwin-Gill, Free and Fair Elections, pp164-165

(٤) بلعور، نحو نزاهة العملية الانتخابية من خلال ضمانات قانون الانتخاب رقم١٢/٠١، مجلة دفاتر السياسية والقانون، ص٥٨.

في مقر الدائرة الانتخابية، أو تأخذ باللامركزية في عملية الفرز بأن تتم عملية الفرز في ذات المكان التي تجري فيه عملية الاقتراع(١)، ويرى الباحثان أن بقاء فرز أوراق لاقتراع وعدها في ذات المركز الذي تم فيه الاقتراع بوصفه من أفضل الأساليب لإجراء عملية الفرز؛ نظراً لما توفره من إيجابيات، من أهمها(٢):

١- عدم الحاجة لنقل صناديق الاقتراع إلى مكان آخر، وهو ما يسهم في المحافظة على سلامة صناديق الاقتراع والأوراق الموجودة بداخله؛ الأمر الذي يعزز بالنهاية شفافية عملية الفرز والعد، ويعزز من ثقة المواطنين في النتائج التي تعلن بشكل فوري بعد الانتهاء من عملية الفرز والعد.

٢- سرعة الحصول على النتائج الأولية لكل مركز فرز، وبالتالي تسريع الحصول على النتائج النهائية، وهو ما يستجيب لرغبة الناخبين والمرشحين الذين يتوقون لمعرفة نتائج الانتخابات بأسرع وقت.

٣- التقليل من الإجراءات الأمنية التي تصاحب عملية نقل الصناديق لمسافات طويلة.

وتركز الممارسات العالمية الفضلى على دور الإدارة الانتخابية في تأمين أمن وسلامة مقر لجنة الفرز وتنفيذ عملية الفرز والعد، وذلك من خلال بيان أهم الشروط الواجب توافرها في مركز الفرز بما في ذلك توفير الظروف المادية المناسبة لإجراء عمليات الفرز والعد من حيث مساحة القاعة وتوفير الإضاءة الكافية والدائمة لإجراء عملية الفرز، وبيان إجراءات الأمن السليمة التي تضمن سلامة عملية الفرز بما في ذلك منع دخول الأشخاص غير المصرح لهم بالدخول لمركز الفرز.

وبالرجوع إلى قانون الانتخاب الأردني، يتبين أنه قد أخذ بأسلوب **لامركزية** الفرز، أي أن يتم الفرز في ذات مركز الاقتراع، فقد عرف قانون الانتخاب مركز الاقتراع والفرز بأنه المكان الذي تحدده الهيئة

(١) انظر بذات المعنى: Goodwin-Gill, Free and Fair Elections, pp.135، وانظر كذلك شبكة المعرفة الانتخابية، فرز أوراق الاقتراع.

(٢) يذكر أن هناك حالات يفضل فيها عدم اللجوء إلى الفرز في ذات مركز الاقتراع ويعود ذلك لعدد من الأسباب أهمها: حماية سرية الاقتراع وحماية الناخبين؛ وذلك في حالة الخشية من معرفة توجه الناخبين في مركز ما، وكذلك للحفاظ على الوحدة الاجتماعية والوطنية في حال توزعت الدوائر الانتخابية بين مجموعات عرقية يختلف بعضها عن بعض في اللغة، أو الطبقة أو لأية اعتبارات أخرى، كما تؤثر الاعتبارات المادية والمتمثلة بعدم توفر التجهيزات اللازمة لتنفيذ عمليات فرز أوراق الاقتراع في مراكز الاقتراع والفرز، كما تشكل صغر مساحة البلد حافزاً لتوحيد مركز الفرز، وأخيراً يمكن اللجوء إلى هذا الأسلوب بهدف توحيد القواعد المتعلقة برفض أوراق الاقتراع غير الصالحة وبما يحقق المساواة والعدالة بين جميع المرشحين، وطبيعة بعض النظم الانتخابية.

في الدائرة الانتخابية لإجراء عمليتي الاقتراع والفرز[١]. كما أن العديد من مواد قانون الانتخاب قد أشارت إلى لجنة الاقتراع والفرز بوصفها لجنة واحدة تتولى تنفيذ مرحلتي الاقتراع والفرز[٢].

وقد منح القانون الهيئة المستقلة للانتخاب صلاحية تحديد مراكز الاقتراع والفرز في كل دائرة انتخابية، مع بيان عدد صناديق الاقتراع والفرز في كل مركز، على أن ينشر القرار على الموقع الإلكتروني للهيئة وفي صحيفتين محليتين يوميتين، وفي أي مكان تراه الهيئة مناسبا، وألزم القانون الهيئة تحديد هذه المراكز قبل موعد الاقتراع بسبعة أيام على الأقل[٣].

ويلاحظ أن قانون الانتخاب قد حدد بشكل دقيق الجهة التي تملك تحديد مكان مركز الفرز والمتمثلة بالهيئة المستقلة للانتخاب، إلا أنه يلاحظ أن المشرع قد منح الهيئة صلاحية مطلقة بهذا الخصوص دون أن يضع الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توفرها في مقر مركز الفرز، وبما يضمن الحفاظ على أمن العملية الانتخابية، فقد جاء قانون الانتخاب والتعليمات الصادرة بمقتضاه خاليةً من بيان الشروط والمواصفات الواجب توفرها في مقر لجنة الفرز، بل كان تركيز القانون على منح لجنة الاقتراع والفرز الصلاحيات اللازمة للحفاظ على أمن وسلامة مركز الاقتراع وأهمها:

١- منع دخول مراكز الاقتراع والفرز من غير المصرح لهم بدخول هذه المراكز بموجب أحكام قانون الانتخاب، ولرئيس لجنة الاقتراع والفرز إخراج المخالف من المركز فور ارتكاب المخالفة[٤].

٢- منع القيام بأي عمل من شأنه التأثير في حسن سير العملية الانتخابية في مركز الاقتراع والفرز بالطلب من أي شخص يقوم بذلك مغادرة مركز الاقتراع والفرز، وللجنة الطلب من أفراد الأمن إخراجه إذا رفض ذلك [٥].

٣- منح أعضاء لجنة الفرز صفة الضابطة العدلية، فقد نص قانون الانتخاب على أنه: "لغايات تطبيق أحكام هذا القانون، يُعتبر الرئيس وأعضاء المجلس ورؤساء لجان الانتخاب وأعضاؤها ورؤساء لجان الاقتراع والفرز ورؤساء أي لجان أخرى مشكلة بموجب أحكام هذا القانون من أفراد الضابطة العدلية وفقاً للأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات الجزائية ولهم بهذه الصفة ضبط أي من الجرائم المرتكبة خلافاً لأحكام قانون الانتخاب[٦].

(١) المادة (٢) من قانون الانتخاب.

(٢) انظر على سبيل المثال المواد:٢٩، ٣٢، ٣٥، ٣٧، ٤٩، ٤١، ٤٢ من قانون الانتخاب.

(٣) المادة (٢٦/أ) من قانون الانتخاب

(٤) المادة (٥٥/أ) من قانون الانتخاب.

(٥) المادة (٣٢) من قانون الانتخاب

(٦) المادة (٦٤) من قانون الانتخاب.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإضافة قد دخلت منظومة التشريع الأردني بموجب أحكام المادة ٦٨ قانون الانتخاب رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٢؛ إذ لم تكن قوانين الانتخاب السابقة تتضمن نصوصاً مشابهة لهذا النص.

وبالرجوع إلى التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات يتبين أنها قد منحت مدير مركز الاقتراع والفرز مهمة التنسيق مع الأجهزة الأمنية فيما يتعلق بأمن مركز الاقتراع والفرز[١]، ولكفالة أمن وسلامة العملية الانتخابية فقد منحه كذلك صلاحية تنظيم دخول الأشخاص المصرح لهم الدخول إلى المركز[٢]. كما منحت هذه التعليمات رئيس لجنة الاقتراع والفرز مهمة منع القيام بأي عمل من شأنه التأثير في حسن سير العملية الانتخابية في مركز الاقتراع والفرز والطلب من أي شخص يقوم بذلك مغادرة مركز الاقتراع والفرز وأن يطلب من أفراد الأمن إخراجه إذا رفض ذلك[٣].

المطلب الثالث: الإجراءات التمهيدية لفرز الأوراق وعدها

تسبق عملية فرز الأوراق وعدها جملة من الإجراءات التي تهدف إلى تهيئة الظروف المناسبة لعملية العد والتي تتضمن وفقا لأفضل الممارسات الدولية ما يأتي:

أولاً: **إقفال صناديق الاقتراع وتحضير مقر لجنة الفرز لمرحلة فرز أوراق الاقتراع وعدها:** تتمثل المرحلة التحضيرية الأولى لعملية العد بإغلاق صندوق الاقتراع بعد التحقق من انتهاء عملية الاقتراع في الوقت المحدد قانوناً؛ لذا يجب على رئيس لجنة الاقتراع والفرز أن يقوم بما يأتي:

١. الإعلان رسمياً عن إقفال باب الاقتراع وإبلاغ الناخبين الموجودين بالقرب من مركز الاقتراع بذلك.

٢. التحقق من عدم وجود الأشخاص غير المسموح لهم قانوناً بالبقاء داخل مركز الفرز، لفرز أوراق الاقتراع وعدها أو لمراقبة العملية.

٣. السماح لممثلي الأحزاب والمرشحين والمراقبين بالبقاء داخل مقر لجنة الفرز أثناء عملية فرز أوراق الاقتراع وعدها، وفي حال عدم وجود أحد سوى أعضاء لجنة الفرز يمكن الطلب من آخر الناخبين المقترعين البقاء لمعاينة عملية العد. وفي حالة رفض أخر ناخب في البقاء في المركز، تستمر اللجنة في عملها وتثبت الحالة في محضر الفرز.

(١) المادة (٤/ أ/٧) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات رقم (٩) لسنة ٢٠١٦.
(٢) المادة (٤/ أ/٩) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات رقم (٩) لسنة ٢٠١٦.
(٣) المادة (٣/ أ/٦) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات رقم (٩) لسنة ٢٠١٦.

٤. إعادة ترتيب غرفة الاقتراع؛ بحيث تغدو جاهزة للبدء بعملية الفرز من خلال وضع الطاولات بعضها بجانب بعض لإيجاد مساحة عمل كافية، والتأكد من عدم وجود أي أوراق بما فيها أوراق الاقتراع على الطاولة.

وبالرجوع إلى قانون الانتخاب الأردني، يتبين أنه لم يتضمن إلزام لجنة الاقتراع والفرز بالإعلان الرسمي عن انتهاء عملية الاقتراع، ولم يلزمها كذلك بالتحقق من عدم وجود الأشخاص غير المسموح لهم داخل القاعة تمهيداً لإخراجهم.

لذا يتمنى الباحثان تعديل القانون للنص صراحةً على قيام لجنة الفرز بهذه الإجراءات لزيادة شفافية عملية الفرز، خصوصاً أن العديد من تقارير مراقبة الانتخابات الأردنية قد أشارت بشكل صريح لوجود أشخاص غير مصرح لهم في غرفة الاقتراع والفرز في مرحلة فرز أوراق الاقتراع[١]، كما كان يسود بعض مراكز الاقتراع حالة من الفوضى مع نهاية الوقت المخصص للاقتراع بسبب عدم الإعلان الواضح والصريح عن انتهاء عملية الاقتراع، ويسجل الباحثان للمشرع الأردني حرصه على منح أكبر قدر ممكن من الناخبين لممارسة حقهم بالاقتراع، حيث منحت التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز الناخبين الموجودين داخل حرم مركز الاقتراع والفرز بالتزامن مع انتهاء مدة الاقتراع الحق باستكمال إجراءات اقتراعهم[٢].

ثانياً: إحصاء أعداد الناخبين الذين مارسوا حقهم بالاقتراع والأوراق التالفة وغير المستعملة وإعداد محضر إغلاق الصناديق: تفرض الممارسات الدولية الفضلى سلسلة من الإجراءات المهمة التي يجب على لجنة الفرز أن تقوم بها قبل المباشرة بعملية فرز أوراق الاقتراع ومنها ما يأتي[٣]:

١. إحصاء عدد أوراق الاقتراع غير المستعملة والتالفة والتي تشمل الأوراق التي يتلفها الناخب بغير قصد، من خلال ارتكاب خطأ في تعبئتها أو التأشير عليها، ومن ثم يقوم باستبدالها بورقة اقتراع أخرى، أو أوراق الاقتراع التي تحتوي على خطأ مطبعي، أو التي تتعرض لأي تلف أو عطب[٤]. وتظهر فائدة هذه الخطوة في المرحلة اللاحقة عند تجميع عدد الأوراق التي

(١) انظر على سبيل المثال: تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان حول مجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠١٠، ص٦٥. وتقرير الفريق الوطني حول انتخابات مجلس النواب السابع عشر لعام ٢٠١٣، ص ٢٦، وتقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان حول مجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠٠٧، ص ٢٢.

(٢) المادة (١٣/ج) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز.

(٣) انظر بذات المعنى: شبكة المعرفة الانتخابية، فرز أوراق الاقتراع.

(٤) المرجع السابق.

بداخل صندوق الاقتراع مع الأوراق التالفة التي يجب أن تتطابق مع عدد الأوراق التي استلمتها اللجنة، وبعكس ذلك سيكون هناك خلل في العملية الانتخابية.

٢. إحصاء عدد الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم وكما هو مثبت في السجل الانتخابي الخاص بالاقتراع، ومن ثم مقارنة هذا العدد مع عدد أوراق الاقتراع المستخدمة والمفترض أن تكون متساوية.

٣. التحقق من مطابقة عدد أوراق الاقتراع المستخدمة، وغير المستخدمة، وأوراق الاقتراع التالفة مع العدد الكلي الذي تسلمته لجنة الاقتراع صبيحة يوم الانتخابات؛ إذ يجب عند افتتاح عمليات الاقتراع عد وتوثيق أوراق الاقتراع التي تم استلامها في مركز الاقتراع والتحقق من الأرقام المتسلسلة لها والتحقق من اكتمالها بهدف تسهيل عمليات فرز أوراق الاقتراع عند الانتهاء منه وإقفال باب الاقتراع.

٤. توثيق أية اختلافات قد تكتشف والعمل على معالجتها، وإذا لم تتمكن لجنة الفرز من معالجة الاختلالات فعليها إبلاغ الإدارة الانتخابية بذلك وتضمينها في التقارير ذات العلاقة.

٥. تدوين تلك الأعداد على نموذج العد والفرز.

هذا ويسجل للمشرع الأردني إلزامه لجنة الاقتراع والفرز لكل صندوق بعد الانتهاء من عملية الاقتراع، بتنظيم محضر على نسختين يتم توقيعهما من رئيس اللجنة وأعضائها وممن يرغب من الحاضرين من المرشحين أو مندوبيهم على أن يتضمن المحضر ما يأتي[١]:(أ) اسم مركز الاقتراع والفرز. (ب) رقم الصندوق. (ج)عدد أوراق الاقتراع التي تسلمتها اللجنة. (د) عدد الناخبين الذين مارسوا حق الاقتراع. (هـ) عدد الأوراق التي استعملت في الاقتراع والأوراق التي لم تستعمل أو ألغيت أو أتلفت وسبب ذلك[٢].

(١) المادة ٤١ من قانون الانتخاب.

(٢) ويسجل الباحثان التقدم في التشريع الأردني منذ قانون الانتخابات رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ والذي توسع في البيانات الواجب تضمينها في محضر نهاية الاقتراع، إذ تضمنت المادة ٤٣ من هذا القانون ذات الأحكام المبينة أعلاه والتي تضمنها القانون الحالي، علما بان قانون الانتخاب لعام ٢٠١٠ كان وبموجب المادة (٣٨) منه يلزم لجنة الاقتراع والفرز تنظيم محضرٍ يتضمن ما يأتي: عدد الناخبين الذين مارسوا حق الاقتراع في ذلك الصندوق، عدد الأوراق التي استعملت في الاقتراع والأوراق التي لم تستعمل أو ألغيت أو أتلفت وسبب ذلك، وهو ما كان يتضمنه قانون عام ٢٠٠١م،

أما التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات فقد جاءت أكثر تفصيلاً فبينت أنه يجب على لجنة الاقتراع والفرز بعد الانتهاء من عملية الاقتراع وقبل البدء بعملية فرز أوراق الاقتراع إتباع الخطوات الآتية[١]:

١. إحصاء الأوراق غير المستخدمة والأوراق التالفة ورزمها في كيس آمن، ووضعها في الحقيبة المخصصة.

٢. تنظيم محضر انتهاء الاقتراع على نسختين وفق النموذج المعتمد من المجلس يتم توقيعهما من رئيس لجنة الاقتراع والفرز وعضويها، وممن يرغب من الحاضرين من مفوضي القوائم أو أي من المرشحين أو مندوبيهم على أن يتضمن المحضر ما يأتي: (أ)اسم المحافظة. (ب) اسم الدائرة الانتخابية. (ج) اسم مركز الاقتراع والفرز. (د) رقم الصندوق. (هـ) أرقام أقفال الصندوق. (و)جنس الصندوق (ذكور أو إناث). (ز) عدد أوراق الاقتراع التي تسلمتها اللجنة. (ح) عدد الناخبين الذين مارسوا حق الاقتراع وفق السجل الورقي الخاص بالمقترعين. (ط)عدد أوراق الاقتراع التي استعملت في الاقتراع. (ي) عدد أوراق الاقتراع التي لم تستعمل. (ك)عدد أوراق الاقتراع التي ألغيت أو أتلفت وسبب ذلك.

ويلاحظ أن التعليمات قد جاءت بإضافات حقيقية تتمثل بذكر عدد الأوراق التي استلمتها لجنة الاقتراع مع بدء عملية التصويت، الأمر الذي يعزز من نزاهة وشفافية العملية الانتخابية؛ إذ إن مقارنة عدد الأوراق المستعملة وغير المستعملة والأوراق التالفة والملغاة مع عدد الأوراق التي استلمتها لجنة الاقتراع في الصباح يؤشر بوضوح على سلامة إجراءات الاقتراع، كما جاء ترتيب الإجراءات التمهيدية للفرز موائمة للممارسات الفضلى.

المبحث الثاني: عملية فرز أوراق الاقتراع

تعد مرحلة الفرز من المراحل الإجرائية التي تحدد مخرجات عملية الاقتراع، لذا فإن أي خطأ سواء كان مقصوداً أو غير مقصود فإنه سينعكس مباشرة على العملية الانتخابية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عملية العد تتسم بالسرعة، لذا فإن الدقة والشفافية في تنفيذها يعتبر متطلباً أساسياً لنجاحها[٢]. وللإحاطة بإجراءات هذه المرحلة[٣] سيتم دراستها من خلال ثلاثة مطالب يتناول المطلب الأول القواعد

(١) المادة (١٥) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات.

(٢) الحسبان وآخرون، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٣) الغزوي، نظرات حول التوأم قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٦ لسنة ٢٠١٦ – قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم ١١ لسنة ٢٠١٢، ص ٨٢.

والإجراءات الأساسية لعملية فرز أوراق الاقتراع، فيما يخصص المطلب الثاني للوقوف على الضوابط القانونية لفرز أوراق الاقتراع، أما المطلب الثالث فسيخصص لإجراءات فرز أوراق الاقتراع وتنظيم محضر الفرز ونتائج الانتخاب في مقر اللجنة.

المطلب الأول: القواعد والإجراءات الأساسية لعملية عد أوراق الاقتراع

يشترط لنجاح عملية فرز أوراق الاقتراع وعدها تبني الإدارة الانتخابية وتنفيذها لمجموعة من القواعد والإجراءات الأساسية والهادفة للتحقق من دقة عملية العد، وأنها تعبر بصدق عن أصوات الناخبين الحقيقية، ويمكن إجمال هذه القواعد بما يأتي[١]:

١. بساطة عملية فرز أوراق الاقتراع وفرزها:

من أهم شروط نجاح عملية الفرز وضوح وبساطة قواعد فرز أوراق الاقتراع وعدها، بما في ذلك وضوح التعليمات الخاصة بقبول ورقة الاقتراع باعتبارها صالحة أو برفضها باعتبارها باطلة، وهو ما يتأتى من خلال المعرفة والفهم المسبق بهذه القواعد من قبل جميع المعنيين بالعملية الانتخابية، وفي مقدمتهم أعضاء لجان الفرز، ويتحقق ذلك من خلال تضمين قوانين الانتخاب الآتي: (أ) تحديد العمليات المحددة التي يجب على أعضاء لجنة الفرز الالتزام بها أثناء عملية فرز أوراق الاقتراع. (ب) إلزام الإدارة الانتخابية بتوفير أدلة توضيحية تبين إجراءات عملية العد لجميع المشاركين بالعملية الانتخابية، من أعضاء لجنة الفرز، وجمهور الناخبين، والأحزاب السياسية، والمرشحين، والمنظمات الأهلية، ووسائل الإعلام، ومراقبي الانتخابات المحليين والدوليين. وتدريبهم على تنفيذ هذه الإجراءات.

٢. التدقيق في عملية فرز أوراق الاقتراع والتحقق من صحتها وتبني إجراءات واضحة لاستئناف ومراجعة قرارات لجنة الفرز:

أوجبت الممارسات الدولية الفضلى لضمان دقة عملية فرز أوراق الاقتراع والتحقق من صحتها، ان يتضمن القانون الأحكام الآتية:

أ- تحديد إجراءات عمل واضحة بخصوص الاعتراضات على إجراءات لجنة الفرز وقراراتها والتي يتقدم بها مندوبو المرشحين؛ إذ يجب تحديد الجهات والأفراد الذين يتمتعون بالسلطة أو الصلاحية لمعالجة تلك الاعتراضات والبت فيها[٢].

(١) انظر بذات المعنى: شبكة المعرفة الانتخابية، فرز أوراق الاقتراع.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول آليات حل النزاعات الانتخابية بشكل عام، انظر:
Orozco-Henríquez, Electoral Justice: The International IDEA Handbook.

ب- منح مراقبي الانتخابات المحليين والدوليين ووسائل الإعلام دوراً مهماً في الإشراف على عملية فرز أوراق الاقتراع، مما يضفي على الانتخابات طابع الانفتاح والشفافية.

ج- منح ممثلي الأحزاب والمرشحين الحق بالطعن في إجراءات لجنة الفرز وقراراتها؛ إذ يشترط في نظام الانتخاب القائم على أسس الانتخابات الحرة والنزيهة أن يكون قادراً على التعامل الفوري والمؤثر مع الطعون التي ستقدم حتماً خلال عملية الفرز(١)، ولتحقيق ذلك يجب تضمين التشريعات الانتخابية ما يأتي:

- الحق في تقديم الاعتراضات إلى لجنة الفرز بخصوص أي من قرارات لجنة الفرز أثناء عمليات التحقق، والمطابقة، والفرز والعد.
- تمكين الأحزاب السياسية والمرشحين من استئناف قرارات لجنة الفرز أمام سلطة أعلى في الإدارة الانتخابية والتي يجب البت فيها خلال مدة زمنية محددة وإبلاغ صاحب الشأن بنتيجة الطعن.

وقد سبق أن بيّن الباحثان أن القانون الأردني قد أسند للجنة الاقتراع والفرز النظر في طعون المرشحين وممثليهم أثناء عملية الفرز؛ إذ تتولى لجنة الاقتراع والفرز الفصل في الاعتراضات التي يقدمها مفوضو القوائم أو المرشحون أو مندوبوهم في أثناء إجراء عملية فرز أوراق الاقتراع، وتكون قراراتها بشأنها نافذة فور صدورها على أن يتم تدوينها في محضر خاص بذلك. وجاءت التعليمات الخاصة باعتماد المراقبين المحليين للعملية الانتخابية لتوضح إجراءات الاعتراض على النحو الآتي(٢):

" أ. تتولى لجنة الاقتراع والفرز الفصل في الاعتراضات التي يقدمها مفوضو القوائم أو المرشحون أو مندوبوهم بخصوص تطبيق أحكام الاقتراع وفق أحكام قانون الانتخاب والتعليمات الصادرة بمقتضاه، وتكون قراراتها نافذة فور صدورها بأغلبية أصوات أعضائها.

ب. تقدم الاعتراضات المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة على النموذج الذي يعتمده المجلس على أن تكون من ثلاث نسخ، وتعاد إحدى النسخ لمقدم الاعتراض بعد اتخاذ اللجنة القرار بشأنها.

ج. تدون الاعتراضات والقرارات والإجراءات التي تمت وفقا لأحكام هذه المادة في سجل خاص يعد لهذه الغاية."

(1) Goodwin-Gill, op.cit., p.157

(٢) المادة (١١) من التعليمات الخاصة باعتماد المراقبين المحليين للعملية الانتخابية.

ويتضح من دراسة أحكام قانون الانتخاب تحقيقه للمعيار الأول، فقد حدد القانون تكوين لجنة الاقتراع والفرز وواجباتها بشكل محدد وواضح(١). كما حقق المعيار الثاني؛ إذ سبق أن بيَّن الباحثان أن التشريع الأردني قد نظم حق المرشحين ومندوبيهم وفرق الرقابة المحلية والدولية في مراقبة سير عملية الفرز، كما أضحت التشريعات الانتخابية الأردنية تسمح بوضوح بمراقبة الانتخابات النيابية سواء كانت رقابة مؤسسات المجتمع المدني المحلية(٢) أو رقابة المراقبين الدوليين(٣).

أما بخصوص مسألة الاعتراضات، فقد أسند القانون لذات اللجنة صلاحية النظر في طعون المرشحين وممثليهم أثناء عملية الفرز؛ إذ تتولى لجنة الاقتراع والفرز الفصل في الاعتراضات التي يقدمها مفوضو القوائم أو المرشحون أو مندوبوهم في أثناء إجراء عملية فرز أوراق الاقتراع وتكون قراراتها بشأنها نافذة فور صدورها على أن يتم تدوينها في محضر خاص بذلك(٤).

وعلى الرغم من محاولة التعليمات التوسّع في إجراءات الاعتراض من خلال استحداث نموذج الاعتراض، الذي أصبح وسيلة إثبات للاعتراض والقرار الصادرة عن لجنة الاقتراع والفرز، وهو تقدم محمود يسجل لمجلس مفوضي الهيئة، إلا أن النقص يبقى واضحاً في التشريع الأردني الذي يتمثل بجعل قرار لجنة الاقتراع والفرز قراراً نهائياً، وهو الأمر الذي يتعارض مع الممارسات الفضلى التي تسمح للمعترض استئناف قرار لجنة الاقتراع والفرز وبما يحقق العدالة بصورة أفضل؛إذ أنه يسرّع من صدور نتيجة الاعتراض فلا يعقل أن نكتفي بالانتظار لإعلان النتائج والطعن في قرار اللجنة لدى القضاء.

ويأمل الباحثان أن يتم تطوير عملية النظر في طعون المرشحين من خلال جعلها على درجتين بأن يمنح المعترض فرصة استئناف قرار لجنة الفرز، كأن يكون الاعتراض للجنة الانتخاب. بل ما المانع من وجود رقابة قضائية مستقلة على قرارات لجان فرز أوراق الاقتراع؟ وذلك لضمان ثقة الناخبين بسلامة ونزاهة فرز أوراق الاقتراع ويعطى صفة الاستعجال في هذه الحالة(٥).

(١) انظر المادة (٣) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات التي حددت وبشكل دقيق مفصل واجبات وأدوار كل عضو من أعضاء لجنة الفرز بالإضافة إلى تحديد أدوار وواجبات الموظفين المساعدين وعددهم اثنان، وواجبات كل من مدير المركز وضابط الارتباط الإداري وضابط الارتباط الفني.

(٢) التعليمات التنفيذية رقم (٢) الخاصة باعتماد المراقبين المحليين للعملية الانتخابية.

(٣) التعليمات التنفيذية رقم (٣) الخاصة باعتماد المراقبين الدوليين للعملية الانتخابية.

(٤) المادة (٤٤) من قانون الانتخاب.

(٥) نصراوين، سرية التصويت في قانون الانتخاب الأردني ودوره في ضمان نزاهة الانتخابات، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، ص١٢٣.

٣. إسناد مهمة الفرز لموظفين مؤهلين ومدربين على عملية الفرز والعد

يعتمد نجاح عملية فرز أوراق الاقتراع على أهلية ومهنية وحيادية موظفي العد والفرز، لذلك يتطلب أمر اختيار الموظفين وتدريبهم مراعاة ما يأتي:

أ- إخضاع عملية انتقاء وتوظيف لجنة الفرز لشروط صارمة، ويجب إخضاع أعضاء لجنة الفرز للتدريب المناسب على إجراءات الفرز قبل يوم الاقتراع، بالإضافة إلى تنظيم جلسة تذكيرية سريعة لهم صبيحة يوم الاقتراع إن أمكن.

ب- العمل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المشاركة في عضوية لجنة الاقتراع والفرز، استناداً إلى قدراتهم المهنية على تنفيذ المهام المطلوبة منهم، بدون تمييز وبمهنية تامة.

ج- وجود تجربة سابقة لأعضاء لجنة الفرز في مجال الانتخابات(١).

د- توفير أدلة انتخابية وتمارين مكتوبة لأعضاء لجنة الفرز، والطلب منهم دراستها والعمل على حلها في البيت قبل حضورهم للدورة التدريبية، والقيام بعملية افتراضية لفرز أوراق الاقتراع، بمشاركة جميع أطراف العملية الانتخابية من ناخبين ومرشحين ومؤسسات المجتمع المدني، بحيث يمكنهم رؤيتها على أرض الواقع، ومعالجة المشكلات التي قد تواجههم، والتمرن على معاملة الأصوات المشكوك بصحتها، وكيفية تعبئة النماذج المختلفة.

وتُظهر دراسة قانون الانتخاب والتعليمات الصادرة بالاستناد إليه وقانون الهيئة المستقلة للانتخاب، عدم الإشارة بشكل واضح لدور الهيئة بتدريب موظفي الهيئة أو اللجان التي تدير العملية الانتخابية، مما يشير لنقص واضح في هذه التشريعات(٢)، مع أن الواقع يظهر قيام الهيئة بجهود كبيرة لتدريب أعضاء اللجان على الأدوار والمهام المناطة بهم في جميع مراحل العملية الانتخابية بما فيها مرحلة الفرز(٣). وللتماشي مع الممارسات العالمية الفضلى والممارسات التي تمارسها الهيئة المستقلة للانتخاب، فلابد من

(١) سبق للباحثين أن بينا عدم تضمين التشريعات الأردنية لشروط موضوعية في أعضاء لجنة الاقتراع والفرز، انظر المبحث الأول من هذا البحث.

(٢) سبق لفرق الرقابة المحلية أن أشارت إلى هذه المسألة فقد أكد تحالف راصد في تقريره لعام ٢٠١٣(ص ٥٥) على ضرورة تطوير المنظومة التدريبية الخاصة بتأهيل لجان الاقتراع والفرز، وتعزيز آليات ضبط الجودة فيما يتعلق بإكساب تلك اللجان المهارات اللازمة لإتمام عملية الاقتراع وعد وفرز أوراق الاقتراع ضمن الإطار القانوني وبصورة موحدة في كافة مراكز الاقتراع، إذ أن العديد من المؤشرات قد بينت ضعف تدريب الكوادر الانتخابية الخاصة بانتخاب مجلس النواب الأردني السابع عشر، مثل التباين يف تطبيق التعليمات التنفيذية، وتجهيز محاضر انتهاء الفرز بصورة مخالفة.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: الهيئة المستقلة للانتخاب، التقرير التفصيلي لمجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠١٦، ص٣٦ وما بعدها.

تضمين التشريعات الانتخابية النص الصريح على توفير التدريب اللازم لأعضاء لجان الانتخاب بما فيها لجنة الاقتراع والفرز.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية المتعلقة بتحديد صحة أوراق الاقتراع

ويقصد بهذه الضوابط الشروط التي يحددها القانون لصلاحية بطاقة الاقتراع التي يضعها الناخب في صندوق الاقتراع، وذلك من خلال تحديد البطاقات الصالحة والبطاقات الباطلة[١]، وهو ما سيبينه الباحثان في هذا المطلب، وعلى النحو الآتي:

أولاً: تحديد أوراق الاقتراع الباطلة:

تعتمد نزاهة الفرز على قدرة أعضاء لجنة الفرز على تحديد الأوراق الباطلة بطريقة سليمة ودقيقة؛ إذ يجب أن تتسم قواعد تحديد صلاحية الأصوات بالوضوح والمرونة، وبما يمكن القائمين على عملية الفرز وتحديد رغبة الناخب بوضوح ودون عناء. وتتفق الممارسات الدولية الفضلى على اعتبار أوراق الاقتراع باطلة، وبالتالي عدم قبولها وعدم عدها في الحالات الآتية[٢]:

- الأصوات البيضاء (أوراق الاقتراع التي لا تشتمل على أية إشارة من قبل الناخب).
- الأصوات التي يمكن من خلالها تحديد هوية الناخب.
- الأصوات التي لا تعبر بوضوح قاطع عن إرادة الناخب وخياره الانتخابي.
- الأصوات التي تشتمل على إشارات لصالح أكثر من مرشح واحد في حال اخذ النظام الانتخابي المعمول به بمبدأ الصوت الواحد.

ولضمان التطبيق السليم للأحكام المتعلقة بورقة الاقتراع الباطلة، فإنه لابد للعاملين في لجنة الفرز أن يلتزموا بقاعدتين أساسيتين يجب إتباعها أثناء فرز أوراق الاقتراع وفرز أوراق الاقتراع، وتتمثلان بـ:

أ. الالتزام برغبة الناخب، فعندما يقوم الناخب بكتابة كلمة "نعم" بجانب اسم المرشح أو الحزب الذي يصوت له بدلاً من التأشير في المكان المخصص لذلك على ورقة الاقتراع، فإن ذلك يدل منطقياً على رغبة الناخب بالتصويت لصالح أولئك المرشحين سواء أكانوا قائمة أو حزباً أو مرشحاً فردياً.

(١) انظر بذات المعنى، الباز، مرجع سابق، ص، ٧٠. ولم يعرف قانون الانتخاب الأردني بطاقة الاقتراع وإنما نص في المادة (٣٣) منه على: يكون الاقتراع على النموذج الذي يعتمده المجلس لورقة الاقتراع على أن تختم كل ورقة اقتراع بخاتم الدائرة الانتخابية المعنية وتوقع من رئيس لجنة الاقتراع والفرز.

(٢) انظر بذات المعنى: شبكة المعرفة الانتخابية، فرز أوراق الاقتراع.

ب. التزام لجنة الفرز بالتحديد الدقيق للأوراق الباطلة بطريقة سليمة وتنظيم طريقة حفظها، وبما يسهل الرجوع إليها مستقبلاً للمراجعة والتدقيق[١].

وبالرجوع إلى قانون الانتخاب الأردني، يتبين أنه حصر الأوراق الباطلة بالحالات الآتية[٢]:

١- إذا كانت الورقة غير مختومة بخاتم الدائرة الانتخابية أو غير موقعة من رئيس لجنة الاقتراع والفرز.

٢- إذا تضمنت الورقة عبارات معينة أو إضافات تدل على اسم المقترع.

٣- إذا لم يكن بالإمكان تحديد القائمة أو المرشحين الذين تم التأشير عليهم.

٤- إذا تم التأشير في ورقة الاقتراع على أكثر من قائمة.

بالوقوف على هذه الحالات يتبين أنها قد جاءت بهدف الحفاظ على سلامة العملية الانتخابية؛ فالحالة الأولى تهدف إلى الحد من التأثير على إرادة الناخب خصوصاً في ظل انتشار ظاهرة شراء الأصوات ومحاولة التأكد من تصويت الناخب للمرشح الذي قام بدفع مبلغ من المال له، لذلك يقوم بتزويده بورقة تتضمن اسم المرشح[٣]. أما الحالة الثانية فتهدف لحماية مبدأ سرية الاقتراع بوصفه من أهم ضمانات حرية ونزاهة الانتخابات. أما الحالتان الثالثة والرابعة فتهدفان إلى تحقيق العدالة وعدم منح صوت الناخب إلا بعد التأكد من رغبة الناخب باختيار المرشح الذي يريد.

إلا أن المشرع الأردني لم يُشر إلى الأوراق البيضاء بوصفها أوراقاً باطلة، فهل تعتبر هذه الأوراق صحيحة؟ يؤكد الباحثان على أن الإجابة المنطقية على هذا السؤال بالنفي، نظراً لعدم قدرة لجنة الفرز على تحديد اتجاه ورغبة الناخب في اختيار المرشح الذي يريد، وعلى الرغم من تأكيد الباحثين على أن وضع الناخب لورقة بيضاء تعبير لموقف سياسي للناخب، إما للتعبير عن مقاطعة الانتخاب لسبب ما كعدم الرضا عن قانون الانتخاب أو إجراءات العملية الانتخابية، أو للتعبير عن عدم قناعته بأي من المرشحين، إلا أن ذلك لا ينفي عن هذه الورقة عدم صلاحيتها للعد، لذا لابد من إدراجها ضمن الأوراق الباطلة وتلافي هذا النقص في التشريع الأردني.

(١) المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، كيف تقوم المنظمات المحلية بمراقبة الانتخابات، ص٩٤.

(٢) المادة (٤٣/أ) من قانون الانتخاب.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول انتشار ظاهرة شراء الأصوات في الانتخابات النيابية الأردنية والتي بدأت التقارير الصادرة عن فرق الرقابة ترصدها منذ عام ٢٠٠٧، انظر على سبيل المثال: تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان حول مجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠٠٧، ص ١٨، ولعام ٢٠١٠، ص ٥٥، التقرير النهائي لمخرجات مراقبة الانتخابات البرلمانية الأردنية لعام ٢٠١٣ الصادر عن مركز الحياة لتنمية المجتمع المحلي (راصد) ص ١٤٥ وما بعدها.

ثانياً: تحديد أوراق الاقتراع الصحيحة

تمارس لجنة الفرز دوراً كبيراً في تحديد أوراق الاقتراع الصحيحة من خلال التحقق من صحة كل ورقة اقتراع موجودة داخل صندوق الاقتراع، لذلك تلزم الممارسات الفضلى الإدارة الانتخابية بمساعدة لجنة الفرز للقيام بهذه المهمة على الوجه الأكمل من خلال تأمين ما يأتي:

١. استخدام ورق خاص وآمن لطباعة أوراق الاقتراع بحيث تشتمل على علامات أمنية تضمن صعوبة تزويرها كأن تحتوي على علامات مائية أو ألوان خاصة، أو خطوط، أو رموز، أو إشارات.

٢. تدريب أعضاء لجنة الفرز على التعرف على العلامات الفارقة التي تتضمنها ورقة الاقتراع التي تمكنهم من التحقق من صحة الورقة.

٣. اعتماد طريقة تساعد على تسريع عملية التحقق من صحة أوراق الاقتراع، سواء قيام موظف الاقتراع بموجبها بكتابة رمز اسمه أو الأحرف الأولى منه في فراغ معد لذلك على ظهر ورقة الاقتراع قبل تسليمها للناخب للقيام بالإدلاء بصوته، أو قيام موظفي الاقتراع بختم كل ورقة اقتراع بخاتم محطة الاقتراع الرسمي قبل تسليمها للناخب.

وبالمقابل تلزم الممارسات الفضلى لجنة الفرز الالتزام بما يأتي:

١. التأكيد على أعضاء لجنة الفرز بعدم جواز إتلاف الأوراق المزيفة أو الباطلة بل يجب حفظها في مغلف خاص بذلك.

٢. الاحتفاظ بكافة أوراق الاقتراع، حتى التي تعتبر باطلة، ولا يجوز إتلاف أية أوراق، كإثبات ملموس يمكن العودة إليه في أي وقت لإعادة تنفيذ أو تمثيل مجمل عملية العد والفرز.

٣. وفي حال وجود شك ما وقبل اتخاذ القرار برفض ورقة اقتراع على أنها مزورة، يجب تمكين الموظف من العودة إلى الإدارة الانتخابية والتحقق من خلالها. حيث أن رفض ورقة اقتراع ما بسبب كونها مزورة يعتبر قراراً مهماً يجب عدم اتخاذه إلا بعد تمعن حذر، خاصةً وأنه قد يترتب عليه انعكاسات سياسية.

وبالرجوع إلى قانون الانتخاب الأردني يتبين أنه قد نص على[١]: "على الرغم مما ورد في الفقرة (ج) من المادة (٩) من هذا القانون لا تعتبر ورقة الاقتراع باطلة:

(١) المادة (٤٣/ب) من قانون الانتخاب.

١- إذا تم التأشير على قائمة دون التأشير على أسماء أي مرشحين فيها.

٢- إذا تم التأشير على أي من أسماء المرشحين فيها دون التأشير على اسم القائمة.

٣- يحتسب التأشير المذكور في البندين (١) و(٢) من الفقرة (ب) من هذه المادة صوتاً للقائمة وصوتاً لكل مرشح مؤشر له.

٤- إذا تبين بعد فرز أوراق الاقتراع أن عدد الأوراق المختومة والموقعة من رئيس لجنة الاقتراع والفرز تزيد أو تقل بنسبة تتجاوز (٣%) من عدد المقترعين في ذلك الصندوق فعلى رئيس لجنة الاقتراع والفرز إشعار رئيس الانتخاب فوراً بذلك، والذي يقوم بدوره بإشعار الرئيس ليتخذ المجلس القرار وفقاً للتعليمات التنفيذية التي تضعها الهيئة."

يتبين من دراسة نص المادة السابقة ما يأتي:

أ- لم يستخدم المشرع الأردني مصطلح الأوراق الصحيحة بل استخدم مصطلح "الأوراق لا تعتبر باطلة". ولا يجد الباحثان أي مبرر لذلك؛ إذ لا يوجد ما يمنع من استخدام مصطلح الأوراق الصحيحة.

ب- تضمن هذا النص أحكاماً مستحدثة تضمن عدم إبطال أوراق الاقتراع نتيجة عدم التأشير السليم من قبل الناخب، وهذا اتجاه سليم يؤيده الباحثان للحفاظ على إرادة الناخب بعدم إلغاء ورقة الاقتراع إذا كان يمكن منح الصوت للقائمة أو المرشح الذي اتجهت نية الناخب لمنحهم صوته.

ج- خفض المشرع الأردني نسبة زيادة أو نقصان عدد أوراق الاقتراع المختومة والموقعة في صندوق الاقتراع من ٥% كما كانت في قانون عام ٢٠١٠م وعام ٢٠١٢م إلى ٣% في قانون عام ٢٠١٦، وهو تطور محمود ولكن يسجل الباحثان عدم حسم المشرع الأردني لمسألة زيادة أو نقصان عدد أوراق الاقتراع المختومة والموقعة في صندوق الاقتراع بنسبة ٣%؛ إذ منح مجلس مفوضي الهيئة المستقلة للانتخاب اتخاذ الإجراء المناسب حيال هذا الوضع، مع أن الأصل أن يحسم القانون هذه المسألة ويؤيد الباحثان التأكيد على ضرورة تضمين القانون حكماً يقضي بإلغاء الاقتراع في مثل هذا الصندوق في حال كان الفرق في هذا الصندوق يؤثر على نتيجة الانتخاب النهائية بسبب فرق عدد الأصوات بين القائمة الفائزة والقائمة الأقرب لها بالنتيجة.

المطلب الثالث: إجراءات فرز أوراق الاقتراع وتنظيم محضر نتائج الانتخاب في مقر لجنة الفرز

مما لا شك فيه، أن عملية الفرز تنتهي بالانتهاء من إجراءات فرز أوراق الاقتراع (الفرع الأول)، وتنظيم وإعداد محضر نتائج الانتخاب في مقر الفرز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات فرز أوراق الاقتراع

يُتطلب لنجاح عملية فرز أوراق الاقتراع التحقق من تبني القانون لإجراءات محددة وواضحة لطريقة فرز أوراق الاقتراع تتسم بالشفافية وتحديد الأشخاص المكلفين بالإجراءات، وأن تتم تحت إشراف ومراقبة المرشحين أو مندوبيهم والمراقبين المحليين والدوليين لمعايير النزاهة عند تحديد أو اختيار إجراءات وطريقة فرز أوراق الاقتراع. وتتبنى كل دولة، ومن خلال تشريعاتها، طريقة وإجراءات فرز أوراق الاقتراع المعتمدة، أما أفضل الممارسات المقبولة عالمياً، فتتطلب توافر العناصر الآتية في عملية فرز أوراق الاقتراع: فتح صندوق الاقتراع، وفرز وترتيب أوراق الاقتراع، وتنفيذ عمليات المطابقة، وفرز أوراق الاقتراع، ونقل النتائج لمكتب الانتخابات المحلي أو المركزي.

أولاً: فتح صندوق الاقتراع وعد الأوراق الموجودة بداخله وإجراء عمليات المطابقة:

بعد إقفال باب الاقتراع يبقى الأشخاص المسموح لهم بحضور عملية الفرز داخل مركز الفرز، وتباشر لجنة الفرز عملية فرز أوراق الاقتراع وعملية المطابقة على النحو التالي:

أ- فتح صندوق الاقتراع على مرأى من الجميع.

ب- إفراغ محتواه في وسط الطاولة المعدة لتنفيذ عملية العد بعد التحقق من كون الطاولة واسعة وكبيرة بما فيه الكفاية للحيلولة دون سقوط أي من أوراق الاقتراع على الأرض أثناء عملية إفراغه من أوراق الاقتراع.

ج- مقارنة عدد أوراق الاقتراع الموجودة في الصندوق مع عدد الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم. ويجب ألا يزيد الفرق بين عدد الأوراق في الصندوق وعدد المنتخِبين عن النسبة التي يحددها القانون، وبالتالي تزداد دقة العملية الانتخابية كلما قلصت هذه النسبة وكانت أقرب ما تكون إلى الصفر[1].

(١) يذكر أن المشرع الأردني قد خطى خطوة محمودة باتجاه تقليص هذا الفارق، فقد تم تقليصه إلى (٢%) في ظل قانون اللامركزية رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٥؛ إذ نصت المادة (٢٩/ج) من هذا القانون على " إذا تبين بعد فرز الأصوات إن عدد الأوراق المختومة والموقعة من رئيس لجنة الاقتراع والفرز تزيد أو تقل عن عدد المقترعين في ذلك الصندوق بنسبة (٢%) فعلى رئيس لجنة الاقتراع والفرز في هذه الحالة إشعار رئيس لجنة الانتخاب فورا بذلك والذي يقوم بدوره بإشعار رئيس الهيئة ليتخذ مجلس المفوضين القرار المناسب بشأنها". وهو ذات الاتجاه الذي تبناه المشرع بقانون البلديات رقم (٤١) لسنة ٢٠١٥؛ إذ تضمنت المادة (٤٧/ و) نصًا مشابهًا لما ورد في المادة (٢٩/ج) من قانون اللامركزية.

ومن خلال الرجوع إلى نصوص قانون الانتخاب، يتضح أنه لم يبين بشكلٍ وافٍ إجراءات بدء عملية فرز أوراق الاقتراع؛ إذ اكتفى مطلع المادة (٤٢) من قانون الانتخاب بالنص على: "تقوم لجنة الاقتراع والفرز بفتح كل صندوق أمام الحضور وتحصي الأوراق الموجودة بداخله". فيما نصت باقي أحكام المادة على إجراءات العد، إلا أن تعليمات الاقتراع والفرز قد بينت إجراءات بدء عملية فرز أوراق الاقتراع وبما ينسجم مع الممارسات العالمية الفضلى؛ إذ تضمنت هذه التعليمات ضرورة قيام رئيس لجنة الاقتراع والفرز بالإجراءات الآتية[١]:

أ- عرض الصندوق المغلق/الصناديق – تراتبياً في حال كان هنالك أكثر من صندوق اقتراع – في مكان واضح يتيح للمراقبين ومندوبي مفوضي القوائم والمرشحين من متابعة عملية الفرز.

ب- التحقق بصوت مرتفع من بيانات الصندوق المغلق/الصناديق من حيث اسم الدائرة الانتخابية ورقم الصندوق وأرقام الأقفال ومقارنتها ببيانات الصندوق والمحددة بمحضر انتهاء الاقتراع.

ج- السماح لأي مراقب أو مندوب قائمة أو مرشح التحقق من أرقام الأقفال قبل فتحها.

د- قص الأقفال البلاستيكية الموجودة على جانبي صندوق الاقتراع–الصناديق المستعملة تراتبياً، مع الإبقاء على القفل المخصص للفتحة العلوية بدون قص.

هـ- بيان وتحديد وقت وتاريخ فتح الصندوق/ الصناديق

و- إفراغ محتويات الصندوق/ الصناديق على الطاولة وعرض محتوياتها على الحضور الموجودين في غرفة الاقتراع والفرز.

ثانياً: فرز وترتيب أوراق الاقتراع بحسب المرشحين سواء أكانوا أحزاباً أو قوائم أو مرشحين.

تفرض الممارسات الدولية الفضلى على أعضاء لجنة الفرز اتخاذ مجموعة من الخطوات التي تضمن فرز وترتيب أوراق الاقتراع بصورة واضحة وبشفافية أمام الحضور وبما يسهل عملية العد لاحقاً وعلى النحو الآتي:

١. فتح جميع أوراق الاقتراع والتحقق من صلاحيتها.

٢. وضعالأوراق المشكوك بصلاحيتها جانباً، ومن ثم اتخاذ القرار بتحديد الأوراق التي يجب رفضها بسبب بطلانها.

٣. قراءة خيار الناخب المثبت على ورقة الاقتراع بصوت عالٍ؛ أي قراءة اسم المرشح أو الحزب أو القائمة التي صوت لها الناخب، وعرض ورقة الاقتراع أمام الحضور، بحيث يتمكن الجميع من

(١) المادة (١٦) من تعليمات الاقتراع والفرز.

رؤيتها، وبما يمكن ممثلي الأحزاب والمرشحين والمراقبين من تنفيذ عد موازٍ خاص بهم من خلال هذه الطريقة(١).

٤. عد كل مجموعة من أوراق الاقتراع الموزعة حسب أسماء المرشحين بسرعة وسهولة.

٥. وضع أوراق الاقتراع الصالحة في مجموعات أو رزم منفصلة على طاولة العد بحيث يتم وضع كل رزمة لكل مرشح على حدة.

ويفضل أن يرافق هذه الإجراءات ما يأتي:

أ. تمكين كافة المسموح لهم بحضور عملية العد، بمن فيهم المراقبون وممثلو الأحزاب والمرشحون، من رؤية الورقة والتحقق من وضعها في المجموعة أو الرزمة الصحيحة التي تتبع لها.

ب. إفساح المجال لممثلي الأحزاب أو القوائم أو المرشحين بتقديم اعتراضات رسمية على إجراءات اللجنة في حال عدم موافقتهم على قرارات لجنة الفرز والذي قد يشكل أساساً للاعتراض على مجمل نتائج الانتخابات لاحقاً.

ومن خلال استعراض قانون الانتخاب الأردني، يتبين أنه لم يشر من قريب أو بعيد لمرحلة فرز وترتيب أوراق الاقتراع، فقد أغفل القانون والتعليمات الصادرة بالاستناد له مرحلة فرز وترتيب أوراق الاقتراع بشكل تام على الرغم من أهمية هذه المرحلة في المساعدة على سرعة ودقة مرحلة عد الأوراق بشكل دقيق وواضح، الأمر الذي يدعو لتفادي هذا النقص في أول فرصة لتعديل القانون أو لتضمين هذه القواعد في التعليمات التنفيذية.

ثالثاً: فرز أوراق الاقتراع التي حصل عليها المرشحون:

تشكل عملية فرز أوراق الاقتراع التي حصل عليها كل مرشح تتويجاً للمراحل السابقة، وتحتاج هذه المرحلة إلى دقة وترتيب في تنفيذها؛ لتفادي الأخطاء التي قد تؤثر بشكل كبير لى نتيجة العملية الانتخابية، ويعد التزوير فيفرز أوراق الاقتراع التي حصل عليها كل مرشح من أخطر وسائل تشويه الانتخابات والعبث في مبدأ الديمقراطية وتعريضها للخطر(٢). وتتضمن هذه المرحلة وفقاً للممارسات الفضلى العالمية الخطوات الآتية:

(١) يجب التنبه إلى أن هذا الأسلوب قد ترافقه بعض المساوئ أهمها: توقف العملية في كل مرة يتم فيها رفض ورقة اقتراع ما، مما يبطئ عملية العد ويجعلها أقل نجاعة.

(٢) الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ص٢٧٧.

أ- ترتيب أوراق الاقتراع في مجموعات تحتوي كل منها على عشر أوراق مثلاً، وذلك لتسهيل عملية عدها.

ب- عد جميع أوراق الاقتراع، بما فيها المرفوضة والتالفة، حيث إن هذه الأوراق مهمة للمتابعة والتدقيق لحالات إعادة العد عند الحاجة.

ج- استخدام نماذج خاصة بفرز أوراق الاقتراع[١]؛ بحيث يتم وضع إشارة واحدة على نموذج أو ورقة العد مقابل كل صوت يحصل عليه كل واحد من الأحزاب أو المرشحين أو خيارات الناخبين.

د- جمع نتائج كل حزب أو قائمة أو مرشح من فترة لأخرى، وفي حال ارتكاب أو اكتشاف أية أخطاء أثناء عملية العد يمكن مقارنة نماذج العد التي ينفذها الموظفون بعضها مع بعض، وفي حال عدم اكتشاف موضع الخطأ يجب العودة بعملية العد إلى آخر نقطة تتوافق وتتطابق عندها كافة النماذج.

هـ- التحقق من عمليات العد والحساب بعد الانتهاء من فرز أوراق الاقتراع. ويتم ذلك عادةً قبل القيام بنقل النتائج الأولية إلى مكتب الانتخابات في الدائرة الانتخابية أو أي مستوى آخر. وتعد عملية التحقق مهمة للتأكد من عدم ضياع أية أصوات أو احتسابها خطأً لصالح أو ضد أو من الأحزاب أو المرشحين، ويتم التحقق وفق المعادلة الآتية:

عدد الأوراق المستلمة من قبل لجنة الاقتراع =

عدد أوراق الاقتراع الصالحة+ الأوراق المرفوضة+ الأوراق التالفة والأوراق غير المستعملة.

و- تجميع أوراق الاقتراع ووضعها مجدداً داخل صندوق الاقتراع، ومعها كافة النماذج ذات العلاقة، باستثناء محضر النتائج الذي يجب وضعه في مغلف منفصل، خارج صندوق الاقتراع.

ز- التحقق من إقفال كل من صندوق الاقتراع والمغلف الخاص بمحضر النتائج بالأقفال المعتمدة قبل نقلهما إلى مقر لجنة الانتخاب، تمهيداً للاحتفاظ بها؛ لتسهيل الرجوع إليها عند الحاجة لإعادة محتملة لعمليات الفرز والعد، الأمر الذي يحتم اتخاذ الحيطة والحذر في إقفالها وحفظها وتخزينها.

ح- وللمزيد من الأمان، يجب على موظفي العد وممثل واحد على الأقل من ممثلي الأحزاب والمرشحين التوقيع على الأقفال أو بجانبها، كما يجب على موظف الاقتراع المسؤول الاحتفاظ بنسخة احتياطية لحالات ضياع الوثائق.

(١) كما ويمكن أن يحصل ممثلو الأحزاب والمرشحون والمراقبون على نماذج خاصة للعد. أما النموذج الرسمي فهو الذي يتم استخدامه من قبل موظف العد المسؤول. وتستخدم تلك النماذج لتسهيل عملية العد.

ويظهر من خلال دراسة أحكام قانون الانتخاب الأردني أنه جاء مقتضباً وغير مفصل بخصوص عدد أوراق الاقتراع؛ إذ ألزم لجنة الاقتراع والفرز بما يأتي[١]: (أ) فتح كل صندوق أمام الحضور. (ب)إحصاء الأوراق الموجودة داخل صندوق الاقتراع. (ج) قراءة ورقة بصوت واضح وعرضها بصورة واضحة للحضور. (د) تدوين الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة والأصوات التي حصل عليها كل مرشح من مرشحي القوائم وتسجيلها على لوحة ظاهرة أمام الحضور.

إلا أن التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات جاءت أكثر تفصيلاً ونظمت عملية العد على النحو الآتي[٢]:

١- تقوم لجنة الاقتراع والفرز بفتح صندوق/صناديق الاقتراع، وإحصاء عدد الأوراق الموجودة داخله، وتتحقق من مطابقته مع عدد المقترعين وفق جدول الناخبين الورقي المؤشر عليه.
٢- يقرأ رئيس لجنة الاقتراع والفرز أو من يكلفه من العاملين ورقة الاقتراع بصوت واضح، ويعرضها باستخدام الكاميرات المخصصة لذلك أمام الحضور[٣]، ويسجل الصوت للقائمة المشار إليها وللمرشح أو المرشحين المكتوبة أسماؤهم أو المشار إزاء صورهم في الورقة لذات القائمة على اللوحة المخصصة لذلك إزاء اسم تلك القائمة وذلك المرشح أو المرشحين.
٣- إذا تعذر استخدام الكاميرات لأي سبب من الأسباب، فتقرأ ورقة الاقتراع بصوت عال، وتعرض أمام الحضور للاطلاع عليها.
٤- يُكلف رئيس لجنة الاقتراع والفرز أحد العاملين ليقوم بتسجيل الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة وكل مرشح على اللوحة الظاهرة للحضور والمخصصة لذلك.
٥- يتم وضع أوراق الاقتراع التي حصلت عليها كل قائمة على حدة ليتم عدها ومقارنتها مع الأرقام المسجلة على اللوحة التي حصلت عليها كل قائمة.

وبمقارنة الأحكام الواردة في التعليمات يتبين أنها تنسجم لدرجة كبيرة مع الممارسات الفضلى بهذا الخصوص باستثناء ما يأتي:

(١) المادة (٤٢) من قانون الانتخاب
(٢) المادة (١٩) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات
(٣) يذكر أن المادة (١٨/أ) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات قد بينت انه يتم تركيب وتثبيت الكاميرات الخاصة بعملية الفرز من مدخل البيانات، وبالتنسيق مع ضابط الارتباط الفني، والتأكد من تشغيل الكاميرا ووضوح الصورة على الشاشة المخصصة لذلك.

١. عدم الطلب من لجنة الفرز ترتيب أوراق الاقتراع في مجموعات تحتوي كل منها على عشرة أوراق مثلاً، وذلك لتسهيل عملية عدها.

٢. عدم الطلب من لجنة الفرز جمع نتائج كل حزب أو قائمة أو مرشح من فترة لأخرى لضمان عدم وجود أخطاء، ولتسهيل اكتشاف الأخطاء في حال وجودها واكتشاف مكان وسبب الخطأ وسرعة معالجته.

٣. عدم الطلب من لجنة الفرز التحقق من عمليات العد والحساب بعد الانتهاء من فرز أوراق الاقتراع لضمان دقة النتائج النهائية لدى لجنة الفرز.

وتأسيساً على ما سبق، يقترح الباحثان ضرورة إدخال تعديلات على قانون الانتخاب بتضمينه الإجراءات اللازمة لتكريس المعايير العالمية الفضلى لتعزيز الشفافية والنزاهة في إجراءات فتح الصندوق/ الصناديق وعد الأوراق الموجودة وإجراءاتها، أو على أقل تقدير الإحالة للتعليمات.

الفرع الثاني: تنظيم محضر نتائج الانتخاب في مقر لجنة الفرز

يعتبر محضر نتائج الانتخابات الذي يُعد في مركز الفرز الأداة الأولى لإظهار النتائج الأولية أو المؤقتة ومؤشر حقيقي على نزاهة وشفافية العملية الانتخابية؛ إذ يعتبر هذا المحضر الوثيقة الأساسية التي تستند إليها الإدارة الانتخابية لتجميع وإعداد النتائج الأولية والنهائية للانتخابات والإعلان عنها.

ويجب العمل على إعداد محضر نتائج خاص بكل لجنة فرز حتى ولو احتوى مركز الاقتراع والفرز على أكثر من لجنة فرز، على أن تتم تعبئة وإعداد هذه المحاضر بحذر ودقة شديدين، وأن تتم التعبئة فور الانتهاء من عملية العد وبشفافية تامة، أي بحضور مندوبي المرشحين والمراقبين المحليين والدوليين، وتعليق نسخة من المحضر في مكان بارز لاطلاع العموم.

وقد استقرت الممارسات الفضلى على أن يشتمل هذا المحضر على مجموعة من المعطيات الثابتة، منها[١]: (١) اسم الدائرة الانتخابية و/أو رقمها. (٢) اسم محطة الاقتراع و/أو رقمها. (٣) تاريخ الانتخابات. (٤) تواقيع الموظف المسؤول، وممثلي الأحزاب والمرشحين.

أما المعطيات المتعلقة بنتائج العد فيجب أن تشتمل على: (١) عدد أوراق الاقتراع التي استلمتها محطة الاقتراع من الإدارة الانتخابية. (٢) عدد أوراق الاقتراع التالفة. (٣) عدد أوراق الاقتراع غير المستعملة. (٤) عدد الأصوات التي حصل عليها كل واحد من المرشحين أو الأحزاب أو الخيارات. (٥)عدد أوراق الاقتراع الباطلة. (٧) عدد أوراق الاقتراع الصالحة. (٨)العدد الكلي للناخبين المسجلين،

(١) شبكة المعرفة الانتخابية، فرز أوراق الاقتراع.

وعدد الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم في يوم الانتخابات في مركز الاقتراع. (٩) الرقم التسلسلي لصندوق الاقتراع أو لأقفاله، ... إلخ.

وبالرجوع إلى قانون الانتخاب، يتبين أنه قد ألزم لجنة الفرز بإعداد محضر انتهاء عملية الفرز وعلى النحو الآتي[١]:

أ- بعد الانتهاء من عملية فرز أوراق الاقتراع تنظم لجنة الاقتراع والفرز محضراً من خمس نسخ وفقاً للنموذج المعتمد من المجلس ويوقع من رئيس اللجنة وأعضائها وممن يرغب من الحاضرين من المرشحين أو مندوبيهم.

ب-يجب على لجنة الفرز تضمين المحضر البيانات الآتية: (١) اسم مركز الاقتراع والفرز. (٢) رقم الصندوق. (٣) عدد أوراق الاقتراع التي تسلمتها اللجنة. (٤) عدد المقترعين في الصندوق. (٥) عدد الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة. (٦) أسماء المرشحين وعدد الأصوات التي حصل عليها كل مرشح من مرشحي القوائم. (٧) عدد أوراق الاقتراع البيضاء والباطلة وسبب بطلانها. (٨) أسماء كل من مفوضي القوائم والمرشحين ومندوبيهم وأسماء المراقبين. كما ألزم القانون لجنة الفرز بأن ترفق بالمحضر قوائم المقترعين وأوراق الاقتراع التي استعملت والتي لم تستعمل والتي تم اعتبارها باطلة أو بيضاء، ويتم رزمها في مغلف يسلم في الحال إلى رئيس الانتخاب.

أما التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات، فقد ألزمت لجنة الاقتراع والفرز وبعد الانتهاء من فرز أوراق الاقتراع أن تنظم محضراً من خمس نسخ وفقاً للنموذج المعتمد من المجلس يوقع عليها رئيس اللجنة وعضواها ومن يرغب من الحاضرين من مفوضي القوائم أو من أي المرشحين أو مندوبيهم على أن يتضمن المحضر ما يأتي[٢]: (١) اسم المحافظة. (٢) اسم الدائرة الانتخابية. (٣)اسم مركز الاقتراع والفرز.(٤) رقم الصندوق.(٥) جنس الصندوق (ذكور/ إناث). (٦) أرقام أقفال الصندوق. (٧) عدد أوراق الاقتراع التي تسلمتها اللجنة. (٨) عدد الأوراق الموجودة في الصندوق. (٩)عدد المقترعين بالصندوق بحسب جدول الناخبين الورقي الخاص بالمقترعين. (١٠) عدد أوراق الاقتراع (البيضاء) والباطلة وسبب ذلك.

وبالاستناد إلى العرض السابق لموقف قانون الانتخاب والتعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات، نلاحظ أنهما تضمنا معظم الإجراءات التي تقترب من الممارسات العملية لنزاهة الفرز.

(١) المادة (٤٥) من قانون الانتخاب.

(٢) المادة (١٩/هـ) من التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات.

الخاتمة والتوصيات:

من خلال الاستعراض السابق للضمانات القانونية لمرحلة فرز الأوراق الانتخابية، فقد خلص البحث إلى النتائج الآتية:

١- أن المشرع منح صلاحية الحفاظ على أمن مراكز الفرز لرئيس اللجنة بمساعدة العدد الكافي من رجال الأمن الذين يأتمرون بأمره.

٢- الاستمرار في تكريس فكرة الرقابة على عملية الفرز من خلال تمكين كافة هيئات المجتمع المدني والمؤسسات الوطنية والمنظمات غير الحكومية والجهات الدولية من القيام بمراقبة عملية الفرز بفعالية ودون التأثير منها أو عليها في رصد مجرياتها.

٣- الإبقاء على عملية فرز الصناديق في مراكز الاقتراع وإعلان نتيجة المركز الأولية بعد الانتهاء من فرز كافة الصناديق فيه ونقل النتيجة مع الصندوق، مما عزز الثقة لدى المرشحين والناخبين بحياد ونزاهة لجنة الاقتراع والفرز. وكذلك تلافي المحاذير التي قد تنشأ من عملية نقل الصناديق قبل فرزها من مركز الاقتراع إلى مركز الدائرة الانتخابية. وبهذا فإنه قد تلافى الكثير من الإشكاليات والصعوبات التي قد تنشأ بسبب نقل الصناديق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى وهو الأهم استبعاد ودحض الشكوك التي قد تثار بمناسبة نقل الصناديق والأخطار التي قد ترافقها، وبذلك تلافٍ لبعض الإشكاليات، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

أ- الصعوبات الناشئة عن كثرة المراكز الانتخابية وتعقيد إجراءات عملية تسليم الصناديق وتسلم الإيصالات بالتسليم وتأخير عملية الفرز لغاية وصول كافة الصناديق من جميع المراكز الانتخابية.

ب- استبعاد الشكوك حول إمكانية تبديل الصناديق أو التلاعب بها الأمر الذي قد يؤثر على ثقة الناخبين بالانتخابات والشك بعدم نزاهتها.

٤- لم يحدد قانون الانتخاب شروطاً موضوعية بأعضاء اللجنة؛ وإنما اكتفى بذكر شرطين شكليين.

٥- قصر القانون اختيار أعضاء لجنة الاقتراع والفرز من إحدى الجهات المتأثرة بالعملية الانتخابية، والتي غالباً ما يكون لها اتجاه أو ميل لبعض المرشحين القريبين من توجهاتها.

٦- اكتفى القانون والتعليمات التنفيذية بإلزام أعضاء اللجان بأداء القسم القانوني قبل مباشرة عملهم، ولم يلزمهم بالتوقيع على التعهد (مدونة السلوك) للعمل بحياد ونزاهة، الأمر الذي يعني تركيز التشريع الأردني على النواحي الأخلاقية والقيم الإنسانية السامية دون التركيز على الأبعاد

القانونية المتمثلة بالتوقيع على التعهد والذي يضمن تعرضه للمساءلة التأديبية عن تصرفاته أثناء عملية الفرز والتي لا ترقى للأفعال المجرمة جزائياً.

٧- أغفل القانون والتعليمات الصادرة استناداً له مرحلة فرز وترتيب أوراق الاقتراع بشكل تام، على الرغم من أهمية هذه المرحلة في المساعدة على سرعة ودقة مرحلة عد الأوراق بشكل دقيق وواضح، الأمر الذي يدعو لتفادي هذا النقص في أول فرصة لتعديل القانون أو لتضمين هذه القواعد في التعليمات التنفيذية.

وتأسيساً على النتائج السابقة، يوصي الباحثان بما يأتي:

١- التوسع في تشكيل لجان الفرز بحيث لا تقصر على موظفي الحكومة، بل تشمل القطاع الخاص بالإضافة لمؤسسات المجتمع المدني، مع التأكيد على الالتزام بالشرط الثاني الذي يتطلب ألا يكون أعضاء لجنة الفرز من أقارب أحد المرشحين من الدرجة الثانية، مع ضرورة إعادة النظر بدرجة القرابة من المرشح، إذ أن النص الحالي يحرم أبا المرشح وابنه وأخاه وزوجه فقط من أن يكونوا أعضاء اللجنة، مما يسمح لعم المرشح أو خاله أو ابن أخيه أن يكون من أعضاء لجنة الفرز. وضرورة رفع درجة القرابة لتصبح بحدها الأدنى الدرجة الرابعة.

٢- تعديل القانون للنص صراحةً على قيام لجنة الفرز بالإجراءات اللازمة لتهيئة مركز الفرز قبل البدء بفتح الصناديق لفرزها، وذلك لزيادة شفافية عملية الفرز، **لأن التحديد القانوني السليم والواضح لإجراءات تهيئة مركز الفرز يسهل العملية برمتها من جهة، ويعزز الثقة بتلك العملية من جهة ثانية.**

٣- أن يتم تطوير عملية النظر في طعون المرشحين من خلال جعلها على درجتين بأن يمنح المعترض فرصة استئناف قرار لجنة الفرز، كأن يكون الاعتراض للجنة الانتخاب. والأفضل أن يكون الاعتراض على قرارات لجان فرز أوراق الاقتراع لجهة قضائية مستقلة وذلك لضمان ثقة الناخبين بسلامة ونزاهة فرز أوراق الاقتراع ويعطى الاعتراض صفة الاستعجال في هذه الحالة.

المراجع

الباز، داوود، إدارة العملية الانتخابية، المحور الثالث ضمن الحلقة النقاشة، بعنوان: تطوير النظام الانتخابي في الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد الثالث، سبتمبر ٢٠٠٤م.

بلعور، مصطفى، نحو نزاهة العملية الانتخابية من خلال ضمانات قانون الانتخاب رقم١٢/٠١، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد الثالث عشر/ جوان ٢٠١٥ .

الحسبان، عيد، والدباس، علي والعمار، محمد، دليل رصد ومتابعة الانتخابات النيابية، المركز الوطني لحقوق الإنسان، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

الخطيب، نعمان احمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الحادية عشر، ٢٠١٧.

الداودي، غلب علي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، ٢٠١٦.

الدباس، علي، ٢٠٠٧، ضمانات استقلالية المجالس النيابية–دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عمان العربية، عمان.

سعد، عبدو، ومقلد، علي، وإسماعيل، عصام نعمة، النظم الانتخابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م

شبكة المعرفة الانتخابية–مشروع أيس، فرز أوراق الاقتراع، منشورة على الرابط: https://aceproject.org/ace-ar/topics/vc/vc90

الشقاني، عبدالإله شحاته، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

فيفي، عفيفي كامل، الانتخابات النيابية وضمانتها الدستورية والقانونية، (لا ن) (لا م)، ٢٠٠٦م.

الغزوي، محمد، نظرات حول التوأم قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٦ لسنة ٢٠١٦ – قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم ١١ لسنة ٢٠١٢، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦.

ماضي، عبد الفتاح، مفهوم الانتخابات الديمقراطية، منشور على الرابط:

http://www.achr.eu/art220.htm

مرجان، السيد أحمد، دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.

مركز الأردن الجديد، تقرير التحالف المدني لمراقبة الانتخابات لعام ٢٠٠٧، عمان، ٢٠٠٧. متوفر على:http://aceproject.org/regions-en/countries-and-rritories/JO/reports

مركز الحياة لتنمية المجتمع المحلي (راصد)، التقرير النهائي لمخرجات مراقبة الانتخابات البرلمانية الأردنية لعام ٢٠١٣، عمان، ٢٠١٣. متوفر على:

http://www.hayatcenter.org/uploads/2015/03/20150311122304ar.pdf

المركز الوطني لحقوق الإنسان، تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان حول مجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠٠٧، عمان، ٢٠٠٧.

المركز الوطني لحقوق الإنسان، تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان حول مجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠١٠، عمان، ٢٠١٠.

المركز الوطني لحقوق الإنسان، تقرير الفريق الوطني حول انتخابات مجلس النواب السابع عشر لعام ٢٠١٣، عمان، ٢٠١٣. متوفر على:

http://www.nchr.org.jo/arabic/%D8%A5%D8%B5%D8%AF%D8%A7%

المطيري، ركان غالب، ٢٠١٠، الحماية الدستورية لحق الانتخاب، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق.

المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، كيف تقوم المنظمات المحلية بمراقبة الانتخابات، واشنطن، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.

مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان (ODIHR)، دليل مراقبة الانتخابات، وارسو، الطبعة السادسة، ٢٠١٢م.

نصراوين، ليث كمال، سرية التصويت في قانون الانتخاب الأردني ودوره في ضمان نزاهة الانتخابات: دراسة مقارنة"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد ٤، عدد٤.

الهيئة المستقلة للانتخاب، التقرير التفصيلي لمجريات العملية الانتخابية لعام ٢٠١٦م، عمان، ٢٠١٦.

وول، ألان وأليس، اندروا وأيوب، أيمن ودنداس، كارل وكامبي، جورام رو وستينو، سارا، أشكال الإدارة الانتخابية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ترجمة أيمن أيوب، استكهولم، ٢٠٠٧م.

التشريعات

الدستور الأردني المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم (١٠٩٣) بتاريخ ١٩٥٢./١/١٨.

قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠١٦م المنشور على الصفحة (١٤٤٢) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٣٨٦) بتاريخ ٣/١٥/ ٢٠١٦م.

القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم(٢٦٤٥) على الصفحة (٢) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١م.

قانون الهيئة المستقلة للانتخاب وتعديلاته رقم (١١) لسنة ٢٠١٢ المنشور على الصفحة (١٥٨٨) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥١٥٢) بتاريخ ٤/٩/ ٢٠١٢م.

قانون اللامركزية رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٥ المنشور على الصفحة (٩٧١٩) في عدد الجريدة الرسمية رقم (5375) بتاريخ ٢٠١٥/١٢/٣١

قانون البلديات وتعديلاته رقم (٤١) لسنة ٢٠١٥ المنشور على الصفحة (٨٢٤٤) في عدد الجريدة الرسمية رقم 5363 بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٨

التعليمات التنفيذية الخاصة باعتماد مندوبي مفوضي القوائم والمرشحين في الدائرة الانتخابية رقم (٨) لسنة ٢٠١٦م، المنشورة على الصفحة (٣٩٩٩) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٤١٠) بتاريخ ٧/١٧/ ٢٠١٦م.

التعليمات التنفيذية الخاصة بتشكيل اللجان رقم (٢) لسنة ٢٠١٦ المنشورة على الصفحة (٣٣٢٧) في عدد الجريدة الرسمية (٥٤٠٢) بتاريخ ٦/١٦/ ٢٠١٦م.

التعليمات التنفيذية الخاصة بالاقتراع والفرز وجمع الأصوات رقم ٩ لسنة ٢٠١٦ المنشورة على الصفحة (٤٠٠٢) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٤١٠) بتاريخ ٢١٠٦/٧/١٧م.

التعليمات التنفيذية الخاصة باعتماد المراقبين المحليين للعملية الانتخابية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ المنشور على الصفحة (٣٣٣٠) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٤٠٢) بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٦م.

التعليمات التنفيذية الخاصة باعتماد المراقبين الدوليين للعملية الانتخابية رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ المنشور على الصفحة (٣٣٣٤) في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٤٠٢) بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٦م.

المراجع الأجنبية

Center for Human Rights, Professional Training Series No.2, Human Rights and Elections, New York and Geneva, 1994.

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report, Venice, 2002. Available at:

http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2002)023rev-e.aspx

Goodwin-Gill, Guy S., Free and Fair Elections, Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2006.

International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Secure and Fair Elections, 2015. Available at:

http://www.idea.int/sites/default/files/publications/secure-and-fair-elections-workshop-model-curriculum.pdf

Inter- Parliamentary Council, Declaration on Criteria for Free and Far Elections. Paris, 1994. Available at: http://www.ipu.org/cnl-e/154-free.htm

Office of The High Commissioner for Human Rights, Professional Training Series No. 7, Training Manual on Human Rights Monitoring, New York and Geneva, 2001.

Orozco-Henríquez, Jesús, Electoral Justice: The International IDEA Handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Sweden, 2010.

حق الاختصاص في القانون المدني القطري دراسة مقارنة

د. عبد الرحمن جمعة الحلالشة *

تاريخ تقديم البحث: ٦/٢/ ٢٠١٧م. تاريخ القبول:٢٤/٩/ ٢٠١٧م.

ملخص

الحقوق العينية التبعية "التأمينات العينية"، هي الحقوق التي لا تقوم بذاتها وإنما تعتمد في وجودها على غيرها وجوداً وانقضاء، أو هي الحقوق التي ترد على مال معين مملوك للمدين أو للغير، والتي تقررت لمصلحة لدائن، وبموجبها يمنح المرتهن تتبع المرهون في أي يد يكون لينفذ عليه بيعا، بقصد استيفاء حقه من ثمنه مفضلاً على غيره من الدائنين.

حصر القانون المدني القطري هذه الحقوق في الرهن الرسمي " المواد ١٠٥٨ – ١١١٥"، وحق الاختصاص "المواد " ١١١٦ – ١١٢٧"، والرهن الحيازي "المواد ١١٢٨ – ١١٦٤"، وحقوق الامتياز " المواد " ١١٦٥ – ١١٨٦".

ويمتاز حق الاختصاص، بأنه يحقق الفائدة للمدين والدائن: فأما المدين فيستفيد منه، بأن الدائن قد يقتنع بإرجاء التنفيذ من دام أنه حصل على ضمان يضمن حقه في مواجهة مدينه. وأما الدائن فانه يؤمنه من خطر تصرفات

المدين بعد الحصول على الحكم بالوفاء، أي أن الدائن لن يتعجل في تنفيذ الوفاء ما دام إنه ضمن حقه من تصرفات مدينة الضارة في أمواله. ويؤخذ عليه عدة مآخذ، أهمها أن هذا الحق بأنه يؤدي إلى تفضيل دائن

على غيره من الدائنين، وهذه الأفضلية ليس لها أساس عادل، لأنها لا تترتب على إرادة المتعاقدين كما هو الحال في الرهن الاتفاقي، ولا على صفة الدين كما هو الحال في حق الامتياز، وإنما على سرعة الحصول على

حكم، وهو ما دفع بمشرع بعض الدول إلى استبعاده من نصوصه القانونية على خلاف القانون المدني القطري الذي أخذ بهذا الحق كأحد أنواع الحقوق العينية التبعية.

ويأخذ الباحث على المشرع القطري عند تنظيمه لهذا الحق العديد من الملاحظات، وأهمها الاتي:

منح الدائن هذا الحق على أن يكون بيد الدائن حكما واجب النفاذ في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين، على أن يكون حسن النية، الا أن المشرع لم يحددالحكم الذي يقرر هذا الحق، هل ينحصر بالمدني؟؟ ومتى يكون الدائن حسن النية ليمنح هذا الحق على عقارات مدينه؟

يتضح مما تقدم أن الانتقادات التي وجهت لهذ الحق، علاوة على الملاحظات التي أبدينها على الصياغة الفنية لإحكام هذا الحق في نطاق القانون المدني القطري هي التي دفعتنا الى تسليط الأضواء على هذا الحق من خلال هذا البحث.

* كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Jurisdiction in Qatari Civil Law: A Comparative Study

Dr. Abd Elrahmaan Jumaa Al-Halalsheh

Abstract

In-kind rights: "In-kind insurance" means the rights that are not self-sustaining but depend on the existence and expiry of their existence, or are the rights that are given to a particular property owned by the debtor or others and which have been determined in favor of a creditor. For the purpose of fulfilling its right of its price, preferring to other creditors.

The Qatari Civil Code enumerates these rights in the official foreclosure "Articles 1058 - 1115", the right of jurisdiction "Articles 1116-1127", the "possessory pledge" Articles 1128 - 1164 ", the" Articles 1165 - 1186The right of jurisdiction has the benefit of the debtor and the creditor: either the debtor benefits from it, the creditor may be persuaded to defer execution since it has secured a right to a debtor. As for the creditor, he believes in the risk of actions. The debtor shall not be in a hurry to carry out the performance as long as he is entitled to the detrimental actions of the debtor in his property and is taken by several sockets, the most important of which is that this right leads to a creditor preference

On the other creditors, this preference has no fair basis, because it does not entail the will of the contractors as in the case of the contractual pledge, nor on the status of religion as in the case of concession, but on the speed of access to ruling, which prompted the legislator of some countries to exclude from the legal texts contrary to the Qatari civil law, which took this right as one of the types of rights in-kind dependency. The researcher takes the Qatari legislator when organizing this right many observations, the most important of which are: The creditor has granted this right, provided that the creditor has an enforceable judgment on the subject of the case, which obliges the debtor to do something, provided that the intention is good, but the legislator did not specify the ruling that determines this right. When does a creditor have good faith to grant this right to the property of a city?

It is clear from the foregoing that the criticisms of this right, as well as the observations that I made on the technical wording of this right under the Qatari Civil Code, led us to shed light on this right through this research.

المقدمة:

أهمية البحث وأسباب اختياره:

الحقوق العينية التبعية "التأمينات العينية"، هي الحقوق التي لا تقوم بذاتها وإنما تعتمد في وجودها على غيرها وجوداً وانقضاء، وتردعلى مال معين مملوك للمدين أو للغير، ويخصص لضمان تنفيذ التزام أصلي، يكون للدائن الافضلية في استيفاء دينه من ثمن هذا العين.

يتضح ممـــا تقدم أن للدائـــن على أمـــوال مدينه ضمان عام وخاص، فأمـــا الضمان العام فيتحقق من مال المدين الذي يضمن وفاء جميع ديونه، باعتبار أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، وأما الضمان الخاص فيتحقق عندما يرد على مال معين مملوك للمدين أو للغير، والذي خصص لضمان تنفيذ التزام أصلي، بحيث يكون للدائـــن حق تتبعه في يـــد أي شخص كان، لينفذ عليه بيعاً. ويكون لـــه الأفضلية على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن هذا العـــين. ويلاحظ أن القانون المدني القطري قد حصر هذه الحقوق في الرهـــن الرســـمي "المواد ١٠٥٨–١١١٥"، وحق الاختصاص "المـــواد ١١١٦–١١٢٧"، والرهـــن الحيازي "المواد ١١٢٨ – ١١٦٤"، وحقوق الامتياز "المـــواد ١١٦٥ – ١١٨٦".

يتضح مدى تأثـــر القانـــون المدنـــي القطري في تحديده للحقوق العينية بالقانون المدني المصـــري الذي خصـص القســـم الثانـــي للحقوق العينـــية، فأفـــرد الكتاب الثالث للحقوق العينية الأصلـــية "المـــواد ٨٠٢ – ١٠٢٩ "، وأمـــا الحقوق العينية التبعية، فحصرها في الرهن الرســـمي "المواد ١٠٣٠ – ١٠٨٤"، وحق الاختصاص " المواد ١٠٨٥ – ١٠٩٥ "، والرهن الحيازي " المواد ١٠٩٦ – ١١٢٩"، وحقوق الامتياز" المواد"١١٣٠ – ١١٤٩".

والجدير بالذكر أن المشرع للقانون المدني الأردني والكويتي والعراقي وقانون المعاملات لدولة الامارات العربية المتحدة وقانون المعاملات العماني والقانون المدني البحريني وقانون الالتزامات والعقود المغربي لم يتعرض لهذا الحق.

نظم القانون المدنـــي القطري حـــق الاختصاص كأحـــد الحقوق العينية التبعية في المـــواد ١١١٦–١١٢٧. ويسري على هذا الحق ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام. وسندنا في هذا القول ما تضمنته المادة ١١٢٧ من القانون المدني القطري.

سمحت المادة ١١١٦ من القانون المدني القطري لأي دائن أن يستصدر حق اختصاص على عقارات مدينه أيا كان مصدر الدين، فقد ينشأ عن تصرف قانوني أو لفعل غير مشروع أو لإثراء بدون سبب أو لنص في القانون، وأيا كان محله عملاً، أو امتناع عن عمل، أو تأدية مبلغ من النقود، على ان

منح الدائن هذا الحق معلق على أن يكون قد حصل على حكم واجب النفاذ في موضوع الدعوى يلزم المدين بموجبه بموضوع الدعوى.

إشكاليات البحث:

يثير البحث الذي نحن بصدده إشكاليات عديدة، وأهمها الآتي:

١ –علق القانون المدني القطري منح الدائن هذا الحق على شرط أن يكون حسن النية، إلا أنه لم يحدد المقصود بحسن النية، ومتى يتم تقدير حسن النية من عدمها وفقاً للمادة ١١١٦ من القانون المدني القطري.

٢ – وسمح المشرع لكل ذي مصلحة ان يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت العقارات التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين، إلا إنه لم يحدد الطرف الذي يتحمل مصروفات إنقاص حق الاختصاص.

٣ – وسمح المشرع للدائن أن يتظلم متى رفض رئيس المحكمة إجابة طلبه بمنحه حق الاختصاص على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، أو بعد تظلم المدين، الا أن المشرع لم يحدد مدة تقديم التظلم وللمدين.

٤ – وسمح المشرع للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام القاضي الآمر أو أمام المحكمة الابتدائية، الا أن المشرع لم يحدد مدة تقديم التظلم.

أمام هذه الإشكالات القانونية التي فرضت نفسها في هذا البحث، وجب البحث عن الحلول القانونية لها سواء من خلال نصوص القانون المدني أو غيره من القوانين. علاوة على اتفاقنا في الرأي الفقهي العربي الذي نادى بعدم الاخذ بهذا الحق العيني، والتي كان لها الأثر بعدم تنظيمه لدى بعض القوانين المدنية العربية، علاوة على انعدام أي مؤلف فقهي قطري تناول الحقوق العينية التبعية عامة والموضوع الذي نحن بصدده خاصة، بالرغم من أهميتهما من الناحية العلمية والعملية.

منهجية البحث:

سنعمد عند دراسة هذا البحث على تناوله من خلال منهج تحليلي مقارن: فأما أنه تحليلي، فهذا يعود إلى محاولتنا الشخصية في تحليل مقتضيات القانون المدني القطري الذي نظم هذا الحق، مستعينين بالفقه المصري الذي تناول تحليل أحكام هذا الحق، وأما أنه مقارنا فيعود الى أن بعض القوانين المدنية العربية عرضت عن التعرض لهذا الحق.

خطة البحث: تتوزع أبحاثنا في هذا البحث على أربعة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: ماهية حق الاختصاص ومزاياه وعيوبه.

المبحث الثاني: إنشاء حق الاختصاص.

المبحث الثالث: آثار وإنقاص حق الاختصاص.

المبحث الرابع: انقضاء حق الاختصاص.

الخاتمة: ونبرز من خلالها ما أفرزه هذا البحث من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول: ماهية حق الاختصاص ومزاياه وعيوبه

يقتضي بحث هذا الحق، تسليط الأضواء على تحديد المقصود بهذا الحق وخصائصه وبيان مزاياه وعيوبه:

أولا تعريف حق الاختصاص وخصائصه:

سكت القانون المدني القطري والقانون المدني المصري عن تعريف هذا الحق، وهذا لا يشكل في نظرنا نقصاً تشريعياً وانما ميزة للمشرع يجدر الاشارة له فيها، ذلك أن التعريف يدخل في مهمة الفقه والقضاء، ويجب ان يبتعد المشرع عنها، حتى يتلافى سهام النقد الذي يوجه له بسبب قصور أو عدم وضوح التعريف.

حق الاختصاص في نظر اتجاه فقهي هو"حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في اي يد يكون[١]، وعرفه اتجاه آخر بأنه " حق عيني يتقرر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية لصالح الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ بحقه، على عقار أو أكثر من عقارات مدينه. ويخوله ميزتي التقدم والتتبع ضماناً لاستيفاء حقه"[٢]، أو حق عيني تبعي على عقار أو أكثر من عقارات المدين، يأمر به رئيس المحكمة المختصة بناء على طلب دائن محكوم له بدينه[٣]، أو "حق عيني تبعي يمنحه رئيس

(١) راجع نبيل إبراهيم سعيد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط ٢٠٠٧ م، فقرة ١٢٧ ص١٨١.

(٢) راجع همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، ط١٩٩٧ م،ص ٣١٩.

(٣) راجع عبد الناصر توفيق العطار،التأمينات العينية، فقرة ٨٢ ص١٦٤، حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، ط١٩٨٠م. فقرة ٣١٢، ص٤٦٠.د. عبد السلام دهني بك، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، ١٣٤٤هـ-١٩٢٦م، فقرة ١٩٥، ص ٢٢١-٢٢٢.

المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ويستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه في الدين، متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون" [١].

ويتضح من تعريفات حق الاختصاص المشار لها سابقا أنها جمعت أهم ما يمتاز به هذا الحق، فهو حق عيني تبعي يتقرر على عقار أو أكثر من عقارات مدين تنفيذا لحكم صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية الذي يملك سلطة تقريره، وذلك بناء على طلب الدائن الذي له أن يستوفي حقه من ثمن العقار متقدما على غيره من الدائنين المقيدين التالين له في المرتبة وعلى الدائنين العاديين للمدين.

ويتفق هذا الحق مع الرهن الرسمي في العديد من الأحكام وسندنا في هذا القول ما تضمنته المادة ١١٢٧ من القانون المدني القطري التي نصت على أنه " يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وبخاصة ما يتصل بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة[٢]. مع مراعاة أن مصدر الرهن الرسمي هو العقد على خلاف هذا الحق فمصدره أمر رئيس المحكمة الابتدائية.

ثانيا: مزايا حق الاختصاص:

يمتاز حق الاختصاص، بأنه يحقق الفائدة للمدين والدائن: فأما المدين فيستفيد منه، بأن الدائن قد يقتنع بإرجاءالتنفيذ من دام أنه حصل على ضمان يضمن حقه في مواجهة مدينه. وأما الدائن فإنه يؤمنه من خطر تصرفات المدين بعد الحصول على الحكم بالوفاء، أي أن الدائن لن يتعجل في تنفيذ الوفاء ما دام أنه ضمن حقه من تصرفات مدينة الضارة في أمواله، وهو يجنب الدائن اقامة الدعاوي والطعن في الأحكام القضائية في الدعوى المتكونة بينه وبين مدينه، ومن ثم يتجنب المصاريف واتعاب المحاماة التي قد تشغل جانبه.[٣]

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرة ٣٩٩، ص٦٦٠، أو هو "حق يتقرر بإذن من رئيس المحكمة للدائن، على عقار أو أكثر من عقارات مدينة، بناء على حكم صادر بإلزام المدين بالدين، ويكون للدائن بموجب هذا الحق ان يستوفي دينه من ثمن العقار بالأولوية على عداه من الدائنين "محمد مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٢٧ص٤١٨.

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري المطابقة في صياغتها للقانون المدني القطري.

(٣) راجع مرسي، مرجع سابق، فقرة ٤٢٩ص٤٢٠، نبيل سعد، مرجع سابق، فقرة ١٢٨ ص١٨١، همام زهران، مرجع سابق، ص٣١٩، عبدالناصر العطار، مرجع سابق، فقرة ٨٢ ص ١٦٤، السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٠٣، ص٦٦٢، تناغو، ص٢١٣.

ثالثا: عيوب حق الاختصاص:

يؤخذ على هذا الحق في نظرنا أنه يفضل دائن على غيره من الدائنين في الحصول على حكم أسرع من الدائنين الآخرين بالرغم أن الدين قد يكون وهميا أو نتيجة تواطأ تم بين المدين مع الدائن الذي تقرر له هذا الحق، أو أن المدين أراد أن يفضل دائن على آخر في سرعة الحصول على حكم، كأن ينكل عن اليمين التي وجهت له من الدائن، أو أن يحصر بينته باليمين الحاسمة التي وجهها لمن تقرر له هذا الحق، فيحلفها، وقد يكتفي في الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، مفوتا عن نفسه الطعن في القرار الابتدائي أمام محكمة الاستئناف والتمييز وطرق الطعن الأخرى الي رسمها القانون تحقيقا لمصلحة الخصوم، كطلب إعادة المحاكمة، في حين نجد أن هذا المدين يسلك مع غيره من الدائنين طرقا أخرى تختلف كليا عن طرق تعامله مع من تقرر له هذا الحق، علاوة أن هذا ثبوت هذا الحق لأحد الدائنين يؤدي الى زيادة وتراكم القضايا أمام المحاكم. ويؤخذ على هذ الحق في نظر الفقه – وبحق – انهيؤدي الى تفضيل دائن على غيره من الدائنين، وهذا التفضيل يعود أن أحد الدائنين سبق الباقين في الحصول على حكم، على خلاف الباقين الذين تأخروا في الحصول على حكم لسبب لم تتدخل إرادتهم فيه وهذه الأفضلية ليس لها أساس عادل، باعتبار أنها لم تنشأ عن إرادة المتعاقدين كما يحصل في الرهن الاتفاقي، ولا على صفة الدين الذي تقرر في حق الامتياز، وإنما على سرعة الحصول على حكم، علاوة على أن الحصول على حق الاختصاص يجعل الدائنين يتسابقون في رفع الدعاوى على المدين مما يؤدي إلى تراكم القضايا في المحاكم لسبب ليس له مبرر، مما يؤدي إلى إرهاق القضاء وزيادة المصروفات[١]، وهو مجحف بالمدين لأنه يصدر بغيبته، وقد تقرر على عقار تزيد قيمته على الدين دون موافقته، ومن ثم سيشغل المدين بمصروفات لا علاقة له بها. [٢]

المبحث الثاني: انشاء حق الاختصاص

بينا أن حق الاختصاص ينشأ عن حكم قضائي صادراً لصالح الدائن، ويرد على عقار أو أكثر مملوك للمدين، على ان يتقيد الدائن بإجراءات حتى يتقرر له هذا الحق، وعليه يتوزع بحثنا في هذا المبحث على مطلبين اثنين:

(١) راجع نبيل سعد، فقرة ١٢٨ ص١٨١-١٨٢، مرسي، مرجع سابق، فقرة ٤٣٠ ص٤٢١، العطار، مرجع سابق، فقرة ٨٢ص١٦٤، السنهوري، ج١٠، ص٦٦٢، زهران، مرجع سابق ص٣١٩، حمدان، مرجع سابق، فقرة ٣١٤، ص٤٦٢-٤٦٤

(٢) راجع العطار، مرجع سابق، فقرة ٨٢ص١٦٤، مرسي، مرجع سابق، فقرة ٤٣٠ص٤٢١، نبيل سعد، مرجع سابق، فقرة ١٢٨، ص١٨٢. سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، ط ٢٠٠٨، توزيع منشأة المعارف، فقرة ٧٠، ص٢١٢-٢١٥. ذهني، مرجع سابق، فقرة ١٩٥، ص٢٢٣.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للحصول على حق الاختصاص.

المطلب الثاني: إجراءات تقرير حق الاختصاص.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للحصول على حق الاختصاص

حدد القانون المدني القطري في المواد ١١١٦-١١١٩ الشروط الواجب توافرها للحصول على حق الاختصاص، فهذه الشروط يرجع بعضها للدائن، وأخرى تتعلق بالحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه، وبعضها يتعلق بالأموال التي يتقرر عليها الاختصاص، وبعضها يتعلق بوقت صدور الاختصاص، وهو ما سنتولى بحثه تباعاً من خلال تخصيص فرع لكل واحد من هذه المواضيع.

الفرع الأول: شروط طالب الاختصاص

نصت المادة ١/١١١٦ من القانون المدني القطري" يجوز لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ان يحصل، متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه، ضماناًلأصل الدين والمصروفات"[١].

اجازت هذه المادة لأيدائن أن يستصدر حق اختصاص على عقارات مدينه أيا كان مصدر الدين، فقد ينشأ عن تصرف قانوني أو لفعل غير مشروع أو لإثراء بدون سبب أو لنص في القانون، وأيا كان محله عملاً، أو امتناع عن عمل، أو تأدية مبلغ من النقود، على أن منح الدائن هذا الحق معلق على أن يكون قد حصل على حكم واجب النفاذ في موضوع الدعوى يلزم المدين بموجبه بموضوع الدعوى.

ويعلق القانون المدني القطري منح الدائن هذا الحق على شرط أن يكون حسن النية، ومن ثم نسأل متى يكون الدائن حسن النية حتى يمنح حق الاختصاص على عقارات مدينة؟

ذهب اتجاه فقهي أن المقصود بحسن النية، أن يكون الدائن جاهلاً تعلق حق الغير بعقارات المدين التي يريد أن يأخذ عليها اختصاصاً حتى لو كان حق الغير لم يصبح نافذا في مواجهة الغير لعدم شهره، كأن يبيع المدين عقاراً، والدائن يعلم بهذا البيع، وبالرغم من ذلك أخذ عليه حق الاختصاص فقيده قبل تسجيل عقد البيع؛ فعندئذ لا ينفذ هذا الحق في حق المشتري. [٢]

---

(١) ويقابل النص في القانون المدني المصري المادة ١/١٠٨٥ " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ان يحصل، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات".

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية ج٧ ص١٦٤، نبيل سعد، مرجع سابق فقرة ١٣٢ص١٨٨، السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٠٨، ٦٦٨-٦٧٠، العطار، مرجع سابق، هامش ١، ص١٦٥.

وذهب اتجاه أخر أن المقصود بحسن النية انتفاء التواطؤ بين الدائن وبين المدين في تقرير حق الاختصاص على عقار من عقاراته قاصداً الأضرار بالغير الذي تعلق له الحق بالعقار المراد تقرير حق الاختصاص عليه، ولم تستكمل اجراءات الشهر لهذا الحق المقرر للغير، أي بعبارة أخرى لا يكفي لاعتبار الدائن سيء النية أن يكون عالماً بحق الغير على عقار المدين، وإنما يجب ان يقع التواطؤ بين الدائن وبين المدين في تقرير حق اختصاص على عقار المدين قاصداً الاضرار بمن تعلق له حق بهذا العقار(١).

وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون، الأصل في الانسان حسن النية(٢)، ومن يدعي سوء النية فعليه إثبات قوله، أي بعبارة أخرى أن من يدعي سوء نية الدائن في حق الاختصاص الذي تقرر له على عقار المدين فعليه عبء الاثبات(٣)، مع مراعاة أن إثبات هذه الواقعة متاح بكافة طرق الإثبات ذلك أننا بصدد واقعة مادية وفقا لمفهوم المادة ٢٦٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

ونحن نعتقد أن تقدير حسن النية من عدمها وفقاً للمادة ١١١٦ من القانون المدني القطري يتم وقت تقرير حق الاختصاص وليس وقت قيده، ذلك أن حسن النية شرط للحصول على حق الاختصاص وليس شرط للنفاذ في حق الغير.

ويلاحظ أن المشرع عندما قرر حق الاختصاص على عقار المدين، اشترط في الدائن أن يكون حسن النية، وذلك على خلاف الحقوق العينية التبعية الأخرى، حيث يتم التفاضل بين الدائنين المرتهنين في استيفاء حقوقهم من ثمن عقار الراهن المباع بالمزاد العلني على أساس أقدمية القيد(٤)، بصرف النظر عن حسن أو سوء نية المرتهن.

الفرع الثاني: شروط الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه

نصت المادة ١/١١١٦ من القانون المدني القطريعلى أنه "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على حق

(١) راجع، همام زهران – مرجع سابق ص٣٢١-٣٢٢، سمير تناغو، مرجع سابق، ص٢١٩، السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٠٨ ص٦٦٩ -٦٧٠

(٢) استنادا للمادة ١٧٠ / ١ من القانون المدني القطري التي نصت "يفسر الشك لمصلحة المدين"، وهو ما أخذت به المادة ٢٠٢ من القانون المدني الأردني.

(٣) استنادا للمادة ٢١١ من قانون المرافعات القطري التي نصت "على الدائن اثبات الالتزام، وعلى المدين اثبات التخلص منه". ونصت المادة ٧٣ من القانون المدني الأردني "الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه".

(٤) استنادا للمادة ١٠٨٩ من القانون المدني القطري. راجع السنهوري، ج١٠، فقرة٤٠٨، ص٦٦٩-٦٧٠، نبيل سعد، ص١٨٨.

اختصاص بعقارات مدينه، ضماناً لأصل الدين والمصروفات"[١].

يشترط بموجب هذه المادة في الحكم الذي قرر حق اختصاص الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الحكم قضائياً:

حق الاختصاص حق عيني تبعي نشأ ليضمن حق شخصي، لهذا اشترط المشرع أن يكون الحق الشخصي المراد الحصول على حق الاختصاص ليضمن الوفاء به، أن يكون ثابتاً بمقتضى حكم قضائي واجب النفاذ [٢]، ومن ثم لا يتقرر هذا الحق من خلال القرارات القضائية الصادرة عن القاضي بصفته صاحب سلطة ولائية.

وحق الاختصاص لا يتقرر للدائن وفقا للمادة ١١١٦ من القانون المدني القطري الا إذا كان بيده حكم صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل.

ويجب أن يكون الحكم الذي حصل عليه الدائن واجب النفاذ. والثابت أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هي الاحكام والأوامر الصادرة من المحاكم العدلية واتفاقات الصلح التي أثبتت بمحضر الجلسة أو الحقت به والأوراق الرسمية التي يعطيها القانون قوة التنفيذ"[٣]، وعليه فإن هذا الحق لا يتقرر في نظرنا حتى لو تم تضمينه في سند رسمي واجب النفاذ، ذلك أن إطلاق يد الدائن في الحصول على حق الاختصاص يجعله حاصلا على هذا الحق متى أقر المدين بانشغال الذمة أمام الموظف الرسمي، علاوة على أن هذا الإجراء فيه مخالفة للمادة ١١١٦ من القانون المدني التي تشترط أن يكون بيد الدائن حكما واجب النفاذ صادرا في موضوع الدعوى، ومن ثم نعتقد أن إقرار المدين بانشغال الذمة أمام الموظف الرسمي لا يمنحه هذا الحق. ويتأكد هذا الرأي من خلال الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني القطري التي نصت "تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تناولتها هذه النصوص بمنطوقها أو

(١) تطابق صياغة المادة ١/١٠٨٥ من القانون المدني المصري.

(٢) استنادا للمادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري التي نصت "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق. ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الجية. ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا".
ونصت المادة ٤١ / ١ من قانون البينات الأردني "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلا وسببا".

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ٣٦٢ من قانون المرافعات القطري. وهو ما نصت عليه المادة ٦ /أ من قانون التنفيذ الأردني.

بمفهومها"[١].

ويستوي في نظرنا بالحكم القضائي الآمر بحق الاختصاص، أن يكون صادرا عن محكمة مدنية أو جنائية ألزمت المشتكى عليه بالحق الشخصي. ونستند في هذا القول على المادة ١١١٦ من القانون المدني القطري التي لم تحديد نوع المحكمة التي تآمربهذا الحق. ويتأكد هذا الرأي أيضا من المادة ٣٦٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري التي نصت "والسندات التنفيذية هي الاحكام ....".

ويجوز الآمر في حق الاختصاص بناء على حكم قضائي صادر عن مصالحة أو اتفاق بين الخصوم، أي بعبارة اخرى إذا صادق القاضي على مصالحة الخصوم أو اتفاقهم، فأصدر حكمه في الدعوى، فعندئذ يجوز منح الدائن حق اختصاص على عقار من عقارات المدعى عليه، وهذا ما نصت عليه المادة ١١١٨ من القانون المدني القطري" يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً بين الخصوم"[٢].

ونحن نعتقد أن عقد الصلح أو الاتفاق الذي يجري بين الخصوم يجب أن يتضمن أصل الحق، ذلك أن القاضي عندما يقتصر دوره على المصادقة على اتفاق الخصوم فقط دون أن يتضمن الاتفاق أصل الحق فهو يقوم بعمل من أعمال السلطة الولائية، وهذا العمل لا يمنح الدائن هذا الحق كما سبق وأشرنا، علاوة على أنه لا يجوز الحصول على هذا الحق بناء على حكم صادر بصحة التوقيع، وسندنا في هذا القول ما تضمنته المادة ١١١٨ من القانون المدني القطري.

ويجوز أخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر عن محكمة أجنبية أو على حكم صادر عن محكم، على أن يكون الحكم الصادر عن هاتين الجهتين واجب التنفيذ، أي أن الحكم الصادر عن محكمة أجنبية أو عن هيئة التحكيم لا يكفي للحصول على حق الاختصاص، وإنما يجب أن يكون واجب التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١١٧ من القانون المدني القطري "لا يجوز الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على حكم صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ.[٣]

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٢ / ١ من القانون المدني الأردني التي نصت "تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص".

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٧ من القانون المدني المصري التي تطابق في صياغتها القانون المدني القطري. راجع في ذات الاتجاه السنهوري، ج١٠، فقرة٤١٠، ص٦٧٥، العطار، فقرة٨٣، ص١٦٥-١٦٦، تناغو، فقرة ٧١، ص٢١٦-٢١٧

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٦ من القانون المدني المصري "لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر عن محكمة اجنبية، أو على قرار صادر من محكمين الا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ". راجع في ذات الاتجاه السنهوري، ج١٠، فقرة ٤١٣-٤١٦، ص٦٧٦-٦٧٨، العطار، فقرة ٨٣، ص ١٦٦-١٦٨، تناغو، فقرة٧١، ص٢١٧.

وتجدر الإشارة أن الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في قطر بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الا حكام والأوامر القطرية فيه. ويطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي التنفيذ بالمحكمة الكلية، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى[١]، مع مراعاة أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي:

١- أن محاكم دولة قطر غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.
٢- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.
٣- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته.
٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بقطر، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها".[٢]

وتجدر الاشارة أيضاً أن الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في قطر بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر القطرية فيه. ويطلب الأمر بالتنفيذ بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي التنفيذ بالمحكمة الكلية، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى[٣]، مع مراعاة، أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتي:

١- أن محاكم دولة قطر غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

٢- إن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحاً.

٣- إن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.

٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أوأمر سبق صدوره من محكمة بقطر، وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها [٤].

(١) استنادا للمادة ٣٧٩من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.
(٢) استنادا للمادة ٣٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.
(٣) استناداً للمادة ٣٧٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.
(٤) استناداً لمادة ٣٨٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

والثابت أن حكم المحكمين غير قابل للتنفيذ إلا بأمر يجب أن يصدر عن قاضي المحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها، ويكون ذلك بناء على طلب أي من ذوي الشأن. ويصدر القاضي الآمر بالتنفيذ بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم. وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه. ويوضع أمر التنفيذ بذيل أصل الحكم، ويختص القاضي الآمر بالتنفيذ بكل ما تعلق بتنفيذ الحكم. [١]

وتجدر الملاحظة أن المادتين ٣٧٩ – ٣٨٠ تسريان على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي. ويجب أن يكون الحكم الصادر في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقا لقوانين دولة قطر.[٢]

الشرط الثاني: أن يكون الحكم واجب التنفيذ

اشترط القانون المدني القطري في المادة ١١١٦ في الحكم المطلوب اخذ حق الاختصاص على أساسه أن يكون واجب النفاذ. ويكون الحكم واجب النفاذ في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضي به، [٣]، ذلك أن الأحكام التي حازت هذه القوة هي التي يجوز تنفيذها وفقاً للمادة ٣٦٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطرية.

الحالة الثانية: أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري في المادة ٣٧٤ تنفيذ الأحكام والأوامر المشمولة بالنفاذ المعجل، ومن ثم يجوز أخذ حق الاختصاص بناء على الحكم المشمول بالنفاذ المعجل. ويكون مصير الحق مرتبطا بمصير الحكم، فإذا الغي هذا الحكم امتنع المضي في تنفيذه. ويسقط ما يكون قد تم من إجراءات بناء عليه، وينقضي حق الاختصاص الذي اخذه الدائن[٤].

الشرط الثالث: وأن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى وملزماً للمدين بأداء شيء معين:

تشترط المادة ١١١٦ من القانون المدني القطري هذا الشرط صراحة، ومن ثم تستبعد القرارات الإعدادية المتخذة أثناء سير الدعوى من أخذ حق الاختصاص عليها، كانتخاب خبير أو توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بأداء شيء معين، ويستوي أن يكون الحكم بإلزام المدين بتأدية

(١) استناداً للمادة ٢٠٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

(٢) استناداً لمادة ٣٨١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

(٣) والثابت أن الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة، استناداً للمادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري. راجع في ذات الاتجاه العطار، فقرة ٨٣، ص ١٦٦، السنهوري، ج١٠، فقرة٤٢٧، ص ٦٨٦، ذهني، فقرة٢٠٤، ص ٢٢٩.

(٤) راجع نبيل سعد، مرجع سابق، فقرة ١٣١ ص١٨٥، همام زهران، ص ٣٢٤–٣٢٥، مرسي، فقرة، ٤٣٣–٤٣٥، ص٤٢٣–٤٢٤، تناغو، فقرة ٧١ مرجع سابق، ص ٢٢٠ –٢٢١

مبلغ من النقود للمدعي، أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين، ففي هاتين الحالتين يتولى رئيس المحكمة تقرير حق الاختصاص. استناداً للمادة ١١٢٠/٢/د من القانون المدني القطري.

ويمتنع تقرير حق الاختصاص على حكم لم يلزم المدين بأداء شيء معين، كالحكم الصادر بصحة التوقيع، وهذا ما نصت عليه المادة ١١١٨ من القانون المدني القطري"... ولكن لا يجوز الحصول على حق الاختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع" [١]، ذلك أن هذا الحكم لا يلزم المحكوم عليه بأداء شيء معين، وهو لا يمس موضوع العقد ولا يتعرض لصحته أو لنفاذ، على خلاف الحكم الذي ثبت صلحاً أو اتفاقا بين الخصوم، فيجوز الحصول على حق اختصاص بناء على هذا الحكم، استناداً للمادة ١١١٨ من القانون المدني القطري.[٢]

الفرع الثالث: الأموال التي يتقرر عليها حق الاختصاص

نصت المادة ١١١٩ من القانون المدني القطريعلى أنه "لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة، مملوكة للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص ووقت قيده وجائز بيعها بالمزاد العلني[٣].

تبين هذه المادة أن حق الاختصاص لا يرد إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص ووقت قيده، وان يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني، وسأتولى تسليط الأضواء على جميع هذه الجوانب القانونية على النحو الآتي:

١-أن يكون عقاراً:

حق الاختصاص لا يرد إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين، استنادا للمادة ١١١٩ من القانون المدني القطري، أي بعبارة أخرى يتقرر حق الاختصاص في نطاق القانون المدني القطري على الأرض الخالية من البناء، سواء كانت تجارية أو سكنية أو صناعية، وقد يرد هذا الحق على الأرض وما عليها من بناء.

---

(١) وهو ما نصت عليه المادة ١٠٨٧ من القانون المدني المصري، راجع في ذات الاتجاه ذهني، فقرة ٣٠٣، ص٢٢٨، السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٢٠-٤٢٢، ص٦٨٠ -٦٨١، العطار، فقرة ٨٣، ص ١٦٩، مرسي، فقرة ٤٤٣، ص٤٢٧-٤٢٨.

(٢) التي نصت "يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا بين الخصوم، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع".

(٣) وهو ما نصت عليه المادة ١٠٨٨ من القانون المدني المصري " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعهـــا بالمـزاد العلني". راجع مرسـي، فقرة ٤٤٦، ص٤٢٩-٤٣٠، حمدان، فقرة٣٢١، ص٤٧٦-٤٧٧، زهـــران، ص٣٢٧-٣٣٣، نبيل ســـعد، فقرة١٣٢، ص١٨٦-١٨٨، السنهوري، ج١٠، فقرة٤٣٧-٤٥٥، ص ص٦٩٢-٧٠٣، تناغو، فقرة٧٢، ص٢٢٦-٢٢٨.

ويمنع ان يرد هذا الحق على الأموال المنقولة، على أن المنقولالذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يجعله مشمولا بهذا الحق.[١]

٤- وأن يكون العقار معيناً:

نصت المادة ١١١٩/ ١ /٢ / هـ من القانون المدني القطري "١ -يجب على الدائن الذي يريد أن يأخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم بذلك عريضة الى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع العقارات في دائرتها التي يريد الاختصاص بها. ٢ – ويجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم، وأن تشتمل على البيانات التالية: هـ "تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها.[٢]

ويهدف المشرع من هذا التحديد حماية المدين والغير على حد سواء.

ويترتب على عدم تحديد العقار الذي يرد عليه حق الاختصاص تحديدا كافياً ودقيقاً بطلانه وقيده، وذلك قياساً على الحكم الوارد في المادة ١٠٦٣ من القانون المدني القطري. [٣]

٥- وأن يكون العقار مملوكاً للمدين:

نصت المادة ١١١٩ من القانون المدني القطري على أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة، مملوكة للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص ووقت قيده، ....."[٤]

يشترط في حق الاختصاص وفقا للقانون المدني القطري صراحة أن يرد على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص ووقت قيده، وعليه لا يصح أن يرد الاختصاص على عقار اشتراه المدين ولم يسجل في دائرة الشهر العقاري.

ويجب أن يبقى المدين مالكاً للعقار الوارد عليه حق الاختصاص منذ صدور الحكم القضائي بتقرير هذا الحق عليه وحتى وقت قيده، وعليه إذا كان العقار مملوكاً للمدين وقت الحكم القضائي ثم خرج من ذمته للغير قبل قيد هذا الحق، فعندئذ نرى أن على الموظف المختص في دائرة الشهر العقاري الامتناع عن قيد هذا الحق، لعدم ملكية العقار للشخص المطلوب قيد هذا الحق عليه.

---

(١) استنادا للمادة ٥٩/ ٢ من القانون المدني القطري التي نصت " ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله".

(٢) وهوما تشترطه المادة ١٠٨٨، والمادة ٢/١/١٠٨٩/هـ من القانون المدني المصري. راجع تناغو، فقرة ٧٢، ص٢٢٤-٢٢٥.

(٣) وهو ما يأخذ به القانون المدني المصري في المادة ١٠٣٥.

(٤) وهذا ما أخذت به المادة ١٠٨٨ من القانون المدني المصري. راجع تناغو، مرجع سابق، ص٢٢٦ -٢٢٨.

٦- ويشترط في العقار الوارد عليه حق الاختصاص مما يجوز بيعه بالمزاد العلني:

نصت المادة ١١١٩ من القانون المدني القطري على أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين ... وجائز بيعها بالمزاد العلني"(١).

يملك الدائن قانونا عند امتناع المدين عن الوفاء، التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد العلني ليستوفي حقه من ثمنه، ومن ثم يخرج العقار الذي لا يجوز بيعه بالمزاد العلني عن دائرة العقارات التي يمكن أن يرد عليها هذا الحق، وعليه لا يصح تقرير هذا الحق على عقارات الوقوف، وذات القول بالنسبة لحق الاستعمال والسكنى، فلا يجوز أن يرد عليها حق الاختصاص.

ويجوز أن يرد هذا الحق على العقار الذي منع المشتري من التصرف فيه حتى يقوم بوفاء الثمن، لأن هذا العمل لم يأت من المشتري وإنما من الغير. (٢)

الفرع الرابع: وقت أخذ الاختصاص

قيد المشرع حق الدائن في أخذ اختصاص بعقارات مدينه في حالتين:

الحالة الأولى: وفاة المدين:

نصت المادة ٢/١١١٦ على أنه "ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة"(٣).

أجاز المشرع كقاعدة عامة لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم بموجبه المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضامنة أصل الدين والمصروفات، على أن هذا الأصل ليس مطلقا وانما قيده بموجب المادة ٢/١١١٦ من القانون المدني القطري.

هدف المشرع من هذا المنع تحقيق المساواة بين دائني المتوفي العاديين الذين تتعلق حقوقهم بتركة المتوفي من تاريخ الوفاة، أي بعبارة أخرى أن المشرع القطري منع أي دائن بأن يتميز بعد وفاة المدين على غيره بسبب لاحق على الوفاة إعمالا لقاعدة المساواة بين دائني المتوفي العاديين، ذلك أن تركة المتوفي توزع على الدائنين العاديين وفقا لقاعدة قسمة الغرماء، مع مراعاة أن هذا التفضيل لا يقع في

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٨ من القانون المدني القطري". راجع السنهوري، ج١٠، فقرة٤٤٥، ص٧٠٢-٧٠٣.

(٢) راجع همام زهران، مرجع سابق ص٣٣١.

(٣) وتطابق المادة ٢/١٠٨٥ من القانون المدني المصري ما اخذت المادة ٢/١١١٦ من القانون المدني القطري. راجع السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٣١، ص ٦٨٨ – ٦٩٠،

حق الاختصاص الذي حصل عليه الدائن قبل وفاة المدين، وأراد قيده بعد وفاته لينفذ في حق الغير.[١]

الحالة الثانية: المدين غير معسرا:

نصت المادة ١١٢٥ من القانون المدني القطري على أنه "إذا كان المدين معسراً وقت قيد الاختصاص، فلا يجوز للدائن الذي حصل على هذا الحق ان يتمسك به، حتى لو كان حسن النية، قبل أي دائن آخر يكون حقه ثابت التاريخ وسابقاً على قيد الاختصاص".[٢]

فرقت هذه المادة القانونية في حالة المدين المعسر وقت قيد الاختصاص، فجعلته غير نافذ في حق أي دائن يكون حقه ثابت التاريخ وسابقا على قيد الاختصاص حتى لو كان الدائن حسن النية، أما هذا القيد فإنه يجعل هذا الحق نافذا في حق الدائنين العاديين أو الذين لهم حق اختصاص يتلونه في المرتبة. ويلاحظ من خلال هذه المادة القانونية أنها أجازت أخذ الاختصاص في حالة إعسار المدين على خلاف حالة وفاة المدين، فقد منعت المادة ٢/١١١٦ الدائن أخذ أي اختصاص بعد موت المدين على أي عقار من عقارات التركة.

وتجدر الإشارة أنه "لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. ويكون للمحرر تاريخ ثابت: أ– من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك. ب – من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ. ج – من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص. د–من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه. هـ – من يوم وقوع حادث اخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات"[٣]

---

(١) نبيل سعد، مرجع سابق، فقرة ١٣٢، ص١٨٩، زهران، مرجع سابق ص٣٣٢، العطار، مرجع سابق، فقرة ٨٥، ص١٧٣. السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٣٤، ص٦٩٠، تناغو، فقرة ٧١، ص٢٢٣–٢٣٤.

(٢) ونصت المادة ٢٥٦ من القانون المدني المصري على أنه "١–لا يجوز شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين.٢–على أنه لا يجوز ان يحتج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل". ونصت المادة ٢٥٧ من ذات القانون "متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين، يكون من شأنه ان ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين". راجع تناغو، فقرة ٧١، ص ص٢٢١–٢٢٣، السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٣٥ –٤٣٦، ص٦٩١–٦٩٢، زهران، ص ٣٣٢–٣٣٣، نبيل سعد، فقرة ١٣٢، ص ١٨٩.

(٣) ونصت المادة ١٢ من قانون البينات الأردني "١–لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. ٢ – ويكون له تاريخ ثابت: أ – من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل. ب – من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسميا. ج – من يوم أن يؤشر عليه قاض أو موظف مختص. د – من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر ثابت أو معترف فيه من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه".

المطلب الثاني: إجراءات تقرير حق الاختصاص

حدد القانون المدني القطري في المواد ١١٢٠-١١٢٢ الإجراءات الواجب اتباعها في استصدار الأمر بالاختصاص، ورسمت المادتان ١١٢٣-١١٢٤ التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص، وهو ما سنتولى بحثه تباعاً بهذا من خلال تخصيص فرع لكل موضوع منها:

الفرع الأول: استصدار الأمر بالاختصاص

نصت المادة ١١٢٠ من القانون المدني القطري: "١-على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه، أن يقدم بذلك عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها.٢-ويجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم، وأن تشتمل على البيانات التالية: أ-اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي أو الموطن المختار الذي يعينه في دائرة المحكمة المذكورة إذا لم يكن موطنه الأصلي بها. ب-اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه. ج-تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته. د-مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار، تولى رئيس المحكمة تقديره، وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص. هـ -تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها".[١]

ألزمت هذه المادة الدائن أن يقدم طلب الحصول على اختصاص بعقار أو أكثر لمدينه، على أن يتضمن مجموعة من البيانات، ويعرض على القاضي المختص للفصل فيه. ويجب إعلام المدين بالأمر والتأشير عليه.

فبالنسبة لتقديم طلب الاختصاص وبياناته:

ألزمت المادة ١١٢٠ من القانون المدني القطري الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه، أن يتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع تلك العقارات في دائرة اختصاصه، ملزمة إياه أن يرفق طي طلبه صورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم كتاب المحكمة مدون عليها منطوق الحكم، وعلى أن تتضمن العريضة البيانات التي حددتها المادة ١١٢٠ /٢ من القانون المدني القطري.

وينظر رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرة محكمته العقار المطلوب أخذ الاختصاص به، وأما إذا تعددت العقارات التي يطلب الدائن أخذ حق الاختصاص بها، وكانت تخضع لاختصاص محاكم ابتدائية متعددة، فعندئذ تولى كل رئيس محكمة ابتدائية الفصل في الطلب المقدم لديه الذي يقع العقار

(١) تقترب المادة ١٠٨٩ من القانون المدني المصري في الصياغة مع المادة ١١٢٠ من القانون المدني القطري وتتفق بالنتيجة معها.

المطلوب حق التخصيص في دائرته.

ويأمر القاضي في الطلب المقدم له بصفته صاحب سلطة ولائية وليس بصفته صاحب سلطة قضائية، ولرئيس المحكمة أن يأمر بالتخصيص أو رفضه ودون حضور المدين، أي بعبارة أخرى أن رئيس المحكمة الابتدائية المعروض عليه طلب التخصيص يتولى الفصل بالطلب المقدم لديه دون حضور المدين، فله أن يقرر الاختصاص على العقارات التي طلبها الدائن أو على بعضها دون البعض الآخـــر متى وجد أن العقار الذي خصصه للدائن كاف لتأمين أصـل الدين ومصروفاته، استناداً للمـــادة ١١٢١ من القانون المدني القطري"[١].

ويثور السؤال عن المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص في حالة عدم تحديد مقدار الدين في الحكم؟

تعرضت الى حكم هذه الحالة المادة ١١٢٠/٢/د من القانون المدني القطري التي نصت على أنه "مقدار الدين، فإذا لم يكن الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار، تولى رئيس المحكمة تقديره، وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص".

ويجب على رئيس المحكمة الابتدائية الذي ينظر طلب الاختصاص أن يأخذ بعين الاعتبار مقدار الدين ومقدار العقارات المبينة بالعريضة على وجه التقريب، ليجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط متى رأى أنها كافية لتأمين دفع أصل الدين والمصروفات المستحقة للدائنين.

ويهدف المشرع من منح رئيس المحكمة أن يجعل الاختصاص مقصور على أحد عقارات المدين ليتناسب مع دين الدائن، وعدم إضعاف قدرة المدين المالية والائتمانية، وعليه متى وافق الرئيس على إجابة طلب الدائن بمنحه حق اختصاص أشر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص، وعليه أن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن، استناداً للمادة ١١٢٢ من القانون المدني القطري، التي أوجبت بدورها على

(١) التي نصت "١-يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص .٢- ويجب عند الأمر بالاختصاص، مراعاة مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب. ولرئيس المحكمة عند الاقتضاء أن يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحداها، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والمصروفات المستحقة للدائنين". ونصت المادة ١٠٩٠ من القانون للمدني المصري: "١-يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص.٢- وإنما يجب عليه عند الترخيص بهأن يراعي مقدار الدين وقيمه العقارات المبينة في العريضة بوجه التقريب وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراًعلى بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين".

قلم الكتاب إعلان المدين الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي صدر فيه الأمر[١].

الفرع الثاني: التظلم من القرار الصادر بالاختصاص

يأمر رئيس المحكمة بتقرير الاختصاص في بعض الأحيان، ويرفضه في أحيان أخرى، وفي الحالتين لمن له مصلحة أن يتظلم من القرار.

الحالة الأولى: التظلم من قرار الاختصاص

نصت المادة: ١/١١٢٣ من القانون المدني القطري على أنه" يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام القاضي الآمر، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية[٢].

يفهم من المادة ١/١١٢٣ أن القرار الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بقبول طلب الدائن بحق الاختصاص على عقارات مدينه الذي أعلم به المدين وفقاً للمادة ١١٢٢ من القانون المدني، أن من حقه التظلم من هذا القرار، كأن يدعي أن شروط الأخذ بالاختصاص غير متوافرة، أو أن الحكم الذي اعتمده الدائن في طلبه غير واجب النفاذ، أو أن العقارات التي تقرر عليها الاختصاص تجاوز ما يغطي قيمة الضمان الذي طلبه الدائن.

ويتم التظلم أمام القاضي الآمر، أو أن يرفعه أمام المحكمة الابتدائية، فعندئذ إذا قرر الرئيس أو أمرت المحكمة بقبول التظلم والغاء الأمر، فيعد الاختصاص لاغ. ويجب التأشير على هامش القيد الآمر بإلغاء بالاختصاص، استناداً للمادة ٢/١١٢٣ من القانون المدني القطري التي نصت على أنه "ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص"[٣]

يتضح من المادة ١١٢٣ من القانون المدني القطري انها لم تحدد المدة التي يقع فيها على المدين التظلم من القرار، ومن ثم نعتقد بوجوب الرجوع الى المادة ١٤٤من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطرية في هذه المسالة التي حددتها بسبعة أيام من تاريخ إعلانه به".

(١) نصت المادة ١١٢٢ "على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها الدائن".

(٢) ونصت المادة ١٠٩٢ من القانون المدني المصري: ١-يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم الى المحكمة الابتدائية".

(٣) ونصت المادة ٢/١٠٩٢ من القانون المدني المصري"ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر احكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص".

الحالة الثانية: التظلم من رفض الاختصاص

نصت المادة ١١٢٤ من القانون المدني القطري" إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية[١].

يقدم التظلم من الدائن الذي رفض رئيس المحكمة طلب تقريره حق الاختصاص أمام المحكمة الابتدائية، وأما اذا تظلم المدين من الاختصاص الذي تقرر على عقار من عقارته، فانه يتظلم أمام القا ضي الآمر، أو أن يرفعه الى المحكمة الابتدائية، استنادا للمادة ١١٢٣ من ذات القانون، وعلة ذلك أن التظلم المقدم من المدين في منح الدائن حق الاختصاص على عقار من عقارته قدصدر بغيابه، ومن ثم له أن يرجع للرئيس الآمر بالاختصاص عن قراره بعد البينات المقدمة من المدين أو أنه قد يعدل في قراره، وذلك على خلاف رفض طلب الدائن، فإمكانية الرجوع عنه يكون ضعيف جداً، ومن ثم منح القانون للدائن التظلم من هذا القرار أمام المحكمة الابتدائية، استنادا للمادة ٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

ويجوزللمحكمة الابتدائية التي تنظر في التظلم رفض التظلم وتأييد القرار الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية، ولها الغاء القرار المتظلم منه، ومن ثم إجابة طلب الدائن بحقه في الاختصاص، على أن يكون القرار معلاً ومسبباً في الحالتين.

ويتضح أن القانون المدني القطري في المادة ١١٢٤لم يحدد الفترة التي يقع فيها التظلم[٢]، لهذا نربوجوب التقيد في الإجراءات التي تضمنها المادة ١٤٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري التي حددتها بسبعة أيام من تاريخ إعلانه القرار.

المبحث الثالث: آثار وإنقاص حق الاختصاص

نتولى تباعاً الحديث عن آثار هذا الحق فانقاصه، وعليه تتوزع مباحثنا في هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: اثار حق الاختصاص

المطلب الثاني: إنقاص حق الاختصاص

المطلب الأول: آثار حق الاختصاص

(١) وتطابق المادة ١٠٩٣ من القانون المدني القطري في صياغتها القانون المدني القطري".

(٢) ويسايره في هذا الاتجاه القانون المدني المصري.

نصت المادة ١١٢٧ من القانون المدني القطري على أنه "يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وبخاصة ما يتصل بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من احكام خاصة". (١)

طبق القانون المدني القطري الأحكام القانونية التي تعرض لها في باب الرهن الرسمي والمتعلقة بالقيد والتجديد والمحو، وعدم تجزئه الحق، والآثار والانقضاء على حق الاختصاص، مع مراعاة وجوب الأخذ بالأحكام الخاصة للرهنين، فقد تبين من المادة ١١١٦ ان لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه، ضماناً لأصل الدين والمصروفات، وذلك على خلاف الرهن الرسمي حيث أن مرتبة المرتهن في تحسب من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ان كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً(٢)، وذلك على خلاف الدائن في حق الاختصاص، فقد بينا، أنه لا يستطيع التمسك بسبق حق قيده متى كان سيء النية، أي بعبارة أخرى أن المرتهن في الرهن الرسمي تحسب مرتبته وفقاً لترتيب قيده في السجل الذي أعد لذلك بصرف النظر عن حسن أو سوء النية، وأما في حق الاختصاص، فإذا علم الدائن أن صاحب العقار قد باعه إلى الغير، وأنه سبقه في قيد حق الاختصاص، فإن هذا الحق لا ينفذ في حق المشتري، وهذا الاتجاه يخالف المفاضلة في أصحاب الحقوق العينية، حيث تتم المفاضلة بينهم بمن سبق في إجراءات الشهر والقيد، علاوة على أن المدين المعسر إن كان وقت قيد حق الاختصاص معسراً، فلا يجوز للدائن الذي حصل على هذا الحق، أن يتمسك به حتى لو كان حسن النية في مواجهة دائن آخر حقه ثابت التاريخ وسابقاً على قيد الاختصاص. (٣)

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري التي تطابق في صياغتها للقانون المدني القطري. وتطبيقا لذلك يخضع حق الاختصاص لإحكام المواد"١٠٨١ – ١٠٨٧"والمواد"١١١٣ –١١١٥" من القانون المدني القطري. راجع أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج١، الرهن الرسمي، دار النهضة، مصر، فقرة ١٢٢، ص ٤٤٢٠–٤٢٣ فقرة ١٢٣، ص٤٣٠–٤٣٣، فقرة ١٣٨، ص ٤٨٢، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، ط١٩٩٥، عمان الأردن، فقرة ١٧٧، ص١٣٣، فقرة ١٤٩، ص١١١–١١٢، فقرة ١٦٢، ص١١٩ –١٢٠، فقرة ٢١٢، ص١٦١.

(٢) استناداً للمادة ١٠٨٩ من القانون المدني القطري.

(٣) استناداً للمادة ١١٢٥ من القانون المدني القطري.

المطلب الثاني: إنقاص حق الاختصاص

نصت المادة ١١٢٦ من القانون المدني القطري على أن: "١-يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت العقارات التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين. ٢- ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين". (١)

بينا أن لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى ملزما المدين بشيء معين، أن يحصل متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والمصروفات (٢). وبينا أن المادة ٢/١١٢٠/د أعطت لرئيس المحكمة الصلاحية في تحديد مقدار الدين غير المحدد المقدار والذي على أساسه يؤخذ به حق الاختصاص، وبينا أن على رئيس المحكمة عند الأمر بالاختصاص أن يأخذ بعين الاعتبار مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب، وأن للرئيس عند الاقتضاء أن يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات، أو على واحد منها فقط أو على جزء منها متى رأى أن ذلك كاف لتامين دفع أصل الدين والمصروفات المستحقة للدائنين(٣)، أي بعبارة أخرى أن حق الاختصاص المقرر للدائن على عقارات مدينه يجب أن يتناسب مع مقدار الدين والمصروفات، أما إذا كانت العقارات التي رتب عليها حق الاختصاص تزيد قيمتها على ما يكفي سداد الدين، فعندئذ جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب انقاص الاختصاص إلى الحد المناسب(٤).

ويتم طلب الإنقاص من المدين، أو الدائنين المرتهنين اللاحقين للاختصاص في القيد، والدائنين العاديين والحائز للعقار المثقل بالاختصاص.

ويتفق هذا الطلب مع المادة ١/١١٢٦ التي اعطت الحق في طلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب لكل ذي مصلحة، ومما لا شك فيه ان المذكورين هم جميعا أصحاب مصلحة في إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، خصوصاً متى كانت قيمة العقارات تزيد قيمتها عن ضمان الدين الأصلي والمصروفات.

---

(١) ونصت المادة ١٠٩٤ من القانون المدني المصري"١-يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين. ٢-ويكون انقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتبت عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.٣-والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلب الإنقاص".

(٢) استناداً للمادة ١/١١١٦ من القانون المدني القطري.

(٣) استناداً للمادة ١١٢١ من القانون المدني القطري.

(٤) استناداً للمادة ١١٢٦ /١ من القانون المدني القطري. راجع أسباب إنقاص هذا الحق السنهوري، ج١٠، فقرة٤٨٥، ص٧٣١

ويقدم طلب إنقاض حق الاختصاص إلى الحد المناسب من خلال دعوى يقدمها صاحب المصلحة في هذا الإجراء.

ويخير المدين في نظرنا بين إقامة هذه الدعوى أو أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام القاضي الآمر أو أن يرفع هذا التظلم الى المحكمة الابتدائية وفقاً لحكم المادة ١١٢٣ من القانون المدني القطري.

ويتم إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها هذا الحق، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين [١]

والسؤال الذي يطرح نفسه من هو الذي يتحمل مصروفات إنقاص حق الاختصاص؟

سكت القانون المدني القطري عن التعرض لهذا الحكم، وذلك على خلاف القانون المدني المصري الذي حملها لطالب الإنقاص حتى لوتم بموافقة الدائن[٢].

نحن نعتقد إمكانية أعمال هذا النص في قطر لأنه يتفق مع القواعد العامة، باعتبار أن طالب الإنقاص قد استفاد من طلبه، ومن ثم لا ضير بتحميله تلك المصروفات.[٣]

ويجب التأشير على هامش قيد الاختصاص بما يفيد إنقاصه، وذلك في حالة قصره على جزء من العقار الذي ترتب عليه هذا الحق أو قصرة على بعض العقارات دون الأخرى، أما إذا تم نقله من عقار الى عقار، فعندئذ وجب اجراء القيد لهذا الحق على العقار الذي نقل له حق الاختصاص حتى يحتج به في مواجهة الغير، على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار عندما يقرر نقل هذا الحق إلى عقار آخر أن تكون مرتبة الاختصاص الذي نقل له تسمح بوفاء الدين، وعلى المدين أن يطلب من المحكمة محو القيد من العقار الذي نقل منه.

المبحث الرابع: انقضاء حق الاختصاص

نصت المادة ١١٢٧ من القانون المدني القطري على أنه "يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتصل بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره

(١) استناداً للمادة ٢/١١٢٦ من القانون المدني القطري. راجع السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٨٨، ص٧٣٣، تناغو، ص٢٣٢

(٢) استناداً للمادة ٣/١٠٩٤. راجع السنهوري، ج١٠، فقرة ٤٨٩، ص٧٣٣-٧٣٤، نبيل سعد، ص١٩٦، تناغو، فقرة٧٦، ص٢٣٣.

(٣) ونعتمد في هذا الاتجاه على القاعدة الفقهية "الغرم بالغنم" التي أخذت بها مجموعة من القوانين المدنية العربية، ومنها القانون المدني الأردني في المادة ٢٣٥.

وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من احكام خاصة". [١]

ينقضي حق الاختصاص وفقا لحكم هذه المادة بذات أسباب انقضاء حق الرهن الرسمي[٢]، علاوة على أن هذا الحق ينقضي للأسباب الآتية:

١- إذا تقرر الاختصاص بناء على حكم قضائي نهائي، ثم طعن فيه بطريق من طرق الطعن القانونية، وقبل الطعن، فعندئذ يسقط الاختصاص وللمدين طلب محوه.

٢- ويسقط الاختصاص بناء على تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص وإجابة القاضي الآمر أو المحكمة التي رفع لها التظلم.

ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص. [٣]

ويتضح مما تقدم أن حق الاختصاص يتقرر عن طريق القضاء للدائن العادي الذي حصل على حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى، يلزم بموجبه المدين بأداء التزام لدائنه، متى كان حسن النية، وبموجبه يمنح حق الاختصاص على عقارات مدينه تضمن له أصل الدين ومصروفاته.

ويخل هذا الحق بقاعدة المساواة بين الدائنين العاديين لمجرد أن أحدهم سارع في الحصول على حكم قضائي ليفاجئ الباقين تقدمه عليهم في ضمان حقوقه، وذلك على خلاف الرهن الرسمي الذي منح القانون المرتهن الأولوية في استيفاء حقوقه مفضلاً عن المرتهنين الأخرين متى كان قيده أسبق منهم، وذات القول بالنسبة لحق الامتياز الذي يتقرر بنفس القانون، والجميع يعلم به ولا يسمح لأحد أن يعتذر بجهل القانون.

---

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٥ من القانون المدني المصري التي تطابق في صياغتها القانون المدني القطري. ومن ثم يخضع لإحكام الرهن الرسمي وخاصة منها المواد ١٠٨١ – ١٠٨٧والمواد ١١١٣ – ١١١٥. راجع السنهوري ج١٠، فقرة٤٩٢-٤٩٥، ص٧٣٦-٧٣٧، العطار، فقرة ٨٩، ص١٧٩-١٨٠.

(٢) وتجدر الإشارة أن القانون المدني القطري قد عالج انقضاء الرهن الرسمي في:

*المادة ١١١٣ التي نصت " ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته".

* والمادة ١١١٤ التي نصت "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار".

* والمادة ١١١٥ التي نصت "إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم اليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

(٣) سنداً للمادة ٢/١١٢٣ من القانون المدني القطري.

نحن نعتقد أن حق الاختصاص يهدم المساواة بين الدائنين العاديين التي أكد القانون المدني القطري عليها في المادة ١/٢٦٩ التي نصت " ١-أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه. ٢-وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون".

ويصبح الدائن العادي الذي حصل على حق الاختصاص، متقدما على الدائنين العاديين في استيفاء حقوقه من أموال المدين طبقا للقانون، في ضوء أحكام المواد ١١١٦-١١٢٧ من القانون المدني القطري. والسؤال الذي يطرح نفسه، في غياب نصوص القانون، هل يتقدم صاحب هذا الحق على باقي الدائنين العاديين في استيفاء حقوقه من العقارات التي خصصها الحكم القضائي دون مبرر شرعي سوى أنه سبقهم في الحصول على حكم واجب النفاذ؟،وهل نستبعد وجود اتفاق خفي بين هذا الدائن والمدين في تسريع الحصول على حكم واجب النفاذ ليحصل هذا الدائن على حكم واجب النفاذ، ومن ثم استصدار هذا الحق عن طريق القضاء مفضلاً على الدائنين العاديين؟ هل نستبعد أن إجراءات الدعوى أمام إحدى الهيئات الحاكمة قد تتسارع بما يزيد عنها لدى هيئة أخرى؟، وهل تتحقق المساواة بين الدائنين في ظل هذا الحق؟ وهل نستبعد الدين الذي يطالب به أحد الدائنين العاديين أن يكون دينا وهميا نظم بموجبه سند ظاهر على خلاف الواقع؟ وهل نستبعد ان يقوم الدائن الذي تقرر له هذا الحق بتوجيه يمين حاسمة للمدين فينكل عنها؟، على خلاف دائن آخر استمر مع المدين في إجراءات الدعوى حتى آخر درجة من درجات التقاضي؟

وسنجد ممن يدافع عن شرعية هذا الحق ان المادة ١١١٦ قيدت القاضي في منحه، بأن يكون الدائن حسن النية، وعندئذ نسأل هل النية الخفية يسهل إثباتها أم يصعب ذلك؟ هل نكول المدين عن حلف اليمين، سبب جدي في صدور حكم يقضي بإلزامه في الدعوى المقامة ضده؟ وهل العدالة تقتضي تفضيل صاحب هذا الحق في استيفاء حقه مفضلاً على الدائنين العاديين من عقارات المدين التي أصبحت ضامنة لأصل هذا الدائن بالرغم من كونه ظاهرياً في بعض الأحيان؟

يتضح مما تقدم حق الاختصاص في نظرنا يعد محل نظر، لن نطمئن لوجوده ضمن في القانون المدني القطري وغيره من القوانين المدنية العربية التي أخذت به.

الخاتمة:

يبرز البحث الذي نحن بصدده مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج

١- حق الاختصاص هو "حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في اي يد يكون".

٢- يتفق هذا الحق مع الرهن الرسمي في العديد من الأحكام وسندنا في هذا القول ما تضمنته المادة ١١٢٧ من القانون المدني القطري، مع مراعاة أن مصدر الرهن الرسمي هو العقد على خلاف هذا الحق فمصدره الآمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية.

٣- سمح القانون لأي دائن أن يستصدر هذا الحق على عقارات مدينه أيا كان مصدر التزامه، الذي ينشأ في نطاق القانون المدني القطري عن العقد أو الإرادة المنفردة أو لفعل غير مشروع أو لإثراء بدون سبب أو لنص في القانون، وأيا كان محله عملاً، أو امتناع عن عمل، أو تأدية مبلغ من النقود، على ان منح الدائن هذا الحق معلق على أنيحصل الدائن على حكم واجب النفاذ في موضوع الدعوى.

٤- ويمتاز حق الاختصاص، بأنه يحقق الفائدة للمدين والدائن: فأما المدين فيستفيد منه، بأن الدائن قد يقتنع بإرجاء التنفيذ من دام أنه حصل على ضمان يضمن حقه في مواجهة مدينه. وأما الدائن فإنه يؤمنه من خطر تصرفات المدين بعد الحصول على الحكم بالوفاء، أي أن الدائن لن يتعجل في تنفيذ الوفاء ما دام أنه ضمن حقه من تصرفات مدينة الضارة في أمواله، وهو يجنب الدائن إقامة الدعاوي والطعن في الأحكام القضائية في الدعوى المتكونة بينه وبين مدينه، ومن ثم يتجنب المصاريف وأتعاب المحاماة التي قد تشغل جانبه.

ثانيا: التوصيات

نتمنى على المشرع القطري التدخل بالنص صراحة في الأمور الآتية:

١ – الحق الذي نحن بصدده لم يسلم من توجيه النقد الفقهي بوصفه حقا عينيا تبعيا، ومن ثم نتمنى على المشرع القطري إعادة النظر في ضمه الى نصوص القانون المدني اقتداء بغيره من القوانين المدنية العربية التي خلت نصوصها منه.

٢ – علق القانون المدني القطري في منح الدائن هذا الحق على أن يكون حسن النية، دون أن يوضح المقصود بحسن النية، ووقت وجودها؟ هل يتم وقت تقرير هذا الحق؟ أم وقت قيد هذا الحق؟

ونحن نتمنى على المشرع القطري التدخل بالنص على الحالة التي نحن بصددها تلافيالأي خلاف فقهي أو قضائي.

٣ – تحديد الطرف الذي يتحمل مصروفات طلب إنقاص حق الاختصاص، دفعا لأي خلاف فقهي أو قضائي.

٤ – تحديد مدة تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص أمام القاضي الآمر، ومدة تقديم تظلمه أمام المحكمة الابتدائية.

٥ – تحديد مدة تظلم الدائن أمام المحكمة الابتدائية من أمر رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين.

المراجع

المراجع الفقهية:

د. أحمد سلامة، التأمينـــات العينية والشخصـــية، ج١، الرهن الرسمي، دار النهضةالعربية، مصر، ط ١٩٧٠.

حسين عبد اللطيفحمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، ط١٩٨٠م.

د. سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، توزيع منشأة المعارف. الإسكندرية. ط٢٠٠٨.

د عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام "– أثار الحق الشخصي" دراسة متقابلة مع القوانين المدنية العربية "دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط٢٠٠٥.

د. عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، أحكام الالتزام "آثار الحق الشخصي" دراسة متقابلة مع القوانين المدنية العربية "دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط٢٠١١.

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. عبد السلام دهني بك، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، ١٣٤٤هـ-١٩٢٦م.

د. عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، ط١٩٨٠.

د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمان الأردن. ط ١٩٩٥ م.

د محمد كامل مرسي بك، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة الرغائب ١٣٤٩ هـ-١٩٣٠ م.

د. محمود محمد زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، دار المطبوعات الجامعية، ط١٩٧٧.

د. نبيلإبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط ٢٠٠٧ م.

د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، ط١٩٩٧ م.

د. همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ط ١٩٨٩.

القوانين:

- القانون المدني الأردني المؤقت رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والذي أقر دائما سنة ١٩٩٦، الذي نشرفي الجريدة الرسمية على الصفحة ٨٢٩، العدد رقم ٤١٠٦، تاريخ ١٦ / ٣ / ١٩٩٦.
- القانون المدني القطري رقم ٢٢لسنة ٢٠٠٤.
- القانون المدني المصري. رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
- القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي ١٩١٣.
- القانون المدني البحريني.
- قانون المعاملات العماني رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ سنة ١٩٨٥.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته رقم ٧ سنة ١٩٩٥ – وقانون رقم ١٣لسنة ٢٠٠٥م.
- قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.
- قانون التنفيذ الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧.

الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في القانون الأردني

د.بسام حمد الطراونه *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٧/٥/١٠م. تاريخ القبول: ٢٠١٧/٩/٢٧م.

ملخص

تشكل المؤشرات الجغرافية وسيلة هامة للتعرف على المنشأ الجغرافي للمنتجات والسلع حيث يتم الربط بين المنتج والمنطقة الجغرافية نظرا لأن خصائص ومزايا المنتج تعود بشكل أصيل إلى تلك المنطقة بحيث يندر وجود هذه الخصائص في المنتجات المماثلة من المناطق الأخرى، وقد بدأ التحرك على المستوى الدولي والوطني لحماية المؤشرات الجغرافية بسبب أهميتها الكبيرة وخاصة بالنسبة للدول الغنية بالثروات الطبيعية والزراعية والصناعات التقليدية، وقد أصدر المشرع الأردني قانون المؤشرات الجغرافية الأردني رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ والذي تناول أحكام الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية، وقد تناول البحث التعرف إلى المؤشرات الجغرافية وجهود الحماية القانونية الدولية والوطنية ونطاق هذه الحماية والاستثناءات الواردة عليها وتقييم هذه الحماية في القانون الأردني بالمقارنة مع الاتفاقيات الدولية وبعض قوانين الدول العربية، وقد انتهى الباحث إلى إبداء بعض النتائج والتوصيات المتعلقة بقانون حماية المؤشرات الجغرافية.

الكلمات الدالة: مؤشرات جغرافية، ملكية فكرية، اتفاقية (TRIPS)، منافسة غير مشروعه

* كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Legal Protection of Geographical Indications Under the Jordanian Law

Dr. Bassam Hamad Al-Tarawneh

Abstract

Geographical indications are an important tool to identify the geographical origin of goods. It is the link between the product and geographic region, given that the special characteristics and features of goods and products genuinely return to that special area which are uncommon to other areas. Much work has been conducted at the national and international level to protect geographical indications because of its great importance especially for countries rich in natural, industrial, agricultural wealth and traditional industries.The Jordanian legislator has published the Geographical Indications Act N. 8 of 2000. This paper covers the definitions of geographical indications, in addition to the international and national efforts for its legal protection, and the scope of that protection and the exceptions of its application. The paper also evaluates this legal protection under the Jordanian law, compared with the international conventions and some laws of some Arab countries. At the end of this paper, the researcher identifies some results and recommendations for the protection of geographical indications law.

Keywords: geographical indications, intellectual properties, Trips, unfair competition

المقدمة

تتميز كل منطقة جغرافية في العالم بسماتها الخاصة التي تؤثر على كل ما يستوطن هذه المنطقة من نباتات أو حيوانات، وهذا التأثير قد يكون إيجابياً يضيف بعض الخصائص الهامة إلى منتجات هذه المنطقة دون غيرها مما يجعلها مرغوبة من المستهلكين فتكون بذلك عرضة للانتحال من قبل الغير، وهنا يأتي دور المؤشرات الجغرافية التي تقوم بالربط ما بين هذه المنتجات وبين الخصائص التي اكتسبتها من هذه المنطقة فتعطيها حماية قانونية بهدف منع الغير من انتحالها ونسبة منتجاته إليها مما يضيف قيمة اقتصادية كبيرة لهذه المنتجات، وقد جرت الكثير من المناقشات على المستوى الدولي والوطني لتأمين هذه الحماية والتي تمخضت أخيراً عن وضع عدد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية تناولت بشكل كلي أو جزئي موضوع حماية المؤشرات الجغرافية والتي انعكست بدورها على التشريعات الداخلية للدول، وقد أصدر المشرع الأردني قانون المؤشرات الجغرافية الأردني رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠[١] منظماً أحكام هذه الحماية القانونية.

أهمية الدراسة

تأتي أهمية هذه الدراسة من النقاط التالية:

١- تتناول الدراسة موضوعاً هاماً ذا أبعاد اقتصادية كبيرة على الدول، فالمؤشرات الجغرافية تضيف قيمة اقتصادية كبيرة للمنتجات المختلفة وخصوصاً التقليدية منها فهي تحقق فوائد كبيرة للمنتجين والمستهلكين[٢] فبالنسبة للمنتجين توفر الحماية القانونية لهم حقوقا اقتصادية على منتجاتهم التي تحمل مؤشراً جغرافياً محمياً وبالنسبة للمستهلكين فهي تحميهم من التعرض للتضليل والخداع بشأن المنشأ الأصلي للمنتج وجودته.

٢- إن الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية هي حماية دائمة ومستمرة ولا تحتاج إلى تجديد بل تبقى مستمرة وتطول فائدتها واستغلال ثمارها بعكس حقوق الملكية الفكرية الأخرى التي يلزم تجديدها وإلا سقطت بمرور مدة معينة.

٣- إن هذه الحماية القانونية التي توفرها المؤشرات الجغرافية تمنح لجميع المنتجين في المنطقة الجغرافية والذين قد يكون عددهم كبيراً بحيث يستفيد منها قطاع واسع منهم خلافا لحقوق الملكية

(١) القانون رقم (٨) لسنة٢٠٠٠ منشور على الصفحة رقم ١٢٥٥ من عدد الجريدة الرسمية ٤٤٢٣ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢ وتاريخ سريانه ٢٠٠٠/٥/٢.

(٢) انظر:

Suh. Jeongwook and Macpherson. Alan .The impact of geographical indication on the revitalization of a regional economy. Journal. Royal Geographical Society (with The Institute of British Geographers) 2007 *Area* . Vol. 39 No. 4, pp. 518–527.

الفكرية الأخرى التي تمنح الحماية لصاحب الحق فقط مثل براءات الاختراع أو العلامة التجارية وغيرها.

٤- إن الحماية القانونية التي توفرها المؤشرات الجغرافية تمتد لتشمل الثروات الوطنية والموارد الطبيعية والصناعات التقليدية للدول بل إنها تمتد أيضاً إلى التقاليد الموروثة للشعوب بشكل غير مباشر بما لذلك من أبعاد اقتصادية واجتماعية وتاريخية هامة(١).

أهداف الدراسة

تتمثل هذه الاهداف بما يلي:

١- حث المشرع الأردني على الاستفادة قدر المستطاع من إقرار هذا القانون وإجراء التعديلات السريعة عليه لضمان تمكين المنتجين الأردنيين من تحقيق الفوائد الاقتصادية المرجوة وخصوصاً في ظل تراجع الوضع الاقتصادي بشكل عام.

٢- الاستفادة قدر الإمكان من المنتجات التي يتميز بها المجتمع الأردني والسوق الأردني، فكثير من الصناعات والمنتجات التقليدية لا زالت معروفة بالأردن، إضافة إلى أن الأردن هو بالأصل بلد زراعي بالدرجة الأولى.

٣- التنبيه إلى اهمية هذه الحماية القانونية ولفت نظر المنتجين والمصنعين إلى استغلالها وحث الدولة على تقديم المساعدة القانونية والفنية الممكنة لهم.

اشكاليات الدراسة

اقرت المملكة الأردنية الهاشمية قانون المؤشرات الجغرافيةً في عام ٢٠٠٠ – أي قبل سبعة عشر عاما – وكان من المتوقع أن تسارع الدولة والقطاع الخاص إلى تحقيق الفائدة من إقرار القانون، إلا إن هذا الأمر لم يحدث، وهنا تكمن المشكلة، وهي تقاعس كافة الهيئات المعنية في الدولة عن جني ثمار إقرار هذا القانون، فعلى صعيد الدولة لم يكن هناك أي متابعة أو تشجيع على تعظيم فوائد إقرار القانون، كما لم تقدم المساعدة المتوقعة من الدولة، بل إن الدولة – ممثلة بوزارة الزراعة ووزارة الصناعة والتجارة– لم تعمل على التعريف بالقانون وأهميته وإدخال التعديلات الضرورية علي ، وكذلك لم تقم بتقديم المساعدة الفعلية للقطاعات المستفيدة، ولذلك جاءت هذه الدراسة لتعمل على حث كل المعنيين باعادة النظر والمسارعة إلى العمل للاستفادة من هذه الحماية الفريدة لقانون المؤشرات الجغرافية.

(١) انظر:

Ferrari . Matte o. The narratives of geographical indications International Journal of Law, 10,2 pp. 222–248 . Cambridge University Press 2014.P223

وأخيراً، فقد تناول هذا البحث مفهوم المؤشرات الجغرافية ويتضمن تعريفها وشروطها وجهود الحماية القانونية لها على المستويين الدولي والوطني في المبحث الأول، ثم نطاق الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في الأردن والاستثناءات الواردة عليها في المبحث الثاني، وتقييم الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في المبحث الثالث، ثم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم المؤشرات الجغرافية

تعتبر المؤشرات الجغرافية وسيلة هامة لتعريف المستهلك بالمنشأ الجغرافي للمنتجات لكونها قد اكتسبت خصائصها الفريدة من هذا المنشأ فحققت بذلك شهرة واسعة، ونتناول في هذا المبحث تعريف المؤشرات الجغرافية وشروطها وجهود الحماية القانونية لها في مطالب ثلاثة.

المطلب الأول: تعريف المؤشرات الجغرافية

عرفت اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (TRIPS)[١] المؤشرات الجغرافية في المادة ٢٢ بأنها (التي تحدد منشأ سلعة ما في ارض بلد عضو، أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضي، حين تكون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي)، وعرفتها المادة ١٠٤ من قانون حقوق الملكية الفكرية المصري[٢] بأنها تلك التي (تحدد منشأ سلعة ما في منطقة أو جهة في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية أو تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل متى كانت النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة والمؤثرة في ترويجها راجعة بصورة أساسية إلي منشأها الجغرافي. ويشترط لحماية هذه المؤشرات أن تكون قد اكتسبت الحماية في بلد المنشأ)، أما المشرع الأردني فقد عرف المؤشر الجغرافي بأنه (أي مؤشر يحدد منشأ منتج ببلد معين أو بمنطقة أو بموقع معين من أراضيه إذا كانت نوعية المنتج أو شهرته أو خصائصه الأخرى تعود بصورة أساسية إلى ذلك المنشأ)[٣]. ومما سبق نستنتج أن المؤشر الجغرافي يتضمن الربط بين منطقة جغرافية محددة ومنتج معين بشكل يشير وبوضوح إلى أن الخصائص والمزايا التي يتميز بها

---

(١) وهي اتفاقية :

Agreement on trade - Related Aspects on Intellectual Property Rights ,including Trade in counterfeit Goods

منشورة في الجريدة الرسمية الأردنية باللغة العربية بتاريخ ١٩٩٤/٤/١، وقد انضمت الأردن لهذه الاتفاقية في عام ١٩٩٤. ومنشورة ايضا على الموقع الإلكتروني:

https:www.wto.org>27-trips_03_e

(٢) انظر: المواد ١٠٤ وما بعدها من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢

(٣) م(٢) من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني.

هذا المنتج إنما هي ناتجة عن هذه المنطقة الجغرافية المحددة ، وبالتالي فإن المؤشر الجغرافي يشير إلى منطقة المنتج وليس إلى المنتج نفسه، فالمنتج موجود في أماكن كثيرة إلا إن المنتج الذي اكتسب مؤشراً جغرافيا تميز عنها جميعا بخصائصه التي اكتسبها من منطقته كالطعم أو اللون أو الجودة أو أسلوب الصنع أو المواد المستخدمة في تصنيعه، وإذا كان المنتج مشهوراً على نطاق واسع فإنه يكون مرتبطا بالمنطقة ارتباطا كبيراً بحيث يحمل اسم المنطقة ويصبح معروفا بهذا الاسم ويسمى (المؤشر الجغرافي العام) ويقصد به الاسم الذي يشير إلى مكان منشأ المنتج فقط دون ذكر اسم المنتج ولكن هذا المكان أصبح المصطلح الاعتيادي والمتداول لهذا المنتج فاصبح المنتج يعرف مباشرة بذكر اسم المنطقة دون ذكر اسم المنتج، حيث يتحول بمرور الوقت اسم المنتج إلى اسم المنطقة فقط ويصبح معروفا بهذا الاسم، بينما يعتبر المؤشر الجغرافي هو الإشارة التي تربط منتجا معينا بمنطقة جغرافية معينة كأن يقال مثلاً (القطن المصري) فهنا نذكر مادة القطن ونربطها بمنطقة جغرافية هي مصر ليكتمل المؤشر بربط المادة المنتجة بمكانها الجغرافي كما في (الجبنة الفرنسية) أو (البن البرازيلي) أو (التمر السعودي) وهكذا دواليك علماً بأن المؤشر الجغرافي قد يتحول بمرور الزمن أو بسبب الشهرة إلى مؤشر جغرافي عام، وهناك أيضاً المؤشرات الجغرافية المتجانسة لفظياً أو (المتماثلة في أسمائها)[١] كما يسميها المشرع الأردني (م٦/ب)[٢] وهي المؤشرات التي لها ذات الاسم ولكن أماكن منشأها تقع في بلدان مختلفة، كما لو كان المؤشر الجغرافي مثلاً يتعلق بمادة تشتهر في منطقتين مختلفتين فعلى سبيل المثال لو كان المؤشر الجغرافي متعلقاً بمادة القماش وكان إنتاج القماش مشهورا في مدينة طرابلس بلبنان ومدينة طرابلس في ليبيا، وفي هذه الحالة يعد استخدام المؤشر ضرورياً للمستهلك لمعرفة أي مكان منهما هو المقصود لأن المستهلك لا يستطيع التمييز بينهما، وقد أشار المشرع الأردني إلى هذه الحالة ضمنيا في المادة (٣/أ/٣)[٣] والمادة (٤/ب)[٤] والمادة السادسة، وتعليقا على هذه النصوص نقول:

١- أن المشرع الأردني منح الحماية لجميع المؤشرات التي تنطبق عليها هذه الحالة شريطة ضمان المعاملة العادلة بين منتجي هذه المؤشرات وضمان عدم تضليل مستهلكي هذه المنتجات.

---

(١) انظر:

Rose. Brian. no more whining about Geographical Indications. Articles .Houston Journal of International Law. ROSE EIC EDITS . 2007 .Vol.29:3 page 746

(٢) نصت المادة (٦/ب) على: يتم تحديد الأسس العملية للتفرقة بين المؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسمائها المتعلقة بالنبيذ بموجب تعليمات يصدرها الوزير ويتم نشرها في الجريدة الرسمية.

(٣) نصت المادة (٣) على أنه: أ. يحظر على أي شخص ما يلي: ٣. استعمال مؤشر جغرافي بشكل يوهم الجمهور بأن منشأ المنتج غير منشئه الحقيقي وإن كان هذا المؤشر صحيحا في حرفيته.

(٤) نصت المادة (٤) على: ب. تنطبق احكام الفقرة (أ) من هذه المادة حتى لو كان المؤشر الجغرافي صحيحا في حرفيته ولكنه يؤدي إلى تضليل الجمهور بشأن المنشأ الحقيقي للمنتج.

٢- إن المشرع الأردني نص في القانون على وضع تعليمات من قبل وزير الصناعة والتجارة تتضمن أسس عملية للتفرقة بين المؤشرات المتماثلة ولم توضع هذه التعليمات للآن.

٣- ذكر المشرع الأردني النبيذ بشكل خاص في هذه النصوص بما يوحي أن الحكم خاص بالنبيذ! ونقول انه من الواضح أن الحكم ينسحب على جميع المؤشرات المتماثلة في أسمائها ولكن السبب في تخصيص النبيذ – كما نعتقد–هو ان قانون المؤشرات الجغرافية الأردني جاء شبه منقول عن الاتفاقيات الدولية دون أن يعدل بما يناسب خصوصية الوضع الأردني[١]، ولذلك ندعو المشرع الأردني إلى العمل على مراجعة القانون وإعادة صياغته بكامله بما يضمن متانته ورصانته التي اعتدناها من المشرع الأردني[٢].

٤- منع المشرع الأردني في المادة (٣/أ/١) استعمال اي وسيلة في تسمية أي منتج أو عرضه بشكل يوحي بأن منشأه الجغرافي غير منشأه الحقيقي، ثم كرر ذلك في البند (٢) من ذات الفقرة ومنع استعمال أي وسيلة في تسمية النبيذ أو المشروبات الروحية بشكل يوحي بأن منشأها الجغرافي غير منشأها الحقيقي، ونرى أن هذا التكرار لا فائدة منه فالبند الأول يكفي لإعطاء الحكم الذي يريده المشرع.

ويلاحظ أن هناك عدداً من المفاهيم التي قد تتداخل مع مفهوم المؤشر الجغرافي نوعا ما، ومنها: العلامات التجارية والتي تعرف بأنها (أي إشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره)[٣]، وهي تختلف عن المؤشر الجغرافي الذي يربط بين المنتج ومكان إنتاجه بينما تربط العلامة التجارية بين المنتج وصاحب المنتج أو صانعه، إضافة إلى أن المؤشر الجغرافي يعني أن المنتج يتمتع بمزايا معينة بينما العلامة التجارية تشير إلى صانع المنتج سواء توافرت في المنتج خصائص مميزة أم لا[٤]، كما أنه يحق لكل المنتجين في المنطقة الجغرافية إنتاج السلعة المحمية بالمؤشر بينما يعطي هذا الحق لمالك العلامة فقط دون غيره، إضافة إلى أنه لا يمكن منح الترخيص بالمؤشر لشخص من منطقة أخرى لأن المؤشر لا يتصل

(١) وبالذات عن اتفاقية (TRIPs) والتي تكرس الحماية القانونية للنبيذ والمشروبات الروحية، انظر:
Fu. Charlie. Geographical Indications in Multinational Agreements. Journal of Contemporary Legal Issues is the property of University of San Diego (2008). Page 45

(٢) نرى أنه من غير المناسب تخصيص النبيذ والمشروبات الروحية وتكرارها في قانون المؤشرات الجغرافية الاردني بهذا الشكل المبالغ به وكأن النبيذ منتج أردني عريق وهو أمر غير صحيح فلا تعد الأردن من الدول المشهورة بذلك.

(٣) (م٢) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته، وانظر كذلك المادة (١٥) من اتفاقية تربس والمادة (٦٣) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري.

(٤) انظر:. Fu. Charlie Geographical Indications in Multinational Agreements. Journal of Contemporary. Legal Issues 2008. Page 451

بأشخاص وإنما بمنطقة جغرافية محددة [١]، ومع ذلك نجد بينهما بعض التشابه ومن ذلك: أن العلامة التجارية والمؤشر الجغرافي تميزان بين منتج وآخر، إضافة إلى اقتراب مفهوم المؤشر الجغرافي من العلامة التجارية التي تتكون من مؤشر جغرافي أو تحتوي عليه.

ومن المفاهيم التي قد تشتبه بالمؤشر الجغرافي أيضاً مفهوم بلد المنشأ، وقد ورد في المادة الثانية من اتفاق لشبونة[٢] أن بلد المنشأ (هو البلد الذي يمثل اسمه تسمية المنشأ التي اشتهر بها المنتج، أو هو البلد الذي يقع فيه الإقليم أو الجهة التي يمثل إسمها تسمية المنشأ التي اشتهر بها المنتج) فبلد المنشأ،هو البلد الذي يصنع فيه المنتج ولكن هذا لا يعني أن تتوفر في المنتج خصائص معينة، أما تسمية المنشأ وهي التسمية الجغرافية لأي بلد للدلالة على أحد المنتجات في هذا البلد والتي تعود جودته أو خصائصه إليه أو إلى البيئة الجغرافية، بما في ذلك العوامل الطبيعية والبشرية) (م٢ اتفاقية لشبونة) والفرق الأساسي بين المؤشر الجغرافي وتسمية المنشأ هو أن ربط المنتج مع مكان المنشأ أقوى في المؤشر الجغرافي منه في تسمية المنشأ[٣] لأن مزايا وخصائص المنتج المحمي بالمؤشر الجغرافي ناجمة حصراً عن منشئه الجغرافي أما تسمية المنشأ فقد لا تشير إلى هذه الحالة، وفيما يتعلق بمصطلح بيان المصدر فهو يعني كل عبارة أو إشارة تستعمل للدلالة على أن سلعة ما أو خدمة ما تأتي من بلد أو منطقة أو مكان معين، فبيان المصدر يدل على المنشأ الجغرافي للمنتج ولا ينطوي على وجود أية خاصية بالمنتج خلافا للمؤشر الجغرافي، ويكون بيان المصدر بإيراد اسم البلد على المنتج مثل عبارة (صنع في الأردن) وهكذا.

المطلب الثاني: شروط حماية المؤشرات الجغرافية

أولا: الشروط الموضوعية

لم أجد في نصوص قانون المؤشرات الجغرافية الأردني ما يشير إلى اشتراط المشرع لأية شروط موضوعية، ولكن تعريف القانون للمؤشر الجغرافي يشير إلى ضرورة أن تعود نوعية المنتج أو شهرته أو

(١) ورغم هذا الفرق الواضح نجد أن المشرع الأردني قد خلط بينهما في عدد من المناسبات وذلك عندما جعل تسجيل العلامة والمؤشر الجغرافي يخضعان لذات الشروط والأحكام في التسجيل وجعل السجل موحداً لكليهما.

(٢) اتفاقية:

Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (as amended on September 28, 1979

وقد أبرم اتفاق لشبونة سنة ١٩٥٨ وتم تنقيحه في استوكهولم سنة ١٩٦٧ وعدل سنة ١٩٧٩. وأنشأ اتفاق لشبونة اتحادا له جمعية ويوفر نظام لشبونة وسيلة للحصول على الحماية لتسميات المنشأ في عدة بلدان. منشور على الموقع الالكتروني:

www.wipo.int>legal_texts>lisbon....

(٣) يرى البعض أن المؤشرات الجغرافية تشمل بيانات المصدر والبيانات الجغرافية انظر: نشأت. محمد عبد الفتاح. الحماية الدولية للمؤشرات الجغرافية. ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الحماية القانونية للملكية الفكرية المنعقدة في طرابلس بلبنان في الفترة ٢٩-٢٠١١/١١/٣٠ ص١٧.

خصائصه الأخرى بصورة أساسية إلى ذلك المنشأ وهو الشرط الوحيد الذي يمكن استنتاجه من التعريف، وقد ورد في اتفاقية تربس/ القسم الثالث/ المادة (٢٢) ذات الشرط من كون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي كما أن قانون حماية الملكية الفكرية المصري أشار في المادة (١٠٤) على ضرورة أن تكون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة والمؤثرة في ترويجها راجعة بصورة أساسية إلى منشأها الجغرافي واشترط النص أيضا أن تكون المؤشرات قد اكتسبت الحماية في بلد المنشأ، وبناء على ما تقدم فإن الشروط الموضوعية لتسجيل وحماية المؤشر الجغرافي هي:

١- أن يتصل المنتج بالمؤشر الجغرافي اتصالاً وثيقاً وعلى وجه أصيل بحيث تكون نوعية المنتج أو سماته الأخرى راجعة بصورة أساسية إلى منشأه الجغرافي.

٢- أن لا يوجد مانع من تسجيله كالتشابه مع مؤشر سابق حتى لا يؤدي استخدامه إلى تضليل المستهلكين عن المنشأ الأصلي للمنتج.

٣- أن يكون المؤشر الجغرافي قد حصل على الحماية القانونية في بلده وأصبح محميا بموجب القانون.

ثانيا: الشروط الشكلية

نلاحظ أنه لا يوجد نص في القانون يتناول بالتحديد الشروط الشكلية لتسجيل المؤشرات الجغرافية إلا أننا نجد أن نص المادة (٤/د) من قانون المؤشرات الجغرافية تشير إلى أن لمسجل العلامات التجارية رفض تسجيل أي علامة تجارية إذا تكونت من مؤشر جغرافي أو احتوت عليه وكانت متعلقة بمنتج من منشأ غير ما يوحي به استعمال ذلك المؤشر الجغرافي وبصورة تؤدي إلى تضليل الجمهور، إضافة إلى تطبيق أحكام قانون العلامات التجارية المتعلقة بالإجراءات والمدد على المؤشرات الجغرافية، وبالرجوع إلى قانون ونظام العلامات التجارية نجد أن الشروط الشكلية اللازمة لتسجيل المؤشرات الجغرافية [(١)]، هي:

١- تقديم طلب تسجيل المؤشر الجغرافي خطيا إلى مسجل العلامات التجارية وفي سجل العلامات التجارية في وزارة الصناعة والتجارة، ويجوز لمنتجي السلعة – أفرادا أو جماعات – تقديم الطلب مع ضمان استيفائهم لبعض الشروط التي يتم الاتفاق عليها لبقاء المنتج على درجة محددة من الجودة.

(١)انظر تفاصيل الشروط الشكلية لتسجيل العلامات التجارية: الأسمر. صلاح زين الدين. الملكية الصناعية والتجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان .٢٠١٢ الطبعة الثالثة. ص ٢٨٨ وما بعدها.

٢- يجوز للمسجل مع مراعاة أحكام قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية أن يرفض الطلب أو أن يقبله دون تعديل أو أن يقبله بموجب شروط أو تعديلات معينة[١] ويستأنف قرار الرفض إلى المحكمة الإدارية[٢].

٣- يقدم الاعتراض على تسجيل أي مؤشر جغرافي خلال ثلاثة أشهر[٣] من تاريخ نشر إعلان تقديم الطلب، ويستأنف قرار المسجل برد الاعتراض إلى المحكمة الإدارية والتي تقرر ما إذا كان من المقتضى السماح بالتسجيل[٤] أو رفض التسجيل.

٤- يسجل المؤشر الجغرافي بتاريخ الطلب باعتبار هذا التاريخ تاريخ التسجيل، ويصدر المسجل شهادة بتسجيل المؤشر بحسب النموذج المقرر[٥].

٥- يقدم الاستئناف على قرار رفض التسجيل او رد الاعتراض إلى المحكمة الادارية [٦] خلال ستين يوما من تاريخ تبليغه.

المطلب الثالث: جهود الحماية الدولية والوطنية للمؤشرات الجغرافية

لقد بذلت الكثير من الجهود الدولية في مجال حماية المؤشرات الجغرافية، فعلى المستوى الدولي تضمنت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) موضوع المؤشرات الجغرافية في القسم الثالث من الاتفاقية (المواد ٢٢- ٢٤) بأن الزمت الدول الأعضاء بتوفير الوسائل القانونية اللازمة لحماية المؤشرات الجغرافية من أي استخدام يؤدي إلى تضليل الجمهور أو يشكل منافسة غير مشروعه [٧]، كما ألزمت اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣[٨] الدول الأعضاء بتوفير الحماية القانونية الكاملة لبراءات الاختراع والتصاميم والرسوم والنماذج الصناعية ومنعت استخدام البيانات المخالفة للحقيقة حول مصدر السلع والمنتجات أو حول شخصية المنتج وقررت مصادرة السلع والمنتجات التي تحمل علامة صناعية أو تجارية بشكل غير مشروع (المادة ١٠)، ثم عقدت اتفاقية مدريد بشأن قمع بيانات مصدر السلع الزائفة أو المضللة لعام ١٨٩١[٩] والبروتوكول

(١) م(١١) من قانون العلامات التجارية الأردني.

(٢) م(٣) من قانون القضاء الإداري الاردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤

(٣) م(٤/أ/٢) من قانون المؤشرات الجغرافية والفقرة (د) من ذات المادة .

(٤) م(١٤) من قانون العلامات التجارية الأردني.

(٥) م(١٥) من قانون العلامات التجارية الأردني.

(٦) تغير اسم المحكمة الى المحكمة الإدارية بصدور قانون القضاء الاداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤.

(٧) نشأت. محمد عبد الفتاح. الحماية الدولية للمؤشرات الجغرافية. مصدر سابق ص١٧ وما بعدها.

(٨) اتفاقية:1883Paris Convention for the Protection of Industrial Property
وهي منشورة على الموقع الإلكتروني: .....www.wipo.int>treaties>text

(٩) اتفاقية :
Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indication of Source on Goods 1891
وهي منشورة على الموقع الإلكتروني: .....www.wipo.int>treaties>madrid

الملحق بها[١]والتي أشارت إلى بيانات المصدر ومنحتها الحماية القانونية ومنعت استخدامها بشكل مخالف للحقيقة أو بطريقة مضللة، كما تناول اتفاق لشبونة حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصعيد الدولي لعام ١٩٧٩المعدل سنة ١٩٧٩ والذي وفر وسيلة للحصول على الحماية لتسميات المنشأ في عدة بلدان.

ويضاف إلى ذلك الجهود التي تقوم بها اللجنة الدائمة المعنية بقانون العلامات التجارية والتصاميم الصناعية والمؤشرات الجغرافية (لجنة العلامات)[٢] وهي لجنة تابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية وقد أنشأت عام ١٩٩٨ لمناقشة القضايا المتعلقة بالملكية الفكرية والحماية الدولية لها، وكذلك جهود الندوة الدولية المعنية بالبيانات الجغرافية[٣] والتي تُعقد مرّة كل سنتين بين ممثلي الحكومات وأصحاب المنتجات المُسجلة بوصفها مؤشرات جغرافية، وكذلك جهود الاتحاد الأوروبي بوضع إطار قانوني للمؤشرات الجغرافية عام١٩٩٢ والذي تمخض عن تسجيل مئات المؤشرات الجغرافية لدى مختلف دول المجموعة الأوروبية، والاتفاقيات الثنائية[٤] التي تكون محصورة بين أطرافها، ومن الأمثلة عليها اتفاقية كندا والاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٣ واتفاقية المكسيك والاتحاد الأوروبي ١٩٩٧ واتفاق التجارة الحرة بين سويسرا والنروج وأيسلندا ولبنان عام ٢٠٠٤[٥]. أما على المستوى الوطني، فقد وضعت الكثير من الدول قوانين وتشريعات بهدف حماية المؤشرات الجغرافية ولكن اختلفت طرق الحماية للمؤشر الجغرافية في هذه الدول فبعضها يتبنى أنظمة الحماية الخاصة بإصدار تشريعات خاصة لحماية المؤشرات الجغرافية، وبعض الدول تؤمن هذه الحماية من خلال قانون حماية العلامات التجارية[٦] أو قوانين المنافسة غير المشروعة، والأمر ذاته بالنسبة للتشريعات العربية[٧] ففي مصر وضع قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ووردت فيه الحماية للمؤشرات الجغرافية في الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون، وفي سوريا تناول المشرع السوري حماية المؤشرات الجغرافية في المواد (٧٠– ٨١) من قانون حماية العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية رقم ٨ والذي أقره مجلس

(١) بروتوكول اتفاقية مدريد الذي أبرم سنة ١٩٨٩ لجعل نظام مدريد أكثر مرونة.

(٢) انظر: منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) على الموقع: http:www.wipo.int/policy/ar

(٣) انظر: منشورات (WIPO)على الموقع الالكتروني: http:www.wipo.int/policy/ar

(٤) انظر:

Rose. Brian. no more whining about Geographical Indications. Houston Journal of International Law. ROSE EIC EDITS. Vol.29:3 . 2007. page 756 .

(٥) أبو غيدا. ثناء. المؤشرات الجغرافية بين العولمة والتراث. منشور في صحيفة النهار اللبنانية ٢٠٠٨/٤/١٠.

(٦) دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني : www.uspto.gov/ بعنوان :

Geographical Indication Protection in the United States.2009

(٧) هناك مسودة مشروع قانون عربي استرشادي لحماية الملكية الصناعية إعداد د. مها بخيت زكي. رئيسة وحدة الملكية الفكرية. جامعة الدول العربية وهو يتضمن ١٤٤ مادة تناولت مواضيع كثيرة منها براءات الاختراع ونماذج المنفعة والعلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية.

الشعب السوري عام٢٠٠٧[١]، وفي المملكة العربية السعودية تحمى المؤشرات الجغرافية حاليا بموجب الفقرة (و) من المادة الثانية من نظام العلامات التجارية السعودي[٢] والعمل يجري حالياً لوضع نظام للمؤشرات الجغرافية في السعودية[٣]، أما بالنسبة للأردن[٤] فقد صدر قانون المؤشرات الجغرافية رقم8 لسنة 2000، والذي جاء في 10 مواد فقط، ولا يبدو أن المشرع الأردني ينوي وضع نظام للمؤشرات الجغرافية حيث لم يتم الإشارة له في القانون كما أن المشرع الأردني يحيل إلى أحكام قانون العلامات التجارية بهذا الخصوص، ويلاحظ أنه لم يسجل في الأردن حتى الآن أي مؤشر جغرافي أردني إلا أن العمل يجري حاليا على تسجيل بعض المؤشرات من خلال مشروع "المؤشرات الجغرافية" الذي ترعاه الوكالة الفرنسية والوكالة الأمريكية للإنماء الدولي، والبداية في هذه المشاريع كانت عبر منطقة الكفارات بمحافظة إربد، حيث سيتم منحها المؤشر الجغرافي لمنتج زيت الزيتون، ولاحقا سيبدأ العمل على منتجات أخرى مثل منتجات الجميد الكركي، والسمن البلقاوي، وزيت زيتون الكفارات، ورمان جديتا، واللبنة الجرشية وغيرها[٥].

المبحث الثاني: نطاق الحماية القانونية في قانون المؤشرات الجغرافية الأردني

بدأت الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في الأردن بإقرار قانون المؤشرات الجغرافية عام ٢٠٠٠، وفي هذا المبحث نتناول نطاق هذه الحماية القانونية في مطلب أول، وفي المطلب الثاني نتناول الاستثناءات الواردة على هذه الحماية.

المطلب الأول: نطاق الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية

أن الحق الأساسي الذي يمنحه المؤشر الجغرافي هو منع الغير من استخدام هذا المؤشر على منتجات ليست من ذات المنطقة، فالحماية تفترض منع أي شخص من تضليل الجمهور بأن ينسب منتجاته إلى منشأ جغرافي غير منشأها الحقيقي، إلا أنه يجب ملاحظة أن هذا الحق لا يمنع اي شخص آخر في منطقة أخرى من صنع المنتج ذاته، ولم يرد في قانون المؤشرات الجغرافية الأردني أي إشارة واضحة إلى نطاق هذه الحماية القانونية بحيث يتبين ما هي المؤشرات الجغرافية المشمولة بالحماية وتلك التي لا تشملها الحماية، إلا أنه ومن خلال تعريف المؤشر الجغرافي الوارد في المادة الثانية من القانون

(١) قانون حماية العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية السوري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ (المادة ٧٠)

(٢) علماً بأن المملكة العربية السعودية تتميز بمؤشرات جغرافية هامة، مثل (مياه زمزم) و (تمور المدينة) و (نعناع حائل). انظر: الشمري. محمد عبد الرحمن. المؤشرات الجغرافية السعودية في ظل العولمة. أهميتها. وسبل حمايتها. مقال منشور في جريدة الرياض عدد الأحد ٢٠١٦/٨/٢٨

(٣) انظر موقع وزارة الصناعة والتجارة السعودية على العنوان: www.mci.gov.sa

(٤) انضم الأردن الى الوايبو عام ١٩٨٥.

(٥) موقع وزارة الزراعة الأردنية على العنوان الإلكتروني: www.moa.gov.jo

فإنه يتبين أن الحماية تشمل كل مؤشر يحدد منشأ منتج ببلد معين أو بمنطقة أو بموقع معين من اراضيه اذا كانت نوعية المنتج أو شهرته أو خصائصه الأخرى تعود بصورة أساسية إلى ذلك المنشأ.

وقد أشارت المادة (٦) من المؤشرات الجغرافية الأردني إلى هذا النطاق فيما يتعلق بالمؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسـمائها إذْ نصت هذه المادة على أنه (أ. مع مراعاة أحكـام البند (٣) من الفقرة (أ) من المادة (٣) والفقرة ب من المادة (٤) تمنح الحماية المقررة في هذا القانون لجميع المؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسمائها المتعلقة بالنبيذ شريطة ضمان المعاملة العادلة لمنتجيها وعدم تضليل مستهلكي هذه المنتجات. ب. يتم تحديد الأسس العملية للتفرقة بين المؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسمائها المتعلقة بالنبيذ بموجب تعليمات يصدرها الوزير ويتم نشرها في الجريدة الرسمية) بمعنى أن المشرع أقر هذه الحماية شريطة أن:

١- تتم معاملة جميع المنتجين معاملة عادلة فيما بينهم فالأمر يتعلق بمؤشر جغرافي لمنتج معين يتولى انتاجه أكثر من شخص متواجدين في نفس المنطقة الجغرافية.

٢- وجوب عدم تضليل مستهلكي هذه المنتجات حيث أن من حقهم معرفة المنشأ الجغرافي لهذا المنتج.

والحقيقة أن نص المادة السادسة جاء غامضا تقريبا فلا يتضح منه أنه شامل لجميع المؤشرات الجغرافية أو أنه مقتصر على المؤشرات المتماثلة في أسمائها وخاصة أن هذه المادة أشارت للنبيذ بشكل خاص وهو الأمر الذي يثير الاستغراب[١]!.

أضف إلى ذلك أن المشرع الأردني ربط هذا الحكم بضرورة مراعاة البند (٣) من الفقرة (أ) من المادة الثالثة المتعلقة باستخدام المؤشر بشكل يوهم الجمهور بأن منشأ المنتج هو غير منشأه الحقيقي وأن كان صحيحاً في حرفيته، وهذا يعني أنه في حال مخالفة هذا البند فإن المنتج لا يحظى بالحماية القانونية وهذا ما يفهم من النص، وكذلك مراعاة الفقرة (ب) من المادة (٤) التي تعطي الحق للمسجل برفض تسجيل المؤشر ولو كان استعمال المؤشر الجغرافي المتعلق بالنبيذ في العلامة التجارية لا يؤدي إلى تضليل الجمهور وفي هذه الحالة أيضاً لا يحظى المؤشر بالحماية رغم أنه لا يؤدي إلى تضليل الجمهور، وبناء على ما تقدم فإن نطاق الحماية التي يمنحها قانون المؤشرات الجغرافية بما يلي[٢]:

(١) انظر:

Irina Kireeva and Paolo Vergano .WTO Negotiations with Respect to Geographical Indications and Russia's Position on the Protection of Appellations of Origin. 29 Review of Central and East European Law 2004 No.4. Page 477

(٢) م٣ من قانون المؤشرات الجغرافية.

١- منع استعمال أي وسيلة في تسمية أي منتج أو عرضه بشكل يوحي بأن منشأه الجغرافي غير منشئه الحقيقي مما يؤدي إلى تضليل الجمهور بخصوص المنشأ بما في ذلك استعمال مؤشر جغرافي مترجم أو مصحوب بكلمات مثل (نوع) أو (تقليد) أو أي كلمة من هذا القبيل[١].

٢- منع استعمال أي مؤشر جغرافي بشكل يوهم الجمهور بان منشأ المنتج غير منشئه الحقيقي وأن كان هذا المؤشر صحيحاً في حرفيته[٢] أي حتى ولو تشابه المؤشران في إسميهما حرفياً.

٣- منع أي استعمال لمؤشر جغرافي يشكل منافسة غير مشروعة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الأنشطة الصناعية أو التجارية [٣]، وبالرجوع إلى قانون المنافسة غير المشروعة الأردني رقم١٥ لسنة٢٠٠٠[٤] لمعرفة الأفعال التي تشكل منافسة غير مشروعة نجد أن الفقرة (أ) من المادة (٢)من قانون المنافسة غير المشروعة تشير إلى أن أعمال المنافسة غير المشروعة هي كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية وتشمل جميع الاعمال التي بحكم طبيعتها تسبب لبسا مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري والإدعاءات المغايرة للحقيقة في مزاولة التجارة والتي قد تسبب نزع الثقة عن منشاة احد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري وكذلك البيانات أو الإدعاءات التي قد يسبب استعمالها في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحيتها للاستعمال وأي ممارسة أخرى قد تنال من شهرة المنتج أو تحدث لبسا فيما يتعلق بمظهره الخارجي أو طريقة عرضه أو قد تضلل الجمهور عند الاعلان عن سعر المنتج أو طريقة احتسابه، ويلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد جميع أعمال المنافسة في قانون المنافسة غير المشروعة وإنما أعطى بعض الأمثلة عليها فالأعمال السابقة وردت على سبيل المثال لا الحصر.

فإذا أسقطنا هذه الإعمال على المؤشرات الجغرافية فإننا نجد أن كل الأعمال التي تحدث لبسا مع منتجات المؤشر الجغرافي والإدعاءات المغايرة للحقيقة والبيانات التي تضلل الجمهور تعتبر مشمولة بالمنع وتعتبر تعديا على المؤشر الجغرافي يقع تحت طائلة المسؤولية القانونية.

وقد اعتبر المشرع الأردني في الفقرة (ب) من المادة الثالثة من قانون المؤشرات الجغرافية أن القيام بأي من التصرفات أو الأعمال المشار إليها أعلاه تعتبر تعديا على المؤشر الجغرافي يقع تحت طائلة

(١) البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون المؤشرات الجغرافية.

(٢) البند (٣) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون المؤشرات الجغرافية.

(٣) البند (٤) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون المؤشرات الجغرافية.

(٤)انظر: قانون المنافسة غير المشـــروعة والاسرار التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ المنشـــور على الصفحة ١٣١٦ من عدد الجريدة الرســـمية رقم ٤٤٢٣ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.

المسؤولية القانونية، بمعنى أن جميع أعمال المنافسة غير المشروعة تشكل اعتداء على المؤشر الجغرافي، وبهذا فإن المؤشر الجغرافي يصبح محميا بقانون المنافسة غير المشروعة بالإضافة إلى قانون المؤشرات الجغرافية.

المطلب الثاني: الحالات المستثناة من الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية

أوردت المادة السابعة من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني بعض الحالات المستثناة من الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية، وهي:

١- تملك علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لمؤشر جغرافي من خلال استعمالها بحسن نية قبل نفاذ أحكام القانون أو قبل منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشأ، ويقصد بذلك ان يكون شخص ما قد استعمل علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لمؤشر جغرافي بحسن نية قبل نفاذ قانون المؤشرات الجغرافية أي قبل تاريخ ٢٠٠٠/٥/٢ كما لو كان لا يعلم بهذا التشابه بين علامته التجارية وبين المؤشر الجغرافي وبسبب هذا الاستعمال تملك العلامة التجارية أو أن يكون قد تملك العلامة التجارية قبل أن تصبح مؤشراً جغرافياً محمياً بموجب القانون.

٢- تقديم طلب لتسجيل علامة تجارية في المملكة مطابقة أو مشابهة لمؤشر جغرافي أو تسجيلها بحسن نية[١] فمجرد تقديم طلب لتسجيل علامة تجارية مشابهة أو مطابقة لمؤشر جغرافي لا يشكل مخالفة أو اعتداء على المؤشر الجغرافي المشابه أو المطابق، كما أن تقديم الطلب تم بحسن نية، وقد يصل الأمر إلى تسجيل العلامة فعلا وهذا أيضا لا يشكل مخالفة قانونية أو اعتداء على المؤشر الجغرافي إذا كان تسجيل العلامة تم بحسن نية أو بدون معرفة أن هناك مؤشراً جغرافياً مطابقاً أو مشابهاً لها، وهذا هو الظاهر من نص المادة (٧/أ/٢).

٣- استعمال مؤشر جغرافي بأي طريقة كانت يدل على دولة أخرى إذا كان متطابقاً مع الاصطلاح المألوف في اللغة العربية لاسم دارج لأي منتج أو خدمة في المملكة (م٧/ ب مؤشرات أردني) وهذه الحالة تعالج حالات التطابق في الإسم بين المؤشر الجغرافي في دولة ما وأي منتج آخر له ذات الاسم في المملكة، فإذا حدث هذا التشابه فهو مبرر لكون الإسم متداولاً وشائعاً في المملكة بل وربما يكون متداولاً في الأردن قبل منح الحماية للمؤشر في دولته.

٤- استعمال أي شخص لاسمه أو اسم سلفه في نشاطه التجاري على وجه لا يضلل الجمهور (م٧/ج مؤشرات أردني) وهذه الحالة تعتبر غير مخالفة للقانون إذ إن الشخص قد يستعمل اسمه الشخصي في نشاطه التجاري أو قد يستعمل اسم سلفه الذي رخص له بهذا الاستعمال، وهذا الحكم وارد

(١) م(٧/أ/٢) من قانون المؤشرات الجغرافية الأردني.

أيضاً في قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦[١] وهو يتناول حالة التاجر الذي يقوم ببيع عنوانه التجاري[٢] مع متجره وهو جائز بموجب القانون، وبما أن العنوان التجاري يتكون من اسم التاجر أو لقبه أو كلاهما فإن استعمال التاجر المشتري لاسم سلفه التاجر البائع جائز في هذه الحالة مع ضرورة استعمال الإسم بطريقه لا تضلل الجمهور كأن يضاف للإسم ما يدل على المالك الجديد[٣] .

٥- استعمال مؤشر جغرافي لا يتمتع بالحماية أو انتهت حمايته في بلد منشئه أو لم يعد مستعملاً في ذلك البلد، فإنه يصبح من الجائز استعمال المؤشر الجغرافي في هذه الحالة (م ٧/ د مؤشرات أردني).

المبحث الثالث: تقييم الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية

أن تقييم الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية في القانون الأردني يقتضي أن نبحث هذه الحماية من مختلف جوانبها، ولذلك سنبحث هذه الحماية من جوانبها المدنية والجزائية سواء في القواعد العامة أو في القوانين الأخرى في مطلبين اثنين.

المطلب الأول: الحماية المدنية: ونبحث هذه الحماية من خلال:

أولا: الحماية القانونية بموجب قانون المؤشرات الجغرافية

سبق لنا الحديث في الحماية القانونية للمؤشر الجغرافي ونطاق هذه الحماية، وبقي أن نتناول دعوى الحماية والتي أشارت لها المادة (٨) من قانون المؤشرات الجغرافية، والتي تضمنت الإجراءات التحفظية التي يجوز لصاحب المصلحة اتخاذها، فبعض هذه الإجراءات يكون قبل إقامة الدعوى وبعضها الآخر عند اقامة الدعوى أو أثناء النظر فيها، وبالنسبة للإجراءات التي يستطيع صاحب المصلحة القيام بها قبل إقامة الدعوى فهي أن يقدم طلبا إلى المحكمة مشفوعا بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ أي من الإجراءات المنصوص عليها في القانون دون تبليغ المستدعى ضده وللمحكمة إجابة طلبه إذا أثبت

(١) قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦والمنشور على الصفحة ٤٧٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١٩١٠ تاريخ١٩٦٦/٣/٣٠

(٢) لم يعرف قانون التجارة الأردني العنوان التجاري وكل ما ورد بهذا الخصوص نص المادة (٤٠) من القانون والتي جاء بها أنه (١- على كل تاجر أن يجري معاملاته ويوقع أوراقه المتعلقة بالتجرة باسم معين يطلق عليه العنوان التجاري ٢- وعليه أن يكتب عنوانه في مدخل متجره) ونصت المادة (٤١) من القانون التجاري على أنه (١- يتألف العنوان التجاري من اسم التاجر ولقبه ..) ولذلك عرفه بعض الفقه بأنه (الاسم الذي يتخذه التاجر عند ممارسته الأعمال التجارية وبه يوقع جميع العقود والتصرفات القانونية التي يباشرها مع من يتعامل معهم بنشاطه التجاري وهو يتكون من اسم التاجر ولقبه) سامي. فوزي محمد. شرح قانون التجارة الاردني. مكتبة دار الثقافة عمان .١٩٩٣. ص١٥٧ وانظر المادة (٤٤) من قانون التجارة الأردني.

(٣) الطراونة. بسام حمد. وملحم. باسم محمد. شرح قانون التجارة الأردني. الجزء الأول. عمان. دار الجوهرة للنشر والتوزيع. الطبعة الثانية. الاصدار الأول ٢٠٠٤. ص ١٧٠-١٧٣ وانظر المادة (١/٤٦) من قانون التجارة الأردني.

صاحب الطلب أن التعدي قد وقع على المؤشر الجغرافي أو أن التعدي وشيك وقد يلحق به ضررا يتعذر تداركه أو أنه يخشى من اختفاء الدليل على التعدي أو اتلافه، وفي هذه الحالة يجب على المدعي – صاحب المصلحة– إقامة الدعوى خلال ثمانية أيام من تاريخ اجابة المحكمة لطلبه، فإذا لم يقدم دعواه خلال هذه المدة فتعتبر الإجراءات المتخذة من قبل المحكمة ملغاة، كما أنه يجوز للمستدعى ضده – الذي اتخذت الإجراءات في مواجهته – أن يستأنف قرار المحكمة الصادر باتخاذ الإجراءات التحفظية ضده لدى محكمة الاستئناف خلال ثمانية أيام من تاريخ تفهمه أو تبلغه لها ويكون قرارها قطعيا بهذا الشأن، إضافة إلى أن للمستدعى ضده المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر إذا ثبت أن المستدعي غير محق في طلبه باتخاذ الاجراءات التحفظية أو أنه لم يقدم دعواه خلال الثمانية الأيام المقررة، أما بالنسبة للإجراءات التي يستطيع صاحب المصلحة القيام بها عند إقامة الدعوى أو أثناء النظر فيها فهي أن يقدم إلى المحكمة المختصة طلبا مشفوعا بكفالة مصرفية أو نقدية تقبلها لاتخاذ أي من الإجراءات[١] المتعلقة بوقف التعدي على المؤشر الجغرافي أو الحجز التحفظي على المنتجات موضوع التعدي أينما وجدت أو المحافظة على الأدلة ذات الصلة بالتعدي، أما بالنسبة للعقوبات الأخرى التي وردت في نص المادة الثامنة من قانون المؤشرات الجغرافية[٢] فهي: المصادرة والاتلاف، حيث أجاز النص للمحكمة أن تقرر مصادرة المنتجات والمواد موضوع التعدي على المؤشر الجغرافي أو إتلافها أو التصرف بها في أي غرض غير تجاري، وهو أمر جوازي للمحكمة وليس الزاميا لها.

ثانيا: الحماية بموجب قانون العلامات التجارية[٣]

أورد المشرع الأردني في المادة الرابعة من قانون المؤشرات الجغرافية أنه يحق لمسجل العلامات التجارية رفض تسجيل أي علامة تجارية إذا تكونت العلامة من مؤشر جغرافي أو احتوت عليه وكانت متعلقة بمنتج من منشئ غير ما يوحي به استعمال ذلك المؤشر الجغرافي وبصورة تؤدي إلى تضليل الجمهور، وكذلك يجوز الاعتراض لدى مسجل العلامات التجارية على تسجيل العلامة التجارية، كما أنه يجوز طلب حذفها من السجل دون التقيد بالمدة المتعلقة بذلك والمقررة في قانون العلامات التجارية المعمول به.

كما أورد المشرع الأردني في المادة الخامسة من قانون المؤشرات الجغرافية أن قرار مسجل العلامات التجارية في أي من الحالات المذكورة في المادة ٤ من هذا القانون يكون قابلا للاستئناف بالطعن لدى

(١) وفي هذه الحالة للمدعى عليه المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر إذا ثبت بنتيجة الدعوى أن المدعي غير محق في دعواه.

(٢) الفقرة (هـ) من المادة (٨) من قانون المؤشرات الجغرافية

(٣) قانون العلامات التجارية رقم(٣٣) لسنة١٩٥٢ المنشور على الصفحة رقم٢٤٣من عدد الجريدة الرسمية رقم ١١١٠ تاريخ ١٩٥٢/٦/١.

المحكمة الإدارية خلال ستين يوما من تاريخ تبليغه، واورد في المادة السابعة أنه: لا يعد مخالفة لأحكام هذا القانون:

١. تملك علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لمؤشر جغرافي من خلال استعمالها بحسن نية قبل نفاذ احكام هذا القانون أو قبل منح المؤشر الجغرافي الحماية في بلد المنشا.
٢. تقديم طلب لتسجيل علامة تجارية في المملكة مطابقة أو مشابهة لمؤشر جغرافي أو تسجيلها بحسن نية) وهذا يعني أن هناك علاقة بين المؤشرات الجغرافية والعلامات التجارية تعطي حماية قانونية جزئية للمؤشرات الجغرافية من خلال قانون العلامات التجارية، وهذه الحماية لا تنسحب على جميع المؤشرات الجغرافية وانما فقط على العلامات التجارية التي تتكون من مؤشر جغرافي أو تحتوي عليه وكانت متعلقة بمنتج من منشئ غير ما يوحي به استعمال ذلك المؤشر الجغرافي وبصورة تؤدي إلى تضليل الجمهور، وفي هذه الحالة ينطبق عليها النص القانوني الوارد في قانون العلامات التجارية [١].

واخيراً فقد منعت الفقرة (٧) من المادة الثامنة من قانون العلامات التجارية تسجيل العلامات التي تحتوي على كلمات تدل عادة على معنى جغرافي أو القاب إلا إذا ابرزت في شكل خاص، ويلاحظ أن العلامة التجارية قد تتكون من مؤشر جغرافي أو تحتوي عليه بحسب نص المادة (٤/أ/١) من قانون المؤشرات الجغرافية، بل أن المشرع الأردني اعتبر أحياناً أن المؤشر الجغرافي هو نوع من انواع العلامات التجارية! فقد ورد في اتفاقية تأسيس منطقة تجارة حرة بين المملكة الأردنية الهاشمية والولايات المتحدة الأمريكية لسنة ٢٠٠١[٢] تحت عنوان العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية أنه: تشمل العلامات التجارية علامات الخدمة والعلامات الجماعية وعلامات الجودة كما يمكن أن تشمل المؤشرات الجغرافية.

ثالثا: الحماية بموجب قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية[٣]

سبقت الاشارة إلى البند(٤) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون المؤشرات الجغرافية والذي حظر استعمال أي مؤشر جغرافي بما يشكل منافسة غير مشروعة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الانشطة الصناعية أو التجارية، ولكن المشرع في قانون المنافسة غير المشروعة لم يعرف المنافسة التي

(١) انظر:
Coutrelis. Nicole and Corre. Pierre Yves .The Protection of a Name registered as a Protected Geographical Indication (PGI) under the simplified Procedure against a Trade Mark .Case Note (Bavaria NV v Bayerischer Brauerbund). European Food & Feed Law Review .Page 117. Year 2011.

(٢) وهذه الاتفاقية منشورة على الصفحة ٢٧٠٦ من عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم ٤٤٩٦ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٦.

(٣) قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم١٥لسنة٢٠٠٠ المنشور على الصفحة١٣١٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٢٣ تاريخ٢٠٠٠/٤/٢.

تتعارض مع الممارسات الشريفة في الأنشطة أو التجارية إلا إنه ذكر بعض الأنشطة التي تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة في المادة (٢) من القانون، وقد سبقت الإشارة إليها في نطاق الحماية القانونية وهي افعال ذكرها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، حيث يمكن أن يندرج تحتها الكثير من الأفعال المشابهة، مع ملاحظة أنه لا بد لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة بسبب الاعتداء على المؤشر الجغرافي من توافر عناصر المسؤولية وهي: الفعل[١] والضرر ورابطة السببية والتي سبقت الإشارة إليها في الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية وفقا للقواعد العامة[٢] كما تؤسس المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المادتين (٢) و (٣) من قانون المنافسة غير المشروعة علماً أن المادة (٣) من قانون المنافسة مطابقة في الحكم للمادة (٨) من قانون المؤشرات الجغرافية[٣].

رابعا: الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني

تقسم المسؤولية المدنية إلى: مسؤولية تعاقدية وهي التي تنشأ نتيجة اخلال شخص بالتزام نشأ عن عقد كان طرفا فيه[٤]، ومسؤولية تقصيرية تنشأ عن ارتكاب فعل يؤدي إلى الأضرار بالغير، وفي مجال المؤشرات الجغرافية لا يتصور أن تنشأ المسؤولية عن العقد لأن المؤشر الجغرافي بطبيعته يشير إلى المنتجات والسلع التي ينتجها مجموعة من المنتجين في منطقة جغرافية معينة وتتوافر فيها صفات وخصائص تعود للمنطقة الجغرافية فمن حيث المبدأ لا يختص شخص بعينه بهذا المؤشر وإنما هو لمجموع المنتجين في المنطقة الجغرافية فلا يتصور وجود تعاقد بين هؤلاء المنتجين وشخص آخر يتضمن التنازل عن المؤشر لهذا الشخص أو الترخيص له باستعماله، لأنه حتى لو تنازل منتجو السلعة التي تحظى بحماية المؤشر الجغرافي لشخص آخر فإن المنتج او السلعة التي سينتجها هذا الاخير لن تتوفر فيها المزايا والخصائص المتوفرة بالمنتج أو السلعة التي تنتج في نفس المنطقة فالتركيز هنا على أن الخصائص اكتسبت من نفس المنطقة ولا توجد هذه الخصائص في المناطق الأخرى، وعليه فان الأكثر احتمالا في مجال المسؤولية المدنية هو المسؤولية التقصيرية والتي تؤسس على أنه يجب تعويض الضرر الذي يحدثه اي شخص وفقا لما تقرره المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني، فإذا قام شخص

(١) وفقا للقانون الأردني يعد الفعل الضار ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية خلافا للمشرع المصري الذي اعتبار الخطأ هو ركن المسؤولية التقصيرية، والخطأ في القانون المصري يتكون من ركنين، هما: التعدي ويقابل الفعل الضار في القانون الأردني، وركن الإدراك والتمييز. انظر: عبيدات. يوسف محمد. مصادر الالتزام في القانون المدني. دراسة مقارنة. دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. عمان. الأردن. الطبعة الثانية ٢٠١١ ص ٣٠١ -٣٠١.

(٢) الخشروم. عبدالله. الحق في التعويض. مصدر سابق. ص٨.

(٣) انظر كذلك: المادة (٣٨) من قانون العلامات التجارية.

(٤) السنهوري. عبد الرزاق. الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. المجمع العلمي العربي الإسلامي. دار إحياء التراث العربي. منشورات محمد الداية. بيروت. لبنان. ص ٣١٤.

ما باستخدام المؤشر الجغرافي المحمي دون وجه حق لتسويق بضائعه فإنه يكون قد أحدث ضررا لكل المنتفعين بالمؤشر الجغرافي وفي هذه الحالة يحق لهؤلاء المنتفعين المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر شريطة اثباته وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ولكن يثور التساؤل حول من هو المخول بالمطالبة بالتعويض عن الضرر في هذه الحالة إذ أن المؤشر الجغرافي لا يخص أحداً بعينه بل مجموعة من المنتجين الأفراد أو الشركات أو الجمعيات التعاونية الزراعية وغيرها، فما هو الحكم في هذه الحالة؟ والذي نراه أنه يجوز لأي منهم اقامة الدعوى في هذه الحالة حيث أن المادة (٨) من قانون المؤشرات الجغرافية أشارت إلى أنه (لصاحب المصلحة عند اقامة دعواه ...) وبالتالي فإنه يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الاعتداء على المؤشر الجغرافي لأي منهم [١] طالما تحققت عناصر المسؤولية وهي: الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية، إذ تقوم المسئولية التقصيرية في القانون الأردني بارتكاب الفعل شريطة أن يكون هذا الفعل ضارا[٢] بمعنى أن يتوافر فيه الركن المادي وهو الانحراف والتعدي الذي يكفي بمفرده لقيام هذه المسئولية[٣] ويعتبر الفعل مرتكبا إذا قام شخص بالتعدي على المؤشر الجغرافي كأن يقوم بتسويق بضائعة تحت تسمية المؤشر المحمي وهي ليست من ذات المنطقة الجغرافية، والضرر الحاصل في هذه الحالة هو ما يحدث من خسارة لاصحاب المؤشر الجغرافي نتيجة قيام شخص ببيع منتج مشابه لمنتجهم بزعم أنه من منطقتهم الجغرافية رغم انتاجه في منطقة أخرى، والمكلف بإثبات الضرر هو المتضرر، والضرر يجب أن يكون محقق الوقوع أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه [٤] ويتمثل الضرر المحقق في هذه الحالة بشراء العملاء للبضائع التي تم نسبتها إلى مؤشر جغرافي غير حقيقي مما ادى إلى خسارة المنتفعين من المؤشر الجغرافي، وعادة يتم الاستعانة بالخبراء لتحديد مقدار الضرر[٥]، ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق المدعي طالب التعويض الذي يجوز له إثبات الضرر بكافة وسائل الإثبات[٦]، وأخيراً فلا بد من وجود رابطة سببية بين الفعل والضرر إذ يشترط أن يقوم المدعي بإثبات أن الضرر الذي تحقق كان بسبب ارتكاب الغش في المؤشر الجغرافي من قبل المدعى عليه، وتنتفي المسؤولية في حالة عدم تحقق رابطة السببية بأن كان الضرر لا يرجع في سببه

(١) الخشروم. عبدالله. الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامة التجارية "" دراسة في التشريع الأردني""بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي ص 8.

(٢) عبيدات. يوسف محمد. مصادر الالتزام في القانون المدني. مصدر سابق. ص ٣٠١.

(٣) سلطان. أنور. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. دراسة مقارنه بالفقه الإسلامي. منشورات الجامعة الأردنية عمان الطبعة الأولى. ١٩٨٧ ص٢٩٩.

(٤) الفار. عبد القادر وملكاوي. بشار. مصادر الالتزام "مصادر الحق الشخصي في القانون المدني". دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠١٢ الطبعة الرابعة ص ١٨٩.

(٥) المصري. حسني. القانون التجاري الكويتي. دراسة مقارنة. مؤسسة دار الكتب. الطبعة الثانية. ٩٥-١٩٩٦. ص٣١٥. وكذلك: العكيلي. عزيز. شرح القانون التجاري. الجزء الأول. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠١. ص ٢٤٨.

(٦) العطير. عبد القادر. الوسيط في شرح القانون التجاري. ج١. دار الثقافة عمان١٩٩٩. ص١٧٧.

إلى الفعل المدعى بوقوعه[١] أما إذا كان الضرر يرجع إلى عدة أسباب ساهمت في تحقيقه ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى النظريات التي وضعت حول علاقة السببية ومنها نظرية تكافؤ الأسباب التي ترى بوجوب الاعتداد بكل الأسباب التي اشتركت في إحداث الضرر ونظرية السبب المنتج التي نادت بضرورة التفرقة بين الأسباب العرضية والأسباب المنتجة[٢].

ويلاحظ مما سبق أن المؤشرات الجغرافية في القانون الأردني تتمتع بحماية قوية موزعة في أربعة قوانين هي: قانون المؤشرات الجغرافية وقانون العلامات التجارية وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية والقانون المدني (أحكام المسؤولية التقصيرية).

المطلب الثاني: الحماية الجزائية:

وفي هذا المجال نجد أن المشرع الأردني لم ينص في قانون المؤشرات الجغرافية على أية عقوبة جزائية للاعتداء على المؤشر الجغرافي، وبالتالي فلا توجد عقوبة جزائية للتعدي على المؤشر الجغرافي، إلا أنه ورغم غياب النص الذي يجرم التعدي على المؤشر الجغرافي في قانون المؤشرات الجغرافي فإن هناك نوعاً من الحماية الجزائية التي يمكن أن تنسحب على المؤشرات الجغرافية وهي تلك الحماية الواردة في المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية والتي تشمل العلامات التجارية التي تتكون من مؤشر جغرافي أو تحتوي عليه، حيث تنطبق عليها الحماية الجزائية الواردة في هذه المادة، ونرى أن المؤشرات الجغرافية لا تقل أهمية عن العلامات التجارية وبالتالي فأننا ندعو المشرع إلى وضع عقوبة جزائية وتضمينها في نصوص قانون المؤشرات الجغرافية أسوة بباقي التشريعات[٣].

الخاتمة والتوصيات

لقد تم إقرار قانون المؤشرات الجغرافيةً في عام ٢٠٠٠ – أي قبل سبعة عشر عاما – وكان على المعنيين بالقانون المسارعة إلى تحقيق الفوائد المرجوة من إقرار القانون، إلا أن هذا الأمر لم يحدث بسبب التقاعس من كافة الهيئات المعنية، وكان من المفترض أن يكون هناك متابعة للعمل على التعريف بالقانون وأهميته وتقديم المساعدة الفنية والقانونية للقطاعات والكيانات الاقتصادية والزراعية للاستفادة من هذه الحماية الفريدة لقانون المؤشرات الجغرافية.

(١) سلطان. أنور. المصدر السابق. ص٣٣٣ ويشير إلى أن علاقة السببية ركن ضروري في المسئولية وهو مستقل عن ركني الفعل والضرر.

(٢) عبيدات. يوسف محمد. مصادر الالتزام في القانون المدني. مصدر سابق. ص ٣٣١-٣٣٣.

(٣) ومنها قانون حماية الملكية الفكرية المصري م (١١٤).

وقد تناول البحث موضوع الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية على المستوى الدولي وفي القانون الأردني، كما تناول مفهوم هذه الحماية من كافة جوانبها وشروطها وكذلك تقييم الحماية التي يقدمها هذا القانون للمنتجين.

وبناء على ما تقدم فإننا نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

١- أن المؤشرات الجغرافية محمية في القانون الأردني بموجب أربعة قوانين هي: القانون المدني (أحكام المسؤولية التقصيرية)، وقانون المؤشرات الجغرافية، وقانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية، وقانون العلامات التجارية، وبالتالي فإن هذه الحماية تعد حماية قوية تتيح للمنتفعين من المؤشر الجغرافي تأسيس دعواهم على أي من هذه القوانين، بل إنهم قد يتمتعون بحماية جزائية نوعا ما في حالة إذا كان مؤشرهم الجغرافي مكوناً لعلامة تجارية أو محتوى فيها، إلا أن هذه الحماية لم تأخذ دورها في تحقيق أي تقدم يذكر على الصعيد الاقتصادي بسبب عدم تسجيل أي مؤشر جغرافي أردني حتى الآن رغم كثرة الحالات التي من الممكن تصنيفها كحالات مؤهلة لأن تصبح مؤشرا جغرافياً أردنياً.

٢- يتضح من خلال البحث أن قانون المؤشرات الجغرافية الأردني رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ وضع دون أن يأخذ حظه من الدراسة والمناقشة الكافية إذ جاء القانون شبه منقول عن الاتفاقيات الدولية والقوانين الأجنبية ولذلك نتمنى أن يقوم المشرع الأردني بمراجعة القانون بمجمله ودراسته دراسة مستفيضة ومتأنية من الناحيتين الموضوعية والشكلية والغاء التكرار في النصوص والعبارات وإزالة الحشو الزائد المبالغ به والذي أسبغ على القانون غموضاً لا داعي له والعمل على تحديد مفهوم المؤشر الجغرافي تحديدا واضحا لا لبس فيه ووضع الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لقبول تسجيل المؤشر الجغرافي ليصبح متوافقا مع منظومة التشريعات الأردنية الأخرى في مجال الملكية الفكرية.

٣- الأصل أن القانون يعبر عن المجتمع وتقاليده وعاداته وقيمه ولكننا نجد أن قانون المؤشرات الجغرافية الأردني لم يراعي ذلك الأمر، حيث نجده قد امتلأ بالعبارات التي لا تمت بصلة إلى هذه العادات والتقاليد ولذلك فإننا نحث المشرع الأردني على السير على خطى التشريعات العربية الأخرى التي وضعت قوانينها للمؤشرات الجغرافية بعد دراسة مستفيضه فعدلت في نصوصه بما يتوافق مع مبادئ وعادات وتقاليد المجتمع علماً بأن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالموضوع لا تمنع هذا التعديل على الإطلاق وتعطي الدول هامشا واسعاً، ومن الأمثلة على ذلك ضرورة إزالة التكرار المبالغ به أو الغاء مصطلحات (النبيذ) و (المشروبات الروحية) كما فعل المشرع المصري في قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ وغيره من التشريعات العربية الأخرى.

٤- على الرغم من مضي حوالي خمسة عشر عاما على صدور القانون إلا أننا نلاحظ أن المشرع الأردني لم يضع بعد نظاماً خاصاً للمؤشرات الجغرافية ليبين فيه كافة التفاصيل المتعلقة بتسجيل المؤشر الجغرافي والإجراءات والمدد والنماذج المستخدمة وغيرها، وترك المجال ليتم تطبيق الإجراءات الخاصة بالعلامات التجارية على المؤشرات الجغرافية علماً بأن للمؤشرات الجغرافية خصوصية تجعل من تطبيق نصوص قانون العلامات التجارية عليها أمراً غير مقبول وفيه الكثير من التعقيد والغموض سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية.

٥- وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتعليمات المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون وهي (تعليمات تحديد الاسس العملية للتفرقة بين المؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسمائها) حيث لم تصدر هذه التعليمات حتى اللحظة علماً بأن هذه التعليمات هامة جداً وخصوصاً فيما يتعلق بالأردن والدول العربية الاخرى إذ أن كثيرا من المؤشرات الجغرافية في الدول العربية قد تتماثل أو تتشابه في أسماءها وخصائصها لدرجة كبيرة بسبب تشابه المناخ والبيئة، كما هو الحال بالنسبة لمادة زيت الزيتون التي تنتجها الأردن والكثير من الدول العربية الأخرى وغالباً ما يكون التشابه بينها إلى حد كبير، والأمر ذاته ينطبق فيما يتعلق ببعض الحرف اليدوية والصناعات التقليدية التي تشتهر بها المنطقة كلها.

٦- المبادرة إلى وضع نظام خاص للمؤشرات الجغرافية بدلاً من تطبيق نظام العلامات التجارية ووضع تعليمات تحديد الأسس العملية للتفرقة بين المؤشرات الجغرافية المتماثلة في أسمائها.

٧- العمل على وضع قاعدة بيانات تتعلق بالمؤشرات الجغرافية الأردنية تتضمن كافة المعلومات عن المؤشرات الجغرافية وماهية المؤشرات الجغرافية المسجلة في الأردن والمحمية بموجب القانون الأردني وكذلك المؤشرات الجغرافية المسجلة في الدول الأخرى والمحمية في القانون الأردني.

٨- العمل على حث الجهات المعنية في الأردن كوزارة الزراعة ووزارة الصناعة والتجارة والجمعيات والاتحادات الزراعية للعمل على الاسراع بتسجيل المؤشرات الجغرافية الأردنية الموجودة حاليا وهي كثيرة علما بأن الباحث لم يجد أي مؤشر جغرافي أردني تم تسجيله، وبالتالي فإن جهود سنوات من إقامة الورشات والدراسات والمشاريع للتدرب على المؤشرات الجغرافية لم يتمخض عنها تسجيل أي مؤشر جغرافي أردني واحد في الوقت الذي سجلت فيه دول العالم أعداد كبيرة من المؤشرات الجغرافية.

٩- تعديل بعض الأحكام المتعلقة بالمؤشرات الجغرافية وخاصة تلك المتعلقة بالطعن لدى المحكمة فالنصوص لا زالت تتحدث عن أن الطعن يقدم إلى محكمة العدل العليا من أنه قد تغير مسمى المحكمة ودرجات التقاضي بصدور القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ المتعلق بالقضاء الإداري.

المراجع

القوانين والأنظمة:

القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

قانون المؤشرات الجغرافية الأردني رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠ .

قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠.

قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢.

قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

قانون القضاء الإداري الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤.

قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

قانون حماية العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية السوري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧.

الكتب:

الأسمر. صلاح زين الدين. الملكية الصناعية والتجارية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان.٢٠١٢م. الطبعة الثالثة.

السنهوري. عبد الرزاق. الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. دار احياء التراث العربي. منشورات محمد الداية. بيروت. لبنان. الطبعة والسنة بلا.

الطراونة. بسام حمد. وملحم. باسم محمد. شرح قانون التجارة الأردني. الجزء الأول. عمان. دار الجوهرة للنشر والتوزيع.الطبعة الثانية. ٢٠٠٤م.

العطير. عبد القادر. الوسيط في شرح القانون التجاري. الجزء الأول. دار الثقافة عمان ١٩٩٩م.

العكيلي. عزيز. شرح القانون التجاري. الجزء الأول. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠١م.

الفار. عبد القادر وملكاوي. بشار. مصادر الالتزام "مصادر الحق الشخصي في القانون المدني". دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠١٢م الطبعة الرابعة.

المصري. حسني. القانون التجاري الكويتي. دراسة مقارنة. مؤسسة دار الكتب. الطبعة الثانية. ٩٥-١٩٩٦م.

سامي. فوزي محمد. شرح قانون التجارة الأردني. مكتبة دار الثقافة عمان .١٩٩٣م.

سلطان. أنور. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. منشورات الجامعة الأردنية عمان الطبعة الأولى. ١٩٨٧م.

عبيدات. يوسف محمد. مصادر الالتزام في القانون المدني. دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان الأردن. الطبعة الثانية ٢٠١١م.

البحوث والمقالات والنشرات والتقارير:

الخشروم. عبدالله. "الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامة التجارية" دراسة في التشريع الأردني. بحث منشور على الإنترنت/ موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربيwww.arablawinfo

الشمري. محمد عبد الرحمن. المؤشرات الجغرافية السعودية في ظل العولمة. مقال منشور في جريدة الرياض عدد الاحد الموافق ٢٠١٦/٨/٢٨.

بوغيدا. ثناء. المؤشرات الجغرافية بين العولمة والتراث. مقال منشور في صحيفة النهار اللبنانية بتاريخ ٢٠٠٨/٤/١٠م.

زكي. مها بخيت. جامعة الدول العربية مسودة مشروع قانون عربي استرشادي لحماية الملكية الصناعية.

نشأت. محمد عبد الفتاح "الحماية الدولية للمؤشرات الجغرافية" ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الحماية القانونية للملكية الفكرية المنعقدة في طرابلس/ لبنان في الفترة ٢٩-٣٠/ ١١/٢٠١١م.

مواقع الانترنت:

١- موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية: http:www.wipo.int/policy/ar

٢- موقع وزارة الصناعة والتجارة السعودية على العنوان: www.mci.gov.sa

٣- موقع وزارة الزراعة الأردنية على العنوان الإلكتروني: www.moa.gov.jo

4- .http://www.zipo-ye.org/ar/geography_points.php

المراجع الاجنبية:

Rose. Brian. no more whining about Geographical Indications. Articles .Houston Journal of International Law .Vol.29:3.2007.

Coutrelis. Nicole and Corre. Pierre Yves. The Protection of a Name registered as a Protected Geographical. Case Note (Bavaria NV v Bayerischer Brauerbund). European Food & Feed Law Review.2011.

Irina Kireeva and Paolo Vergano .WTO Negotiations with Respect to Geographical Indications and Russia's Position on the Protection of Appellations of Origin. 29 Review of Central and East European Law 2004 No. 4.

Fu .Charlie. Geographical Indications in Multinational Agreements. Journal of Contemporary Legal Issues is the property of University of San Diego (2008).

Ferrari. Matte o .The narratives of geographical indications International Journal of Law, 10,2 pp. 222–248 . Cambridge University Press 2014.

Suh. Jeongwookand Macpherson. Alan .The impact of geographical indication on the revitalization of a regional economy. Journal. Royal Geographical Society (with the Institute of British Geographers) *Area*. Vol. 39 No. 4, pp. 518–527, 2007

Agreement on trade- Related Aspects on Intellectual Property Rights, including Trade in counterfeit Goods

Paris Convention for the Protection of Industrial Property1883

Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indication of Source on Goods 1891

Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration1958

Geographical Indication Protection in the United States. 2009

الإشكاليات القانونية المتعلقة بمحل خصم الأوراق التجارية: سندات المجاملة وخصم الشيك دراسة قانونية تأصيليه في ضوء تطبيقات القضاء الفرنسي والأردني

أ. د. فائق محمود الشماع *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٧/٢/٢٧م. تاريخ القبول:٢٠١٧/١٠/٨م.

ملخص

إن شيوع التعامل بخصم الأوراق التجارية لم يخل من مشاكل رتبت مخاطر للبنك الخاصم، ومنها بوجه خاص زج سندات المجاملة في ميدان الخصم المصرفي. وبسبب غياب النص التشريعي بشأن سندات المجاملة، كان للقضاء الفرنسي والأردني دور كبير في تحديد مفهوم هذه السندات وبيان حكمها القانوني والنتائج المترتبة على التعامل بها. ومن جهة أخرى، جرى التطبيق المصرفي في فرنسا حديثاً على خصم الشيكات. وقد حظي هذا التطبيق بدعم القضاء الفرنسي وبتأييد من جانب كبار الفقهاء في فرنسا. ولكن القضاء الأردني يرفض صحة خصم الشيكات رغم تشابه الأحكام القانونية للشيك في البلدين. وسيتولى هذا البحث عرض وتقييم الأحكام المطبقة بشأن المشكلات المذكورة للخصم.

الكلمات الدالة: سندات المجاملة، السفجة المسبقة، سفجة المجاملة، كمبيالة المجاملة، خصم الشيك.

● كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Legal problems releated to the Discount of Commercial Papers (Complimentary Bills and Check Deducation). Legal Study in Light of the Application of the French and Jordanian Jurisdictions

Dr. Faik Mahmood Al – Shammaa

Abstract

The prevalence of dealing with Commercial Papers Discounting has not been free of problems risks for discounting bank specifically problems that are caused by the use of the complimentary bills discounting. Due to the absence of legal texts related to the complimentary bills discounting, both French and Jordanian Jurisdictions played a great role in identifying the concept of these bills and specifying legal judgment and consequences of using them.

On the other hand, the recent application of cheques discounting by banks in France has gained the support of French Judiciary and seniors scholars. However, the Jordanian Judiciary rejects the legitimary of cheques discounting despite the similarities of chques legal judgment in both countries.

This research presents and evaluates Judgments applied to discounting issues.

المقدمة

١- جرت المصارف غالبًا على حصر التعامل بالخصم على الأوراق التجارية، رغم أن هذه العملية المصرفية يمكن أن ترد على أي سند قابل للتداول، بمعنى أن أي حق ثابت في سند قابل للتداول يمكن أن يكون محلًا للخصم ما دام السند يتضمن حقًا نقديًا معينًا من حيث المقدار والاستحقاق ويخول صاحبه حق مطالبة الغير بقيمته(١).

ولكن، جدير بالملاحظة أن هذه السندات الأخرى غير الأوراق التجارية(٢) يندر التعامل بها من خلال عملية الخصم، وذلك بسبب شروطها الخاصة التي تتعلق بالتأشير في سجلات أخرى ذات صلة بهذه السندات، فضلًا عن تعقيد شروط حوالة الحق في هذه السندات وضعف ضمانات المحال له بهذا الشأن، فلا يكفي لفاعلية حوالة الحق توافق إرادة طرفي الحوالة بل لا بد من موافقة المحال عليه أيضًا، كما أن الحق ينتقل بعيوبه وشوائبه(٣)، وكل هذا بخلاف ما يترتب على انتقال الورقة التجارية بالتظهير الذي لا يستلزم سوى توقيع المظهر ويرتب انتقال الحق الصرفي طاهرًا من عيوبه طبقًا لقاعدة التظهير يطهر السند من الدفوع(٤). لهذه الأسباب جرت المصارف غالبًا على حصر التعامل بالخصم من خلال الأوراق التجارية بأنواعها المختلفة (السفتجة، الكمبيالة، الشيك)، خاصة وأن التعامل بهذه الأوراق يوفر ضمانات صرفية فعالة لحماية البنك الخاصم بصفته حاملًا شرعياً (مثل قاعدة التظهير يطهر السند من الدفوع، الحق في مقابل الوفاء، الحق في الرجوع على الضامنين، استقلال التوقيعات ... الخ) فضلًا عما

---

(١) راجع:

Ch. Lassalas: "Escompte" Juris Classeur (Banque – Crédit – Bourse) 2001 Fase, 550. n. 12. p. 10.

D. Gibirila: "Escompte", Rep. Dalloz, Recueil Lebon, 2014. n. 43.

Ch. Gavalda et J. Stoufflet: "Droit bancairc" 7éd. 2008, Litec. n. 593 p. 329

راجع كذلك: د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط/١٩٩٣، بند (٦٢٤)، هامش ٣، ص ٨١٣. ود. محيي الدين إسماعيل، علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من التاحيتين القانونية والعملية، ج٢، بند (٩٥٤)، ص ١٥٦٢ – ١٥٦٣، ط ١٩٩٤.

(٢) مثل ورقة مالية يحدد سعر استهلاكها بمبلغ معين، أو سند حوال حق، وغير ذلك والتي يصطلح عليها قانون التجارة الأردني اسم القيم القيم المنقولة (م/٢٨٤) مثل إسناد القرض وإسناد الدخل وغير ذلك من الإسناد القابلة للتداول، وللزيادة في التفصيل بهذا الشأن لاحظ المراجع المشار إليها في الهامش السابق.

(٣) لاحظ المواد (٣٦٦-٣٦٨) من القانون المدني العراقي المقابلة للمواد (١٠٠٢ – ١٠٠٥) من القانون المدني الأردني.

(٤) لاحظ المواد (٥٣، ٥٧) من قانون التجارة العراقي المقابلة للمواد (١٤٣، ١٤٧) من قانون التجارة الأردني.

يرتبه عقد الخصم من مزايا خاصة للبنك الخاصم في الرجوع على المخصوم له في حالة تعذر استيفاء قيمة الورقة المخصومة(١).

٢- ولكن، رغم الضمانات المذكورة، فإن التطبيق العملي يشير إلى أن شيوع التعامل بخصم الأوراق التجارية لم يخل من إثارة إشكاليات ومشاكل رتبت مخاطر للبنك الخاصم، ومنها بوجه خاص، زج سندات مجاملة (سفاتج وكمبيالات) في ميدان الخصم، علمًا بأن هذه السندات لم تحظ بمعالجة تشريعية، كما أن الدراسات الفقهية نادرة بشأنها، الأمر الذي جعل للقضاء، وبمناسبة المنازعات العملية، دورًا كبيرًا في تحديد مفهوم سندات المجاملة وبيان حكمها القانوني والنتائج المترتبة على التعامل بها: وقد كان للمحاكم الفرنسية قصب السبق في إصدار قرارات قضائية عديدة بشأن خصم سفاتج المجاملة بسبب شيوع التعامل بالسفاتج في فرنسا، بينما كان للمحاكم الأردنية دورها في إصدار قرارات قضائية أخرى بشأن كمبيالات المجاملة لشيوع التعامل بالكمبيالات في الأردن.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن التطبيق المصرفي في فرنسا جرى حديثًا على خصم الشيكات، وهو تطبيق لم يكن جاريًا سابقًا. وقد حظي هذا التطبيق الحديث للخصم بدعم من القضاء الفرنسي وبتأييد من جانب بعض كبار الفقهاء في فرنسا، ولكن هذا التطبيق لخصم الشيكات يرفضه القضاء الأردني لأسباب سنأتي على بيانها.

٣- وبالتحديد، فإن الإشكاليات والمشاكل المذكورة لخصم الأوراق التجارية ستكون محور تفصيل هذا البحث الذي يسعى إلى تغطية النقص التشريعي والمساهمة في البحث العلمي للتثبت من سلامة الأحكام القانونية المطبقة في ميدان خصم الأوراق التجارية، وبوجه خاص بشأن سفاتج المجاملة وكمبيالات المجاملة، وأخيرًا حكم خصم الشيك. وسيكون ذلك من خلال فصول ثلاثة متتالية تبعاً لنوع الورقة التجارية محل الخصم.

---

(١) راجع: د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط / ١٩٩٣ بند (٥٩١)، ص ٧٤٥، ثم راجع في: النقض المصرية، الطعن ٢٨٨ لسنة ٤٠ قضائية، جلسة ١/فبراير ١٩٧٦، أشار إليه نصًا الدكتور عبد الله حسن محمد في مؤلفه عن العمليات المصرفية في قانون وقضاء دولة الإمارات، ط/٢٠٠١، ص ٤٠٦-٤٠٧. وراجع كذلك في القضاء الفرنسي

Gass. Com. 23 janv. 2007: D. 2007, p. 432, note Delepech.

وانظر كذلك في الفقه الفرنسي

Gavalda et Stoufflet: op. cit. n. 599. p. 332 – 333
The .Bonneau: "Droit bancaire" 7éd. 2007 n. 569 p. 419 - 420

الفصل الأول: السفتجة

٤- تعد السفنجة، والتي يصطلح عليها أيضًا البوليصة أو سند السحب[١]، الوسيلة الرئيسية لظهور التعامل المصرفي بالخصم، وذلك بسبب الدور الائتماني لهذه الورقة التجارية[٢] وما ترتبه من ضمانات ومزايا فاعلة لحاملها القانوني.

فالسفتجة عبارة عن "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون يتضمن أمرًا صادرًا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند مبلغًا معينًا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين"[٣] فالدائن بموجب السفتجة (المستفيد أو المظهر إليه) يستطيع أن يستحصل على قيمتها قبل ميعاد استحقاقها مطروحًا منها العمولة والفائدة من خلال الخصم، وذلك بتظهيرها تمليكيًّا إلى بنك خاصم يكون له المطالبة من المسحوب عليه عند الاستحقاق بكامل قيمة الورقة التجارية سواء كان قابلًا أو غير قابل للسفتجة[٤]. وإذا تعذر هذا الاستيفاء، كان للبنك الخاصم أن يرجع بقيمتها على جميع الموقعين على السفتجة المخصومة[٥]، مجتمعين أو منفردين دون أن يكون لهؤلاء الاحتجاج تجاه البنك الخاصم بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية ما دام أن هذا البنك لم يحصل على السفتجة بقصد الإضرار بهم[٦]. كما يكون للبنك الخاصم حق المطالبة بمقابل وفاء السفتجة باعتباره حاملًا قانونيًا لهذه الورقة[٧]. ويستطيع هذا البنك دعم حقه في

(١) لاحظ المادة (١٢٣) من قانون التجارة الأردني والمادة (٤٠) من قانون التجارة العراقي.

(٢) راجع:

Ch. Gavalda et J. Staufflet: op. cit. n. 590 p. 328
Th. Bonneau: op. cit. n. 567 p. 418
D. Gibirila: art. préci. n. 26
Ch. Lassalas: art. préci. n. 9,p. 7

(٣) لاحظ المادة (١٢٣) من قانون التجارة الأردني.

(٤) راجع :

Cass.com. 15 déc. 1986: JCP E 1987. I. 16123; RTD.com. 1987. P. 223. obs Cabrillac et Tessyié.

(٥) لاحظ المواد (١٠٢، ١٠٧، ٢٨٦) من قانون التجارة العراقي والمواد (١٨١، ١٨٦) من قانون التجارة الأردني.

(٦) لاحظ المادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي والمادة (١٤٧) من قانون التجارة الأردني.

(٧) لاحظ المادة (٦٥) من قانون التجارة العراقي والمادة (١٣٥) من قانون التجارة الأردني.

مقابل الوفاء باستحصال قبول المسحوب عليه[١]. ويضاف إلى ما سبق حق البنك الخاصم بالرجوع على العميل المخصوم له بدعوى ناشئة عن عقد الخصم[٢].

هذه الضمانات القانونية الداعمة للحق الصرفي الناشئ عن السفتجة تبرر شيوع هذه الورقة التجارية في ميدان عملية الخصم. ومع ذلك، فثمة إشكاليات ومشاكل ظهرت في التطبيق المصرفي يجدر بيانها فيما يلي:

١. السفتجة المسبقة أو السفتجة الخداج (pro – forma)

٥- يلجأ أحياناً إلى سحب سفتجة بشأن دين غير نافذ للساحب في ذمة المسحوب عليه، وعمليًا يحدث ذلك حينما يكون شخص بحاجة إلى نقود فيسحب سفتجة على شخص آخر سيترتب له في مواجهته دينًا، كما هو حال المقاول الذي يسحب سفتجة على رب عمل عن قيمة أعمال لم تنفذ بعد، وكذا حال البائع الذي يسحب سفتجة على مشترٍ عن قيمة بضاعة لم تسلم له بعد. وبداهة فإن رب العمل أو المشتري في الأمثلة المذكورة غير ملزم بقبول هذه السفتجة المحررة مسبقًا على ترتب دين نافذ في ذمته، ومن باب أولى فهو غير مجبر على تسديد قيمة هذه السفتجة المسبقة (الخداج أو المُخدجة) المسحوبة عليه ما دام لم ينجز المقاول العمل المتفق عليه أو لم يقدم البائع البضاعة المتفق عليها. ومع ذلك، يقوم المقاول أو البائع في الأمثلة المذكورة بسحب سفتجة باعتباره ساحبًا ومستفيدًا فيها ويتقدم بهذه السفتجة الخداج إلى البنك لغرض خصمها والاستفادة من محصلة الخصم لتغطية حاجاته للنقود. وغالبًا يكون البنك الخاصم على علم بهذه الظروف.

٦- ويلاحظ أن القضاء والفقه لا ينكر صحة هذه السفتجة[٣] لأن قواعد القانون لا تشترط قبول المسحوب عليه لصحة إنشاء السفتجة ولا لصحة خصم هذه الورقة، وبالتالي يكتسب البنك الخاصم

(١) لاحظ المادة (٧٠) من قانون التجارة العراقي والمادة (١٥٢) من قانون التجارة الأردني، ثم لاحظ في القضاء الفرنسي:
Cass.com. 18 nov. 1997: RTD.com. 1998 p. 180, obs. M. Cabrillac.

(٢) لاحظ المادة (٢٨٦) من قانون التجارة العراقي، ثم لاحظ في التشريعات التجارية العربية: م/٣٨١ كويتي، م/٤٤٤ إماراتي، ولاحظ كذلك القرارات القضائية المصرية والفرنسية المشار إليها في الهامش (١) من (ص٤) من هذا البحث، فضلًا عن المراجع الفقهية المشار إليها أيضًا.

(٣) راجع:
Cass.com. 14 déc. 1970: Banque 1971 p. 411 obs. Martin; RTD.com. 1971 p. 409 obs. Cabrillac et Rives Lange.
Gibirila: art. préci. n. 27. p. 16; Lassalas: art. préci. n. 14 p. 12
وكذلك: د. علي جمال الدين عوض، المرجع المذكور، بند (٦٤١)، ص ٧٩٠.

الحق في مقابل وفاء هذه السفتجة المسبقة متى وجد[١]. ويكون لهذا البنك الخاصم دعم حقه في مقابل الوفاء من خلال توجيه إخطار إلى المسحوب عليه يمنعه من التخلي عن مقابل الوفاء[٢].

٧- ولكن، يشير الفقه، بحق، إلى أن هذه الصورة للخصم تثقل كاهل البنك الخاصم بواجب التثبت من وجود الدين الأساس (بين الساحب والمسحوب عليه) لهذه "السفتجة المسبقة"، فيكون من مصلحته أن يطمئن إلى أن هذه السفتجة تمثل بالفعل بضاعة شحنت إلى المسحوب عليه وإن كانت لم تصله بعد، أو أعمالا نفذت وليس مجرد بضائع لم تشحن أو أعمال ستنفذ[٣]. ولذلك يكون من الحكمة أن يطلب البنك – قبل الخصم – أن تسلم إليه إيصالات شحن البضاعة الصادرة من الناقل أو الإيصالات الدالة على تنفيذ الأعمال، حتى يطمئن إلى وجود مقابل الوفاء، ويكون له أن يزيد في ضمانه بالحصول على تخصيص مقابل وفاء هذه السفتجة التي خصمها وذلك من خلال عبارة يضعها الساحب على الفاتورة التي يرسلها إلى مدينهِ المسحوب عليه أو الجهة التي نفذت لها الأعمال[٤]. وغالبًا، يستحصل البنك الخاصم عمولة خاصة بشأن خصم "السفتجة المسبقة" لتغطية المخاطر التي يتحملها بهذا الصدد[٥].

وعمومًا، لئن كانت السفتجة المسبقة تثير للبنك الخاصم إشكالية يمكنه تجاوز مخاطرها من خلال بذل جهد للتثبت من وجود الدين الأساس، فإن ثمة حالة أخرى تكون السفتجة فيها "سيئة"[٦] ومصدر خطر يصعب على البنك الخاصم اكتشافها، وعلى التفصيل الآتي.

---

(١) **راجع:**

Cass.com. 15 déc, 1986: JCP. E. 1987.1.16123; RTD.com 1987 p. 223 obs. M. Cabrillac et Teyssié

(٢) راجع:

Cass.com. 28 Juin 1983: D. 1983. 444 note Endréo

وانظر أيضًا:

Rives – Lange et Contamine Raynaud: "Droit bancaire" 6 éd. Dalloz, 1995, n. 493

(٣) راجع

Gibirila: art. préci. n. 23.

(٤) د. علي جمال الدين عوض، المرجع المذكور، بند (٦٤١)، ص ٧٩٠ – ٧٩١.

(٥) راجع:

Gibirila: art. préci. n, 28
Lassalas: art. préci. n. 14 p. 13 et n, 22 p. 17- 18

(٦) لاحظ

Gibirila: art. préci . n . 30-31.

٢. سفتجة المجاملة

٨- في الأصل، إن تعيين المحسوب عليه في السفتجة يتم من قبل الساحب بسبب واحد مما يأتي: إما أن يكون المسحوب عليه مدينًا للساحب، أو يكون هذا الأخير موعودًا باعتماد من الأول. وفي كلتا الحالتين، لا تثار مشكلة بصدد قبول أو وفاء هذه السفتجة من قبل المسحوب عليه. كما يصح خصم هذه السفتجة بدون مشكلة، حيث يعتبر البنك الخاصم دائنًا بقيمتها بموجب التظهير التمليكي الحاصل لمصلحته من قبل المستفيد، ويكون لهذا البنك المطالبة بقيمة السفتجة المخصومة في موعد استحقاقها، كما يكون له أن يطالب المسحوب عليه بقبولها قبل ميعاد استحقاقها ليرتب التزام هذا الأخير بتسديدها في موعد الاستحقاق فضلاً تملكه مقابل وفاء السفتجة المخصومة(١).

ولكن، يحدث أن يقوم شخص بسحب سفتجة على شخص آخر دون أن يكون الساحب دائنًا للمسحوب عليه ولا موعودًا له باعتماد من جهة هذا الأخير. ومع ذلك، فإن هذه السفتجة المستجمعة للبيانات الإلزامية تعد صحيحة ما دام أنها مستوفية للشروط الشكلية والموضوعية لإنشائها (٢). وليس من مستلزمات هذه الشروط أن يكون المسحوب عليه مدينًا للساحب. وإنما يستلزم لصحة الإنشاء أن يكون الساحب مدينًا للمستفيد(٣).

وعليه، يجوز التعامل بهذه السفتجة تظهيرًا وضمانًا، كما يجوز قبولها أو وفاؤها إذا ارتضى ذلك المسحوب عليه. وبالتالي، يصح خصم هذه السفتجة ما دام أن البنك غير عالم برفض المسحوب عليه لهذه الورقة التجارية، وإلا عدَّ هذا البنك سيئ النية وامتنع عليه الرجوع على المسحوب عليه(٤).

٩- ومع ذلك، حدث، ويحدث مع الأسف، أن يتفق شخصان على أن يقوم أحدهما بإصدار ورقة تتضمن بيانات السفتجة مسحوبة على الطرف الآخر ويقوم هذا الأخير بالتوقيع عليه بصفته مسحوبا عليه قابلا رغم عدم وجود دين أو وعد بدين بين الطرفين، ومع غياب نية تسديد قيمة

(١) د. فائق محمود الشماع، "التماس قبول السفتجة"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦، العدد الثاني. وكذلك: "أحكام التزام المسحوب عليه القابل"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.

(٢) د. فائق محمود الشماع، "أركان التصرفات الإرادية في إنشاء الورقة التجارية"، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨١، العدد ١٣، وكذلك "الشكلية في الأوراق التجارية" مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨٧، العدد/ ٢.

(٣) المراجع السابقة، وراجع كذلك: د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج/٢، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ط/٢٠١٣، بند (٢٩) ص ٤٧، كذلك: د. فياض القضاة، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، ط١، دار وائل، ص ٥٤، وأيضًا د. فوزي محمد سامي: شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، ط١، دار الثقافة، ١٩٩٩، ص٣٠.

(٤) راجع:

CA. Versailles, 1 mars 1990: Rec. Dalloz 1991 p. 219, note M. Cabrillac.

هذه الورقة[١]. وهكذا، يتم تمثيل دين وهمي بمظهر دين حقيقي في صيغة ورقة تجارية لكي يتم خصمها لدى بنك من قبل المستفيد في هذه الورقة الصورية، ساحبها كان هذا الأخير أو شخصًا آخر من الغير. وجرت تسمية هذه الورقة الصورية باسم "سفتجة المجاملة" أو "السفتجة السيئة" لأنها تهدف إلى خلق ائتمان كاذب من شأنه إيهام الغير. وحدث، ويحدث مع الأسف، أن تتبادل الأشخاص الدور في هذه الورقة الصورية، حيث يسحب كل منهما سفتجة صورية على الآخر[٢]، الأمر الذي يزيد من سوء هذه الورقة.

ترى ما حكم سفتجة المجاملة؟ وهل يصح خصمها؟ وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟

١٠- حكم سفتجة المجاملة يتضح من خلال ملاحظة كون هذه الورقة لا تمثل السفتجة إلا من حيث الشكل، فهي ورقة صورية تهدف إلى خلق ائتمان وهمي من شأنه إيهام الغير. لهذا، جرت محكمة النقض الفرنسية، ومنذ زمن، وبقرارات متعددة على إعلان بطلان سفتجة المجاملة[٣]، وذلك لغياب السبب أو لعدم مشروعيته[٤] فضلًا عن عدم مشروعية هدف هذه الورقة[٥]، وقد صار لهذا الموقف القضائي صدى بشأن عملية خصم سفتجة مجاملة من قبل بنك كان على علم بصفتها، حيث

(١) لاحظ وقائع القضية المشار إليها في القرار السابق حيث كان الساحب حائزًا على حزمة سفاتج موقعة بالقبول رغم غياب الدين بين الساحب والمسحوب عليه.

(٢) ويصطلح على هذه الورقة بالفرنسية (Efflet de cavalerie)

(٣) راجع:

Cass. Civ. 29. Mars 1887: DP. 1887. 1. 451; Req. 11 mars. 1953: DH. 1953. 210.

ثم لاحظ القرارات المشار إليها في الهوامش اللاحقة.

(٤) انظر:

Branger: "Traité d' écomie bancaire ".T.2ém.éd.1968p. 76-77 et p. 299.
Gibirila: atr. préci. n. 31

(٥) وحري بالإشارة إلى عدم العثور في تطبيقات محكمة التمييز الأردنية ما يتعلق مباشرة بموضوع سفتجة المجاملة. ولكن، يمكن القول بأن هذه المحكمة الموقرة تؤيد موقف محكمة النقض الفرنسية وذلك تأسيساً على عبارات عامة وردت في بعض قرارات التمييز الأردنية بشأن الكمبيالة تؤكد، دون تخصيص نوعية الورقة التجارية، بأن "الفقه والقضاء قد استقر على أن سندات المجاملة بين التجار تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها مبنية على سبب غير صحيح ولأنها مخالفة للتنظام العام لمساسها بالأمانة والثقة الواجب توافرها في المعاملة التجارية على أساس أن الغرض من انشائها ادخال الغش على الغير وإيهامه بوجود مركز مالي للمستفيد منها غير صحيح مما قد يترتب عليه اضطراب الأعمال التجارية التي تقوم على الصدق والثقة المتبادلة وتعريض حقوق الأشخاص الذين يتعاملون بهذه السندات للضياغ". لاحظ في منشورات مركز عدالة الأردني:

- التمييز، حقوق رقم ١٩٧٥/٥١٤ "هيئة خماسية" تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣٠ والمنشور أيضاً على الصفحة ١٥٣٤ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٧٦/١/١.
- التميز، حقوق، رقم ١٩٩٠/٥٣١ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٠/١١/٢٧.
- التمييز، حقوق رقم ١٩٩٠/٩٥١ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩١/٢/١٠.

وسيأتي بيان لهذا الموقف أيضاً في صفحة (١٩) من هذا البحث

قضي بأن بطلان هذه السفتجة يرتب بطلان عملية خصمها[١].كما قضي بأن البنك الخاصم لسفتجة المجاملة يمكن أن يخضع إلى المسؤولية الجزائية عن عملية نصب باعتباره شريكًا للجاني[٢]، ما لم يثبت أنه كان جاهلًا للعملية الجرمية المذكورة[٣].

ويتضح مما تقدم، اختلاف حكم خصم سفتجة المجاملة تبعًا لكون البنك الخاصم عالمًا بصفة الصورية للسفتجة أم لا، لأن علم البنك الخاصم بهذه الصفة الصورية للورقة المخصومة يفيد سوء نيته تجاه كل موقع على هذه الورقة الصورية، وبالتالي لا تصلح هذه الأخيرة محلًا لعقد الخصم الذي يجب أن يرد على ورقة تجارية حقيقية لا وهمية، علمًا بأن علم البنك الخاصم لهذه الصفة الصورية ينبغي أن يكون متحققًا بتاريخ سابق أو معاصر لتاريخ عملية الخصم وليس بتاريخ لاحق على ذلك[٤].

وتجدر الإشارة إلى تساؤل طرح بشأن أهمية الإهمال الذي يرتكبه البنك بمناسبة عملية الخصم، فهل يرتب هذا الإهمال اعتبار البنك الخاصم سيئ النية؟ مثل حالة خصم سفتجة مسحوبة على شخص غير تاجر ليست له روابط أعمال تجارية مع الساحب، وحالة خصم سفتجة بالرغم من استلام البنك إخطارًا من الغير يخبره بالصفة الصورية لهذه الورقة. فهذه الأمثلة، وفق رأي البعض تنطوي على إهمال مهني جسيم يجب تشبيهه بحالة سوء نية[٥]. أما إذا كان الإهمال بسيطًا، فيؤكد جانب آخر من الفقه على عدم جواز الاستدلال منه على سوء نية البنك[٦]. ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يميل إلى هذا الاتجاه الأخير، حيث قضي بأن البنك الخاصم غير ملزم بالاستعلام عن الطبيعة القانونية للعلاقة بين الساحب

---

(١) راجع: Cass. 21 juin 1977 n. 75 – 14. 563: Bull. civ. IV. n. 177; RTD. com 1977. p. 744 obs. M. Cabrillac et Rives – Lange; D. 1977. IR. 339 obs. Vasseur; D. 1978. Jursip. p. 113 note Lucas de Leyssac.

(٢) لاحظ:

Cass. Crim. 20 juin et 3 nov. 1983: Bull.crim. n. 189. et 277; RTD.com. 1984 obs.M.Cabrillac et Tyessié.

Cass.crim.6 avril 1994: D. 1994 p. 154. á rappr. Cass. crim. 22 févr. 1993: D. 1993. IR. 144

(٣) لاحظ

Douai, 12 mai 1997: RTD.com 1977. p. 769 obs. M. Cabrillac et Rives – Lange.

(٤) لاحظ:

Cass.com. 24 mars 1992: Rec. Dalloz, 1992 p. 340; 22 janv. 1974, Jurispr. p. 408

(٥) راجع:

J.Brangger:" op. cit p.299.

(٦) راجع:

Cabrillac: cité par Branger, ibid,

والمسحوب عليه، كما أن هذا البنك غير ملزم بالتثبت من وجود مقابل الوفاء[١]. وفي قضية أخرى، لم يعتبر البنك الخاصم سيئ النية رغم علمه بوجود نزاع بين الساحب والمسحوب عليه ورفضه الخصم ابتداء ولكن عاد فيما بعد، وقبل الخصم دون التثبت والاستعلام عن تطور الخلاف المذكور، حيث حكمت محكمة النقض بهذا الصدد بأن هذا الإخفاق لا يسمح بإثبات أن الورقة المخصومة بدون مقابل وفاء[٢]. وقد اعترض على هذا الحكم، بحق، جانب من الفقه بسبب الإهمال الخطر الذي ارتكبه البنك الذي كان على علم بوجود دفوع للمسحوب عليه[٣]، خاصة وأن البنك ملزم بواجب الاستعلام والنصيحة[٤].

وعمومًا، سوء نية البنك الخاصم يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات باعتباره واقعة مادية، وبالتالي يمكن الاعتداد بكل قرينة تفيد علم البنك بانعدام أو عدم مشروعية السبب الذي تقوم عليه ورقة المجاملة، أي عدم تمثيلها حقًا جديًا بين أطرافها وأن غايتها تمكين المستفيد في هذه الورقة من اقتناص ثقة الغير[٥]. فمثلًا، قضي في فرنسا بأن القاضي يمكنهُ اكتشاف سوء نية البنك الخاصم من علم هذا الأخير بالمشاكل المالية للساحب التي تمنعه من قدرة إيجاد مقابل الوفاء عند الاستحقاق[٦]. كما قضي بأن سوء نية البنك الخاصم يمكن استخلاصه من المطالبة بدين ثقيل في حين أن معلومات هذا البنك عند الخصم كانت تسمح له بمعرفة أن طالب الخصم كان بمركز مالي سيء غير قابل للإصلاح[٧]. وعمومًا، فإن

---

(١) راجع:

Cass.com, 29 juin 1964: JCP. 1964. II. 13949. note Gavalda;
CA. Aix – en – Provence, 18 mars 1964: Banque 1964. 137;
Caen 11 mars 1971: Banque 1971. 1037 obs. Martin; RTD.com. 1971. 1051. obs. M. Cabrillac et Rives – Lange.

(٢) راجع:

Cass.com. 3 déc. 1980: JCP. 1981. IV. 67; RTD.com. 1981. p. 324, obs. M. Cabrillac et Tyessié

(٣) راجع:

Gibirila: art. préci. n. 38.

(٤) راجع:

Cass.com. 20 oct. 1994: RTD.com. 1975. 343 obs. M Cabrillac. et Rives – Lange.

راجع أيضًا: د. فائق الشماع، "واجبات البنك تجاه طالب القرض"، مجلة العلوم القانونية والقضائية، دولة قطر، ٢٠١٦، العدد الأول.

(٥) راجع: د. علي جمال الدين عوض، المرجع المذكور، بند (٦٣٤)، ص ٧٨٤.

(٦) راجع:

Cass.com. 10 Juin 1997: RTD. com. 1997. p. 485 obs. M. Cabrillac.

(٧) راجع:

Cass.com. 21 Juin 1996: RTD. com. 1996. p. 500 obs. M. Cabrillac.

القاضي مكلف بالتحقق والتأكد من موقف البنك الخاصم عند خصم الورقة التجارية للتثبت من كونه حسن أو سيئ النية في هذه العملية المصرفية(١)، لاختلاف نتائجها تبعًا لهذا الموقف.

١١- نتائج متعددة تترتب على خصم البنك سفتجة مجاملة وهو عالم بصفتها الصورية، ويمكن الإشارة إلى أخطر هذه النتائج بما يلي:

١. لا يستطيع البنك الخاصم التمسك بالسلامة الظاهرة لسفتجة المجاملة لعدم كفاية الشكلية وحدها لإيجاد ورقة تجارية صحيحة.

٢. بطلان عقد الخصم لأنه لا يركن إلى محل قانوني صحيح بسبب بطلان ورقة المجاملة المخصومة.

٣. لا يملك البنك الخاصم لسفتجة المجاملة الرجوع على المسحوب عليه الموقع عليها لبطلان هذا التصرف، كما لا يستطيع هذا البنك الرجوع على أي موقع عليها بسبب علمه ببطلان سفتجة المجاملة منذ لحظة الخصم.

٤. يجوز لدائني ساحب سفتجة المجاملة الرجوع على البنك الخاصم بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم نتيجة خلق (ائتمان كاذب) لهذا الساحب من خلال خصم سفتجة صورية والبنك على علم بذلك(٢).

٥. ولكن يكون للبنك الخاصم لسفتجة المجاملة الرجوع على من دفع إليه قيمتها دون وجه حق طبقًا لقواعد الإثراء بدون سبب، وذلك لأن العلم بصورية هذه الورقة ينزل منزل الغش الذي يتسرب من الورقة الصورية بذاتها إلى المبلغ الذي دفعه البنك وهو عالم بالصورية، لأن هذا البنك يكون قد شارك بالغش، وبذا لا يصح الاتفاق بينه وبين عميله على أي وضع كان(٣).

---

(١) راجع:

Cass.com. 10 Juin 1997: RTD.com 1997. obs. M. Cabrillac et Rlives-Lange; Gibirila: art. préci. n. 40 p. 21

ولاحظ أيضًا:

Branger: op. cit. p. 298

(٢) ثم لاحظ رفض مثل هذه المطالبة حينما كان المدعي بها هو المسحوب عليه الموقع على سفتجة المجاملة.

Cass.com. 9 avr. 1996: RTD.com. 1996. p. 501 obs. M. Cabrillac

(٣) راجع: د. علي جمال الدين عوض، المرجع المذكور، بند (٦٣٦)، ص ٧٨٥ – ٧٨٦.

صفوة القول تتمثل بالإشارة إلى خطورة تعامل البنك بسفتجة المجاملة، الأمر الذي يقتضي تجنب التعامل بمثل هذه الورقة.

الفصل الثاني: السند لأمر/ الكمبيالة

١٢-السند للأمر هو النوع الآخر من الأوراق التجارية، ويسمى أيضًا بالسند الأذني ومعروف في الأردن والعراق باسم الكمبيالة[١] ويتمثل "بمحرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين من النقود في زمان ومكان معينين لأمر شخص آخر هو المستفيد أو حامل السند"[٢]. وتتميز هذه الورقة التجارية بأنها تتضمن تعهدًا بالأداء من قبل محررها، ولا تحتوي إلا على شخصين هما المحرر والمستفيد، ويشترط لصحة إنشائها توافر أركانها الشكلية وأركانها الموضوعية[٣]، وبالتحديد يجب أن يكون إصدارها وفاءً لدين حقيقي للمستفيد في ذمة محرر السند لأمر(الكمبيالة)، وإلا كانت هذه الأخيرة باطلة، علمًا بأن محرر السند لأمر(الكمبيالة) يلتزم بحكم القانون بمثل ما يلتزم به قابل سند السحب[٤]، بمعنى لا حاجة لتقديم الكمبيالة إلى القبول، وبالتالي، وخارجا عما يتعلق بالتقديم للقبول، تخضع الكمبيالة إلى أحكام السفتجة بالقدر الذي لا يتعارض مع ماهية السند للأمر. وهذا يعني بأن للدائن بموجب الكمبيالة (المستفيد أو المظهر إليه) أن يحصل على قيمتها في المكان والزمان المعينين لاستحقاقها [٥]. ولكن، يمكن قبل ميعاد الاستحقاق الحصول على قيمتها مطروحًا منها الفائدة والعمولة ورسوم التحصيل من خلال الخصم، وذلك بتظهيرها تمليكيًا للبنك الخاصم الذي سيكون له المطالبة بكامل قيمتها من محرر السند للأمر (الكمبيالة) في موعد استحقاق. وإذا تعذر على البنك الخاصم هذا الاستيفاء، كان له أن يرجع بقيمة الورقة التجارية على جميع الموقعين على الكمبيالة مجتمعين أو منفردين دون أن يكون لهؤلاء الاحتجاج تجاه البنك الخاصم بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية ما دام أن البنك الخاصم لم

(١) في حين أن مصطلح (الكمبيالة) يطلق على (السفتجة) في كل من مصر والمغرب وليبيا وتونس والكويت والسعودية وقطر والاتحاد الإماراتي وعُمان. (راجع: د. أكرم ياملكي، المرجع المذكور، بند ٣١، ص ٤٠ – ٤١).

(٢) لاحظ المادة (١٢٣) من قانون التجارة الأردني.

(٣) د. فائق محمود الشماع: أركان التصرفات الإدارية الموضوعية لإنشاء الورقة التجارية، البحث المشار إليه، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨١، العدد ١٣، وكذلك: الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨٧، العدد ١٧ البحث المشار اليه سابقاً.

(٤) لاحظ المادة (٢٢٧) من قانون التجارة الأردني المقابلة للمادة (١٣٦) من قانون التجارة العراقي.

(٥) لاحظ المواد (٢٢٤، ١٨١) من قانون التجارة الأردني المقابلة للمواد (١٣٥ – ١٠٢، ٢١٦) من قانون التجارة العراقي.

يحصل على الكمبيالة المخصومة بقصد الإضرار بهم طبقًا لأحكام قاعدة التطهير من الدفوع[١]. يضاف إلى ما سبق حق البنك الخاصم بالرجوع على العميل المخصوم له بدعوى ناشئة عند عقد الخصم[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن البنك الخاصم للكمبيالة يجد في هذه الورقة التجارية دعمًا أقوى من السفتجة نظرًا لاعتبار محرر الكمبيالة بمثابة مسحوب عليه قابل بحكم القانون، وبالتالي لا حاجة كما أشرنا إلى التماس قبول محرر الكمبيالة، كما لا مجال لهذا الأخير في الامتناع عن التسديد بذريعة عدم وجود مقابل الوفاء. هذه الضمانات القوية لحق الدائن بموجب الكمبيالة تفسر شيوع هذه الورقة التجارية في ميدان عملية الخصم. ومع ذلك، فثمة مشكلة ظهرت في التطبيق المصرفي تتعلق بما يسمى بكمبيالة المجاملة.

١٣- في الواقع، إن شيوع التعامل بالسند للأمر (الكمبيالة) كان سببًا لاستغلال البعض هذه الوسيلة الائتمانية وزج كمبيالة المجاملة في التعامل التجاري. فكثيرًا ما يحدث، مع الأسف طبعًا، اتفاق شخصين على سحب كمبيالة صورية يتعهد محررها بموجبها بدين (صوري) في ذمته لمصلحة الشخص الآخر ملتزمًا بالأداء إليه بزمان ومكان معينين، وكل ذلك في ورقة محررة مستجمعة للبيانات الشكلية الإلزامية للكمبيالة، ولكنها بعيدة كليًا عن الارتباط بوجود دين حقيقي بين محرر هذه الكمبيالة (الصورية) والمستفيد منها. وهكذا، يتم تمثيل دين وهمي بمظهر دين حقيقي في صيغة كمبيالة صورية بغرض خديعة الغير وإظهار المستفيد من هذه الورقة بمظهر مالي وذي مركز ائتماني قوي، في حين أن هذا المظهر كاذب غير حقيقي. وعليه، فإن هذه الكمبيالة الصورية لا وجود لها قانونًا ولا يعمل بها بين طرفيها، وهذا هو حكم القانون[٣]، عملًا بمبدأ سلطان الإرادة، وذلك أن الطرفين لم يريدا الالتزام بهذه الورقة فيما بينهما، ولكنهما أرادا إيهام الغير وخديعته بهذه الكمبيالة الصورية التي تقوم على الغش، وبالتالي تعتبر باطلة[٤].

(١) لاحظ المادة (١٤٧) من قانون التجارة الأردني المقابلة للمادة (٥٧) من قانون التجارة العراقي.

(٢) لاحظ المادة (٢٨٦) من قانون التجارة العراقي. والمادة (٤٤٢) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. ولاحظ أيضًا القرارات القضائية المشار إليها آنفًا في مقدمة هذا البحث ص ٤ هامش ١.

(٣) لاحظ نص المادة (٣٦٩) من القانون المدني الأردني. والمادة (١٤٨) من القانون المدني العراقي.

(٤) راجع: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، بند (٦١٩) ص ١٠٨٤.

١٤-وبهذا الصدد، قضت محكمة التمييز الأردنية مقررة بأن "الفقه والقضاء قد أجمعا على أن سندات المجاملة بين التجار تعتبر باطلة بطلانًا مطلقًا لأنها مبنية على سبب غير صحيح ولأنها مخالفة للنظام العام لمساسها بالأمانة والثقة الواجب توفرها في المعاملات التجارية على أساس أن الغرضَ من إنشائها إدخال الغش على الغير وإيهامه بوجود مركز مالي للمستفيد منها غيرُ صحيح، مما قد يترتب عليه اضطراب الأعمال التجارية التي تقوم على الصدق والثقة المتبادلة وتعريض حقوق الأشخاص الذين يتعاملون بهذه السندات للضياع" (١).

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم تكرر في أكثر من قرار صدر عن محكمة التمييز الأردنية(٢) وعن محكمة استئناف عمان(٣)، للتأكيد على بطلان سندات المجاملة بين التجار بطلانا مطلقًا.

١٥-ولكن حري بالملاحظة أن حيثيات القرارات القضائية المشار إليها تضمنت عبارات تستدعي الانتباه والتعليق لارتباطها بشروط سندات المجاملة. فالقرارات التمييزية المذكورة تشير جميعها إلى أن سندات المجاملة هي (سندات بين التجار)، كما أن أحد هذه القرارات يشير بالتحديد إلى "أن سندات المجاملة لا تكون إلا بين التجار"(٤). لا بل أن قرارًا تمييزيًّا آخر قضى مقررًا: "حيث إن المدعي مزارع وليس تاجرا فإن ما يترتب على ذلك عدم توافر الشروط اللازم توفرها حتى يكون السند من

(١) راجع: التمييز الأردنية، حقوقية، رقم ١٩٧٥/٥١٤، هيئة خماسية، تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣، قرار منشور على الصفحة رقم ١٥٣٤ من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ ١٩٧٦/١/١. وواضح أن هذا الحكم يتفق مع موقف القضاء الفرنسي بشأن سفتجة المجاملة، كما لاحظنا سابقاً، ولكن جدير بالإشارة إلى أننا لم نعثر على أية إشارة لكمبيالة المجاملة في تطبيقات القضاء الفرنسي بشأن خصم هذه الورقة لدى البنوك كما لم ترد الإشارة إلى هذه الحالة في المراجع الفقهية التي تناولت دراسة الخصم المصرفي للأوراق التجارية مثل:

Ch. Lassalas: "Escompte" op. cit.
D. Gibirila: "Escompte" op. cit.
Ch. Gavalda et stoufflet: op. cit.

وربما يكون السبب لهذه الحالة هو عدم شيوع التعامل بالكمبيالة في التطبيق الفرنسي كما أشرنا، وذلك بعكس الوضع في التطبيق الأردني الذي يتميز باستعمال شائع للكمبيالة في التعامل التجاري والمصرفي.

(٢) لاحظ: التمييز، حقوقية، رقم ١٩٧٦/٣١. ولاحظ كذلك: التمييز، حقوق، رقم ١٩٩٩/٢٤٨١ بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٧ هذا القرار منشور على الصفحة ١١٣ من عدد المجلة القضائية رقم ٥ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/١. ثم لاحظ في منشورات مركز عدالة: تمييز، حقوق، رقم ١٩٩٠/٩٥١ بتاريخ ١٩٩١/١٢/١٠، وكذلك تمييز، حقوق، رقم ١٩٩٣/٨٩١ بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٢، وأيضًا تمييز، حقوق، رقم ٢٠٠٥/٢٣٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٩، وكذلك تمييز، حقوق، رقم ٢٠٠٥/٤١٩٣ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/١٣.

(٣) راجع قرار محكمة استئناف عمان رقم ٢٠١٥/١١٤٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٠.

(٤) لاحظ القرار التمييزي المشار إليه آنفًا رقم ٢٠٠٥/٤١٩٣

سندات المجاملة"[١]. وعلى هدى هذه القرارات التمييزية قضت محكمة استئناف عمان بأنه "... يتطلب حتى يثبت المدعى عليهما أن السندات موضوع الدعوى هي سندات مجاملة أن يثبتا أنهما من فئة التجار وأن المدعي هو أيضًا من فئة التجار وأن موضوع السندات يتعلق بموضوع تجاري، وحيث لم يقدم المدعى عليهما ما يثبت ذلك فإن طلبهما إثبات أن السندات موضوع الدعوى هي سندات مجاملة وسماع البينة الشخصية عليهما يصبح غير منتج بالدعوى ويتعين عدم إجابة طلبهما"[٢]. وأكثر من هذا تفصيلًا، جاء في قرار تمييزي "أن إسناد المجاملة تعتبر من الإسناد الباطلة بطلانًا مطلقًا إذا أثبت موقعها الذي أعار إمضاءه التاجر الذي حرر السند لأمره كان حين إنشاء السند تاجرًا معسرًا وأنه لجأ إلى استعارة الإمضاء لإيهام الغير بأن السند يحمل التزامًا فعليًّا بعملية صحيحة في حين أن هذه العملية لم تحصل وأنه لم يقصد سوى تمكينه من الحصول على حاجته من النقود ..." [٣].

١٦- ويبدو لنا أن التفصيلات المذكورة في حيثيات القرارات المشار إليها لا تعد شروطًا جوهرية لسندات المجاملة لا من حيث الأشخاص ولا من حيث المضمون.

فمن حيث الأشخاص، لا يمكن حصر نطاق التعامل بسندات المجاملة بفئة التجار فقط، لأن هذه السندات عبارة عن محررات ظاهرية تستر واقعًا قانونيًّا مخالفًا، وبالتالي فهي تنزل منزلة السندات الصورية التي لا يتحدد نطاق التعامل بها بطائفة معينة من التصرفات ولا بفئة معينة من الأشخاص[٤]. وبعبارة أخرى، فإن سندات المجاملة، وهي سندات صورية، يمكن أن تكون بشأن تعامل تجاري أو تعامل غير تجاري. وقد نظم القانون المدني حماية خاصة للمستهدف بهذه الصورية بموجب دعوى خاصة دون تمييز بين الأشخاص تجارًا كانوا أم لا. زد على ذلك، أن الأوراق التجارية، ومنها السند لأمر (الكمبيالة) هي سندات متاحة إنشاءً وتداولًا لكل شخص بغض النظر عن صفته تاجراً كان أم غير تاجر، وبغض النظر عن صفة الدين الأساس الذي كان سبباً لإنشاء الورقة التجارية وتداولها تجاريًّا كان هذا الدين أو

(١) لاحظ القرار المشار إليه آنفًا رقم ١٩٩٩/٢٤٨١

(٢) لاحظ قرار محكمة استئناف عمان المشار إليها آنفاً رقم ٢٠١٥/١١٤٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٠

(٣) لاحظ القرار التمييزي المشار إليه آنفاً رقم ١٩٩٩/٢٤٨١.

(٤) راجع: د. أحمد السنهوري، الوسيط، ج٣، المرجع المذكور آنفًا، بند (٦١٦)، ص ١٠٧٩.

غير تجاري[١]. وبالتالي، من غير الدقيق حصر التعامل بسندات المجاملة بنطاق التجار أو التعامل التجاري.

ومن حيث المضمون، لا يعد إعسار التاجر الذي حرر السند للأمر الشرط الجوهري لاعتبار المحرر من إسناد المجاملة، وإنما أشارت المحكمة إلى أهمية إثبات إعسار التاجر المذكور كشرط لإجازة الدفع بالبينة الشخصية من جهة، ولغرض الاستدلال على غياب سبب الالتزام بموجب هذا السند من جهة أخرى. فالشرط الأساسي والجوهري لاعتبار المُحَرر سند مجادلة، هو عدم ارتكاز هذا الأخير إلى سبب صحيح، كأن يكون السند المحرر يمثل ديناً وهميًا معدوم الوجود، أو ذا وجود غير مشروع، حيث يعتبر السند في هذه الحالة سندًا صوريًا من إسناد المجاملة. وهذا ما ذكرته بوضوح محكمة التمييز الأردنية في قرارها المشار إليه آنفاً[٢]، حيث قضت بأن "الفقه والقضاء قد أجمعا على أن سندات المجاملة بين التجار تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها مبنية على سبب غير صحيح ولأنها مخالفة للنظام العام لمساسها بالأمانة والثقة الواجب توافرها في المعاملات التجارية على أساس أن الغرضَ من إنشائها إدخال الغش على الغير وإيهامه بوجود مركز مالي للمستفيد منها غيرُ صحيح، مما قد يترتب عليه اضطراب الأعمال التجارية التي تقوم على الصدق والثقة المتبادلة وتعريض حقوق الأشخاص الذين يتعاملون بهذه السندات للضياع".

وهذا المفهوم أشارت إليه حديثًا محكمة استئناف عمان[٣] حيث قالت: "... إن المقصود بالصورية هو أن ينشأ السند مستجمعًا للبيانات الإلزامية ويفترض صحة هذه البيانات بما في ذلك صحة الالتزام، فإذا ادعى المحرر المدين عدم وجوده أو عدم مشروعيته فعليه الإثبات وله أن يقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، وللمحكمة تقدير هذه الأدلة وما تستخلصه فيها، فإذا تمكن المحرر من إثبات أن السبب في السند صوري، فإنه يكون على المستفيد الدائن أن يثبت وجود سبب آخر مشروع على اعتبار أن عبء الإثبات ينتقل إليه ..." [٤].

(١) راجع: د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري / الأوراق التجارية، ط/١٩٩٨، دار الثقافة للنشر، عمان، بند (٨)، ص ١٩ – ٢١. ثم لاحظ: التمييز الأردنية، حقوق، رقم ٧٣/١١٤، مجلة نقابة المحامين الأردنية، ١٩٧٣، ص ١٠١١.

(٢) التمييز الأردنية، حقوقية، رقم ١٩٧٥/٥١٤، هيئة خماسية، تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣٠، منشور على الصفحة رقم ١٥٣٤ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٧٦/١/١.

(٣) محكمة استئناف عمان، رقم ٢٠١٥/١١٤٨، تاريخ القرار ٢٠١٥/٢/١٠، منشورات مركز العدالة.

(٤) استند هذا القرار الاستئنافي إلى قرار محكمة التمييز، حقوقية، رقم ٢٠٠٥/٢٣٩ بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٩.

١٧- ويتضح مما تقدم أن كمبيالة المجاملة تعد باطلة بطلانًا مطلقًا ولا تعتبر ورقة تجارية. وبالتالي لا تصلح كمبيالة المجاملة أن تكون محلًا لعملية الخصم التي يجب أن تنصب على ورقة تجارية صحيحة، بمعنى أنه لا يجوز للبنك أن يقبل خصم كمبيالة مجاملة ما دام أنه يعرف صفتها الصورية، حيث يعتبر شريكًا في عملية غير مشروعة أي باطلة، وبالتالي يسأل عن ذلك تجاه كل متضرر من هذه العملية غير المشروعة لمساهمته في خلق ائتمان كاذب لطالب الخصم، كما لاحظنا ذلك في ميدان سفتجة المجاملة، أما إذا كان البنك الخاصم يجهل الصفة الصورية للسند الذي خصمه، ولم يثبت علمه بذلك، أي كان حسن النية[١]، عد الخصم صحيحًا[٢].

١٨- وتأسيساً على هذا المفهوم الذي يعتبر الكمبيالة سند مجاملة لفقدان الارتكاز على سبب حقيقي ومشروع للدين المدرج في السند، تقرر المحاكم الأردنية قبول البينة الشخصية لإثبات الطعن بأن السند المحرر هو سند مجاملة عملًا بالمادة (٥/٣٠) من قانون البينات[٣]، لأن هذا الطعن يتعلق بالظروف المحيطة بتنظيم السند باعتبارها واقعة مادية. وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية التي قررت "أن البينة الشخصية بينة مقبولة لإثبات أن الكمبيالات المبرزة هي إسناد مجاملة بين التجار لأن إسناد المجاملة بين التجار، كما استقر على ذلك الفقه والقضاء، تعتبر باطلة بطلانًا مطلقًا لتأثيرها على الائتمان العام ومساسها بالثقة الواجب توافرها في المعاملات التجارية، وهي بينة مقبولة أيضًا لإثبات الظروف التي أحاطت بتنظيم تلك الكمبيالات..." [٤] علمًا بأن محكمة التمييز الأردنية تقرر: "... أن تقدير أن الكمبيالات من إسناد المجاملة هو مما تستقل به محكمة الموضوع المتعلقة بفهم الواقع في الدعوى ولها سلطة تامة في استخلاص عناصر المجاملة من وقائع الدعوى، وتقدير ما يثبت به ذلك، وما لا يثبت دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ..." [٥].

(١) لاحظ نص المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) راجع في منشورات مركز العدالة: التمييز الأردنية، حقوقية، رقم القضية ٩٣/٨٩١، وكذلك رقم القضية ١٩٩٠/٥٣١. وراجع أيضًا بشأن صحة الكمبيالة رغم الطعن بصفتها الصورية، التمييز الأردنية، حقوقية، رقم القضية ٢٠٠٥/٢٣٩، الذي تضمن الإشارة إلى: التمييز، حقوق، رقم ٨٨/٧، ص ١٠١٢ سنة ١٩٩٠م.

(٣) لاحظ القرار المشار إليه سابقًا.

(٤) التمييز الأردنية، حقوقية، رقم القضية ٢٠٠٦/٢٥٨، منشورات مركز عدالة.

(٥) التمييز الأردنية، حقوقية، رقم القضية ١٩٩٩/٢٤٨١، منشورات مركز عدالة.

صفوة القول تتمثل بالإشارة إلى أن كمبيالة المجاملة تعد مصدر خطر يجب على البنك امتناع التعامل بها.

الفصل الثالث: الشيك

١٩- تشريعياً، الشيك هو النوع الثالث من الأوراق التجارية "وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن أمرًا صادرًا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون مصرفًا وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك وهو المستفيد مبلغًا معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"(١). وكل بيان مخالف للاستحقاق لدى الاطلاع يعد كأن لم يكن بحكم القانون(٢). وهذا التميّز للشيك بوظيفة الأداء لدى الاطلاع رتب زمنًا طويلًا صعوبة تصور استعمال الشيك كوسيلة لتنفيذ عملية ائتمانية كالخصم(٣).

٢٠- ولكن عمليًا، جرى التطبيق على خصم الشيك كلما كان مكان المستفيد بعيدًا عن البنك المسحوب عليه بحيث إن عملية تحصيله تستغرق وقتًا يريد الحامل أن يتجاوزه، فيلجأ إلى بنك قريب منه أو البنك الذي يتعامل معه ليخصم لديه الشيك(٤). وكثيراً ما تلجأ المشاريع الكبيرة إلى خصم الشيك لدى البنك لتوفير السيولة النقدية وتجاوز الانتظار لاستحصال قيمة الشيكات مقابل عمولة وفوائد جزئية(٥).

٢١- وفقهيًا، كتب الأستاذ (M. Cabrillac) بأن خصم الشيكات كان مستبعداً زمناً طويلاً، بذريعة عدم التلائم بين وظيفة الشيك كأداة واجبة الأداء بمجرد الاطلاع وبين العملية الائتمانية للخصم. وفي الحقيقة، الأمر ليس كذلك، لأن الخصم – يؤكد Cabrilla – يدعم طبيعة دور الشيك في الأداء بمجرد الطلب حيث إن الخصم يمحو الزمن الضروري لمباشرة الاستحصال(٦).

---

(١) لاحظ المادة ١٢٣/ج من قانون التجارة الأردني.

(٢) لاحظ المادة (٢٤٥) من قانون التجارة الأردني والمادة (١٥٥) من قانون التجارة العراقي.

(٣) راجع:

Gibirila: art. préci. n. 46.

(٤) د. علي جمال الدين عوض، المرجع المذكور، بند (٦٤٢) ص ٧٩٢ – ٧٩٣.

(٥) راجع:

Lassalas: art. préci. n. 12. p. 10

(٦) راجع:

M. Cabrillac: obs. In RTD.com 1998. p. 468

٢٢- وقضائيًا، جرت المحاكم في فرنسا حاليًا على إجازة خصم الشيكات: فمنذ عام ١٩٧٠ قضت محكمة النقض الفرنسية بإجازة خصم الشيك(١)، ثم توالت قرارات عديدة عن هذه المحكمة تؤكد صحة خصم الشيكات(٢)، حتى أن محكمة استئناف باريس أكدت في إحدى قراراتها بأن خصم الشيكات عبارة عن تطبيق جاري الاستعمال(٣).

٢٣- الأساس القانوني لهذا التطور يستخلص من قرار شهير صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٩٦/١/٣٠. وقد وصف (M. Cabrillac) هذا القرار بأنه "قرار مبدئي كبير"(٤). كما وصفه (Rives – Lange) بأنه قرار ذو أهمية عملية بالغة(٥). وتتلخص وقائع هذا القرار في أن بنكًا تلقى شيكات متعددة من المستفيد فيها بموجب تظهير تمليكي. ولكن لم يفلح البنك المذكور في استحصال قيمتها من المسحوب عليه لغياب وجود مقابل الوفاء. ورغم إهمال البنك إجراء الاحتجاج اللازم في الوقت المناسب، طالب البنك من المستفيد استرداد كامل قيمة الشيكات. لذا، ظهر السؤال عما إذا كان للبنك، وهو الحامل المهمل، الحق في الرجوع على المستفيد المظهر لاسترداد كامل قيمة الشيكات المذكورة بموجب دعوى ناشئة عن عقد الخصم، أم أنه يخضع لحكم المادة (٥٢ – ٣) من قانون الشيكات الفرنسي التي تخول الحامل المهمل فقط الرجوع على المظهرين

---

(١) راجع:

Cass.com. II Mars. 1970: Bull.civ IV, n. 49; JCP. 1970. II. 16490. note. Rives – Lange.

(٢) راجع:

Cass.com. 15 Juin. 1976: JCP. II, 18694, note Bousquet; Banque. 1977. 230 obs. L. M. Martin

RTD.copm. 1977. 132 obs. M. Cabrilac et Rives – Lange.

Cass.com. 3 Janv. 1978: Bull.civ. IV. n. 1; D. 1978. IR. 306. obs Vasseur; RTD.com. 1978. p. 137. obs. M. Cabrilac et Rives – Lange.

Cass.com. 30. Janv. 1996: Bull.civ. IV. n. 27; D. 1996. IR. 321. note Rives – Lange;

RTD.com 17. 1996. p. 302. obs. M. Cabrilac

Cass.com. 17. 1998: mars 1998: Bull.civ. IV. n. 103; RTD.com. 1998. 648. obs. M. Cabrilac; JCP. E. 1998. 1642. note Lecène – Marénaud.

(٣) لاحظ:

CA. Paris. 17 févr. 1982: D. 1983. Inf. rap. p.41 note Cabrillac.

(٤) لاحظ:

M. Cabrillac: obs. précitée. RTD. com. 1996. p. 302

(٥) لاحظ:

Rives – Lange: note précitée. D. 1996. 321

وفق قواعد الإثراء بلا سبب، أي استرداد أقل البدلين بين الإثراء والافتقار وليس استرداد كامل قيمة الشيكات المظهرة.

بهذا الشأن، أصدرت محكمة النقض الفرنسية، من خلال الدائرة التجارية، حكمها مقررة بأنه: "استقلالًا عن كل رجوع مؤسس على قواعد الشيك، للبنك الحق في الاسترداد من المستفيد من الشيكات، التي تبين عدم تغطيتها بمقابل الوفاء، مقدار المبالغ التي منحها له عند استلامها منه لغرض تحصيلها".

٢٤- ولدى إمعان النظر في هذا القرار، نلاحظ، بحق، مع تعليقات مشاهير الفقه الفرنسي المذكورين، اعتراف محكمة النقض الفرنسية بصحة عقد خصم الشيكات محل النزاع من جهة، وهو العقد الذي برر تظهير الشيكات تمليكيًا ورتب تطبيق أحكامه ونتائجه من جهة أخرى.

* فمن جهة، يلاحظ أن قرار محكمة النقض لم يحدد لفظيًا ماهية طبيعة العملية موضوع النزاع، وجل ما ذكر في القرار هو حق البنك في استرداد ما منحه لعميله المظهر. وبهذا الصدد، عمليتان قانونيتان يمكن تصور إحداهما مصدرًا للنزاع المذكور، وهما: استلام البنك للشيك بموجب تظهير توكيلي لغرض استحصال قيمة الشيك من المسحوب عليه لمصلحة العميل المظهر، أو استلام البنك للشيك بموجب تظهير تمليكي باعتبار البنك خاصمًا للشيك لديه من قبل العميل المظهر. ويلاحظ بوضوح أن القرار المذكور لم يتبنَّ تصور التظهير التوكيلي، لأن هذا الأخير لا يخول البنك المظهر إليه الرجوع على مظهر الشيك للمطالبة بقيمته، وإنما يوجب على البنك المظهر إليه رد الشيك المرفوض تسديده إلى المظهر باعتبار أن هذا الأخير هو المالك للشيك المظهر. ولكن يلاحظ أن القرار المذكور تبنى اعتبار البنك مظهرًا إليه بموجب تظهير تمليكي بناء على عملية مصرفية تربط الطرفين، البنك وعميله، والتي كانت سببًا لإجراء التظهير التمليكي، وهذه العملية هي "الخصم" الذي يخول البنك الخاصم الرجوع على العميل المخصوم له بقيمة الورقة المخصومة في حالة تعذر استيفاء قيمة هذه الورقة المظهرة محل الخصم، وهكذا، يكون قرار محكمة النقض الفرنسية مستندًا على انصراف إرادة الطرفين إلى تمليك البنك الشيك المظهر تنفيذاً لعملية ائتمانية يمثلها الخصم.

* ومن جهة أخرى، يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بنظر الاعتبار إخلال البنك المظهر إليه تمليكيًا بالالتزام بعمل احتجاج عدم الوفاء حين رفض المسحوب عليه تسديد قيمة الشيك، الأمر الذي رتب اعتبار البنك حاملًا مهملًا لا يملك الحق في الرجوع بموجب الدعوى الصرفية.

ولكن يلاحظ أيضًا أن محكمة النقض لم تطبق حكم المادة (٥٢ – ٣) من قانون الشيك المتضمن إقرار حق الحامل المهمل بالرجوع على الموقعين على الورقة المظهرة تمليكيًا (من غير الساحب الذي يمكن الرجوع عليه بموجب دعوى مقابل الوفاء) طبقًا لقواعد الإثراء بدون سبب، وذلك لأن هذه المادة

تطبق في علاقة الحامل الأخير المهمل بالموقعين السابقين الذين لا يرتبط معهم الحامل المذكور برابطة مباشرة. أما الموقع الأخير بالتظهير، أي المظهر الأخير للورقة التجارية (وهو المخصوم له)، فإنه يرتبط بالحامل المهمل برابطة مباشرة تمثل سبب التظهير التمليكي وتخول هذا الحامل المهمل الرجوع على المظهر المذكور بدعوى نابعة من العلاقة الأصلية التي تربطهما (أي الخصم) لأن سقوط الحق بالرجوع بموجب دعوى صرفية، لا يرتب سقوط الدعوى الناشئة عن العلاقة الأصلية التي كانت سببًا للتظهير التمليكي[١]. ولهذا، وطبقًا لقواعد الخصم، قررت محكمة النقض حق البنك بالرجوع على العميل بكامل قيمة الشيك لتعذر استيفاء قيمته من المسحوب عليه. وهذا هو حكم قانون التجارة العراقي[٢]، الذي نص على أن للمصرف الحق في استرداد المبالغ التي وضعها تحت تصرف المستفيد دون اقتطاع ما قبضه من فائدة وعمولة وذلك في حدود الأوراق غير المدفوعة أيًا كان سبب الامتناع عن دفعها. وهذا هو نفس الحكم الذي ورد في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي[٣] الذي نص على أن ".... يباشر المصرف هذا الحق (في استرداد المبالغ التي وضعها تحت تصرف العميل الخاصم) في حدود الأوراق غير المدفوعة أيًا كان سبب الامتناع عن دفع الأوراق المخصومة".

صفوة القول تتمثل بالإشارة إلى أن الشيك ورقة تجارية مستحقة بمجرد الاطلاع، ولكن من باب التسهيلات يصلح أن يكون الشيك محلًا للخصم للتعجيل في استيفاء قيمته لتجاوز العوارض المؤخرة للاستيفاء كالبعد الجغرافي والعطل المصرفية والرسمية وغير ذلك مما يعرقل الاستيفاء الفوري لهذه الورقة التجارية، ويرتب نقصًا للسيولة النقدية التي يحتاجها حامل الشيك، وعندئذ يكون الشيك، استثناءً، محلًا صالحاً لعمليات الخصم، شأنه شأن السفتجة والسند للأمر.

(١) وللمزيد في تفصيل هذه القاعدة، لاحظ قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوقية، رقم ١/٥٣٤ المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، سنة ١٩٩٣، ص ٦٨٨. ثم راجع: د. فائق محمود الشماع، "سقوط حق حامل الورقة التجارية المهمل"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السادس، العدد الأول والثاني، ١٩٨٧، ص ١١ وما بعدها. وراجع كذلك: د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، المرجع المذكور، بند (١٥٨)، ص ١٩٣.

وراجع أيضاً: د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، بند (٣٠٥)، ص ٤١١ – ٤١٢.

(٢) لاحظ المادة (٢٨٦).

(٣) لاحظ نص المادة (٢/٤٤٢).

٢٥-وخارج هذا الاستثناء الأخير، يبقى الشيك ورقة لا تصلح أن تكون محلًا للخصم باعتباره ورقة تجارية مستحقة الأداء لدى الاطلاع. وهذا الحكم قضت به محكمة التمييز الأردنية منذ عام ١٩٨١ حيث قررت بأن ورقة الشيك لا تدخل في مضمون أوراق المجاملة على اعتبار أنه أداة وفاء فحسب ولا محل للمجاملة إلا في الأوراق التي تقوم بوظيفة الائتمان وهي السفاتج والسندات لأمر(١). وبتفصيل أكثر، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا كانت أسناد المجاملة أسنادًا تجارية حاوية جميع الشرائط الشكلية اللازمة لصحتها، يظهر بموجبها أحد موقعيها بمظهر المدين الحقيقي مع أنه ابتغى في الحقيقة من عمله مساعدة شخص آخر للحصول على الائتمان اللازم له لدعم حالة مالية مزعزعة، فإن الشيك كأداة وفاء ليس كأداة ائتمان يخرج من عداد تلك الأسناد، وإذا كان الشيك ليس من إسناد المجاملة، وإذا كانت المعارضة في وفائه ليست مقبولة في ضوء ما نصت عليه المادة (١٧٤) من قانون التجارة ... فإن الدفع بصوريته ليس جائزًا قانونيًا ..." (٢).

٢٦-خاتمة هذا البحث تتضمن بيان نتائج هذه الدراسة والتوصيات المناسبة للمشكلات المذكورة، كالآتي:

* النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة هي:

١. عدم صلاحية الشيك للخصم إلا في حالة استهداف تجاوز العوارض المؤخرة للاستيفاء الفوري للشيك.

٢. صلاحية السفتجة الائتمانية للخصم مع الحذر من:

- حالة السفتجة المسبقة أو الخداج لما تنطوي على مخاطر لضياع حقوق البنك الخاصم.
- حالة سفتجة المجاملة لأنها ورقة صورية تهدف إلى خلق ائتمان وهمي من شأنه إيهام الغير، ويقع التعامل بها باطلًا ويتحمل البنك المسؤولية الجزائية عن التعامل بها ما دام أنه كان عالمًا بذلك.

٣. صلاحية الكمبيالة للخصم، عدا حالة كمبيالة المجاملة لأنها هي الأخرى تمثل دينًا وهميًا بمظهر دين حقيقي بغرض إيهام الغير، وبالتالي:

(١) راجع: التمييز الأردنية، حقوقية، رقم ٩٨١/٦١٧، تاريخ ١٩٨١/١٢/٦، قرار منشور على الصفحة ٦٢٧ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٨٢/١/١، وكذلك منشورات مركز عدالة بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٣٠.

(٢) التمييز الأردنية، حقوقية، رقم القضية ٢٠٠٧/٢٤٢٨، منشورات مركز عدالة.

- تعد كمبيالة المجاملة باطلة بطلانًا مطلقًا ولا يجوز التعامل بها تحت طائلة مسؤولية البنك إذا كان عالمًا بصفتها الوهمية.
- لا يتحدد نطاق كمبيالة المجاملة بحدود التجار ولا حتى بنطاق الأعمال التجارية.
- وللمحكمة المختصة سلطة تامة في استخلاص عناصر المجاملة من وقائع الدعوى دون رقابة عليها تمييزًا.

* التوصيات المناسبة للمشكلات موضوع الدراسة تتمثل باقتراح:

١. تدخل تشريعي يكرس صراحة بطلان سندات المجاملة مع تحديد أبعاد أحكامها والنتائج المترتبة على التعامل بها من خلال الخصم، وخاصة تحريم التعامل وتجريم المتعاملين بهذه السندات ما دام أنهم على علم بوهميتها.

٢. التزام البنك قبل الخصم بواجب:

- التقصي عن المعلومات الشخصية والمالية لطالب الخصم وصولًا للتثبت من جدارته الائتمانية.
- التأكد من وجود وشرعية سبب الورقة التجارية المقدمة للخصم.
- الامتناع عن قبول خصم سندات المجاملة تجنبا للوقوع تحت طائلة المسؤولية.
- الاستعانة بالضمانات الإضافية (الكفالة، الرهن، الضمان الاحتياطي) لمجابهة مخاطر الخصم.

المراجع

أولاً: المراجع العربية / الكتب

د. أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، دار إحياء التراث، بيروت.

د. عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري – الأوراق التجارية/ ط/ ١٩٩٨، دار الثقافة.

د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية / ط/ ١٩٩٣.

د. عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، ج-٣، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ط/ ٢٠١٣، دار الثقافة، عمان.

د. فائق محمود الشماع: أركان التصرفات الإرادية في إنشاء الورقة التجارية، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨١، العدد / ١٣.

- الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٨٧، العدد / ١٧.
- التماس قبول السفتجة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، ١٩٩٦، العدد الثاني.
- أحكام التزام المسحوب عليه القابل، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
- واجبات البنك تجاه طالب القرض، مجلة العلوم القانونية والقضائية، دولة قطر، ٢٠١٦، العدد الأول.

د. فياض القضاة: شرح القانون التجاري/ الأوراق التجارية، ط/ ١٩٩٤، دار وائل للنشر.

د. محي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج٢، ط/ ١٩٩٤.

ثانياً: المراجع الفرنسية

A. Les ouvrage

Ch. Lassalas: "Escompte", Juris Classeur (Barque - Crédit – Bourse) 2001, Fasc, 550

D. Gibirila: "Escompte" Dalloz, Recueil Lebon, 2014.

Ch. Gavalda et J. Stoufflet: "Droit bancaire" 7éd, 2008, Litec.

Th. Bonneau: "Droit baneaire" 7ém. éd. 2007.

Rives – lange et Coutamine Raynaud: "Drait bancaire" 6ém. éd. Dalloz 1995.

Branger: "Traité d'économie Bancaire" T. 2. Id 1968

B. Les notes et observations

1.Bousquet: note. Cass.com.15 juin 1976. JCP. 1976. II. 18694

: note CA. Paris 17 fér. 1982. D. 1983. Inf. rap. p. 41.

2. Cabrillac: note. Versailles 1 mars 1990. D. 1991 p. 219

: obs. Cass. com. 18 nov. 1997, RTD. com. 1998 p. 180.

: obs. Cass. 10 Juin 1997, RTD. com. 1997 p. 485.

: obs. Cass. 21 Juin 1996, RTD. com. 1996 p. 500.

: obs. Cass. com. 30 Janv. 1996 RTD. com. 1998 p. 648

3. Cabrillac et Tyessié: obs. Cass. crim. 30 Juin. et 3 nov. 1983 RTD. com. 1984.

: obs. Cass. 15 déc. 1986. RTD. com. 1987 p. 223

: obs. Cass. com. 3 déc. 1981. RTD. com. 1981 p. 324

: obs. Cass. com . 20 oct 1994, RTD. com. 1975 p. 434

4. Cabrillac et Rives – Lange: obs. Douai 12 mai 1997 RTD. com. 1997 p. 769.

: obs. Cass .com. 21 Juin 1977. RTD. com. 1977 p. 744.

: obs. Cass. com. 3 Janv. 1978. RTD. com. 1978 p. 137

5. Delepech: note. Cass. com. 23 Janv. 2007. D. 2007. p. 332.

6. Gavalda: note. Cass. 29 Juin 1964. JCP. 1964. II. 13949

7. Lecén – Marénaud: note. Cass.com. 17 mars 1998 JCP. E. 1998. 1642

8. Martin: obs. Cass. com. 15 Juin 1976 Banque 1976 p. 320

: obs. Cass. com. 11 mars 1971 Banque 1971 p. 1037

: obs. Cass. com. 14 déc. 1970 Barque 1971 p. 411

9. Rives – Lange: note. Cass. com. 30 Janv. 1996. D. 1996. IR. 321

10. Vasseur: obs. Cass. com. 30 Janv. 1978. D. 1978. IR. 306.

: obs. Cass. com. 21 Juin 1977. D. 1977. IR. 339.

حماية الأمن الوطني كقيد على حرية التعبير في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية

د. علي محمد الدباس *

د. محمد خلف غليلات**

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٧/٤/١٢م. تاريخ القبول: ٢٠١٧/١٠/١٧م.

ملخص

هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على أحكام التشريعات الأردنية الناظمة لتقييد حرية التعبير للحفاظ على الأمن الوطني وبيان مدى توافق أحكام هذه التشريعات مع ضوابط التي تم استخلاصها من مضمون الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وقرارات محاكم حقوق الإنسان وآراء فقهاء وخبراء حقوق الإنسان. وقد توصلت الدراسة إلى أن صياغة التشريعات الأردنية تفتقر للصياغة الدقيقة للقيود المروضة على حرية التعبير مما يجعلها تميل لتغليب الحفاظ على الأمن الوطني على جودهر هذه الحرية. الأمر الذي يستدعي إدخال مجموعة من التعديلات على التشريعات الوطنية لضمان انسجامها مع المعايير الدولية في مقدمتها البناء على التقدم المحرز بنص المادة (١٢٨) من الدستور الأردني التي اشترطت أن لا تؤثر القانين التي تصدر لتنظيم الحقوق والحريات في جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها، بحيث يضاف إلى ماورد فيها الشروط الواجب توفرهاى بالقيود التي تفرض على الحقوق والحريات بأن تهدف هذه القيود لتحقيق غايات مشروعة وأن تجتاز اختيار التناسب بين القيد لحماية غاية مشروعة والحد من مضمون الحرية.

● كلية الحقوق، جامعة البترا، الأردن.

** كلية العلوم الشرطية، جامعة مؤتة، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Protection of the National Security as a Restriction on the Freedom of Expression in Jordanian Law and International Conventions

Dr. Ali M. Al-Dabbas

Dr. Mohammed Khalaf Golailat

Abstract

This study sheds the light on the Jordanian legislations restricting freedom of expression, which are passed under the pretext of “protecting national security." Study results were compared with international human rights conventions and interpretations of the UN Human Rights Committee (HRC), the body of experts tasked with interpreting the ICCPR, principles endorsed by human rights courts and principles adopted by human rights experts.

The study concludes that the formulation of Jordanian legislations lack accuracy and precision when dealing with the right to freedom of expression and give priority to national security at the expense of core freedoms. It therefore suggests a number of amendments to national legislations to ensure conformity with international standards, the most notable one is to get benefit of the progress achieved by article 128 of the Jordanian Constitution which stipulate that "laws issued in accordance with this Constitution for the regulation of rights and freedoms may not influence the essence of such rights or affect their fundamentals", by inclusion the following: “restrictions on rights and freedoms" should serve a legitimate purpose, and they should pass the test of proportionality between a restriction aimed to protect a legitimate

المقدمة:

تشكل حرية التعبير بما فيها حرية الإعلام وحق المواطن في الحصول على المعلومات مبدأ أساسيا من المبادئ التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية في العالم، وضمانة من الضمانات الأولية لممارسة الديمقراطية، وركيزة من المرتكزات الصلبة التي تُرسى عليها الأنظمة المؤمنة بحقوق الإنسان بشكل عام وبحق المواطن في حرية الرأي والتعبير بشكل خاص. لذلك تحرص الدساتير الديمقراطية والاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان على كفالة هذا الحق بوصفه قاطرة الحقوق والحريات المدنية والسياسية.

وتظهر أهمية حرية التّعبير بوصفها حقاً إنسانياً رئيسياً، فهو لا يمثل قيمة إنسانية أساسية بحد ذاته فقط، بل يوفر دعامة رئيسية أيضا للدّيمقراطية، حيث لا يمكن قيام ديمقراطية إذا لم يكن الناس أحرارا فيما يرغبون بقوله أو غير قادرين على تلقي معلومات كافية للإدلاء بآراء تساعد على تصويب ما يعترض المسيرة الديمقراطية من عقبات، وهو حق مفصلي في التمتع بحقوق أخرى كالحق في حرية التجمع السلمي والحق في تأسيس الجمعيات والأحزاب والنقابات والانضمام إليها وممارسة نشاطاتهم بحرية، فحرية التّعبير واحدة من الأسس الرئيسية لمجتمع ديمقراطي وهي واحدة من الشّروط الأساسية لتقدم الفرد ولتطوّره. وتظهر أهمية هذه الحرية سواء تضمنت معلومات أو أفكاراً إيجابية تعزز من الدور الإيجابي للسلطات العامة أو الدور الحيادي، وكذلك تلك التي تهاجم الدولة أو تزعجها أو تصدمها أو لأي قطاع من السكان فهذه هي متطلبات التعددية والتسامح وسعة الأفق والتي بدونها لا يستقيم المجتمع الديمقراطي.

وعلى الرغم من هذه الأهمية للحق في حرية التعبير إلا أنه لا يعتبرمن الحقوق المطلقة التي لا يجوز أن تخضع لأي نوع من القيود، بل إن هذا الحق يجوز تنظيمه وتقييده ولكن ضمن قيود محددة نظمتها الاتفاقات الدولية والدساتير والقوانين الوطنية، بحيث يبقى الحق في حرية الرأي والتعبير والحرية الإعلامية مضموناً ومصوناً بما يكفل حق الإنسان في التعبير عن رأيه بحرية تامة، وبما يضمن للأفراد الكشف عن الحقائق والمعلومات التي تضمن لهم الاطلاع على حقيقة ما يجري في بلادهم، ويسمح للأفراد بممارسة دورهم بالنقد البناء لتصرفات السلطات الرسمية وممثلي هذه السلطات لتقويم السلوك المعوج وبيان الحقائق أمام أعين الجميع، ولكن دون المساس بالأمن الوطني أو بالنظام العام، أو الخوض في حقوق وسمعة الآخرين.

إلا أن الواقع يظهر أن ممارسة هذا الحق لا تتم دوماً بما يخدم تعزيز الأهداف التي يسعى الأفراد والأنظمة السياسية في الدول الديمقراطية وواضعو الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان واللجان التعاهدية لهذه الاتفاقات لتحقيقها، فالممارسة غير السليمة لهذا الحق قد تؤدي إلى المساس بالأمن الوطني. وقد زاد من هذا الواقع ما يشهده العالم من انتشار وسائل الاتصال الحديث وما رافقها من ظهور ما يعرف

بالإعلام المجتمعي الذي سهل على الأفراد نشر وبث البيانات والمعلومات والمواقف، والتي تسهل على البعض استغلال هذه الوسائل لارتكاب أفعال متعددة قد تشكل جرائم بموجب القانون ولعل أخطرها الأعمال الإرهابية والمساس بالأمن الوطني(١). وفي الوقت ذاته فإن العديد من الأنظمة السياسية قد تسعى لتقييد حرية الرأي والتعبير بما في ذلك الحريات الإعلامية بحجة أن هذا التقييد يتفق مع مبررات الحد من حقوق الإنسان التي تضمنتها الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان والتي يأتي في مقدمتها الحفاظ على الأمن الوطني، الأمر الذي يستدعي من الباحثين والدارسين توضيح مضمون حرية التعبير وحدود تنظيمها وتقييدها بما لا يمس جوهر ومضمون هذا الحق.

وتأسيًا على ما سبق فإن الإشكالية الرئيسية التي يثيرها هذا البحث ويحاول الإجابة عليها تتمثل بالآتي: إلى أي مدى كرس المشرع الأردني الضمانات الكافية لممارسة الأفراد لحقهم في حرية التعبير عن آرائهم ضمن المحددات الواردة في أحكام التشريعات الهادفة للحفاظ على الأمن الوطني؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى إلى أي مدى استجاب المشرع الأردني في تشريعاته المقيدة لحرية التعبير للحفاظ على الأمن الوطني للمعايير الدولية والممارسات الفضلى التي تعزز حق الأفراد في حرية التعبير؟

منهجية البحث:

يستند هذا البحث إلى المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال تقديم قراءة وصفية تحليلية للتشريعات الأردنية الناظمة للحدود والضوابط المفروضة على حرية الرأي والتعبير والحرية الإعلامية بهدف حماية الأمن الوطني، ومقارنتها بالمعايير الدولية التي تم استخلاصها مما تضمنته الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان وقرارات محاكم حقوق الإنسان وآراء فقهاء حقوق الإنسان وخبرائه لبيان مدى انسجام التشريعات الوطنية مع المعايير الدولية.

(١) وقد تعززت أهمية التوازن بين الحق في حرية التعبير وحماية الأمن الوطني بعد ما شهدته الولايات المتحدة من هجمات ٢٠٠١/٩/١١م، إذ تسابقت الدول إلى وضع قوانين تحد من العديد من الحريات بما فيها حرية التعبير، وقد كان هذا موضوع بحث للعديد من الباحثانين في العديد من مختلف دول العالم أنظر على سبيل المثال:

- Small, David, The uneasy relationship between national security and personal freedom: Neazland and the " War on Terror", International Journal of Law, 7,4, (2011) pp. 467-486.
- Ewart, Jacqui, Mark Pearson and Joshua Lessing, Anti- Terror Law and News Media in Austraia Since 2001: How Free Expression and National Security in a Liberal Democracy, JMl 5(1), (2013), pp.104-132.
- Silver, Derigan A., Security and the Press: The Government's Ability to Prosecute Journalists for the possession or publication of national security information, 13 Comm. L. & Pol'Y, (2008), pp. 447-483.

خطة البحث:

وبهدف الإحاطة بالموضوعات التي تغطي موضوع هذا البحث سيتم تقسيمه على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: مفهوم حرية التعبير وطبيعته القانونية.

المبحث الأول: مبدأ النص على القيود في القانون.

المبحث الثاني: مبدأ تحقيق غاية مشروعة.

المبحث الثالث: مبدأ الضرورة والتناسب.

الخاتمة.

مبحث تمهيدي: مفهوم الحق في حرية التعبير وطبيعته القانونية

تقوم فلسفة النظام الديمقراطي على أن المشرع الوطني بما فيه المشرع الدستوري لا يستقل بتقرير وتنظيم حقوق الإنسان وحرياته كيفما شاء، بل إن المشرع مقيد بمبدأ الشرعية الذي يقصد به مطابقة أعمال السلطات العامة في الدولة لما استقر في وجدان الجماعة من قيم ومعتقدات ومبادئ تتفق مع قيم المساواة والعدالة والإنصاف والكرامة الإنسانية[١]، ويتم استخلاص هذه القيم والمبادئ مما ورد في الديانات والدساتير والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان، فمبدأ الشرعية أوسع واشمل من إرادة أي من السلطات العامة في الدولة، الأمر الذي يتوجب على السلطات الثلاث بما فيها السلطة التشريعية احترام هذا المبدأ. كما أن توقيع الدولة وتصديقها على الاتفاقية الدولية يرتب على الدولة واجب الالتزام بأحكام هذه الاتفاقية[٢]، وانطلاقا مما سبق ولبيان أهمية الحق في حرية التعبير في الحياة العامة للدولة، سيتم بداية بيان مفهوم الحق في حرية التعبير في المطلب الأول، فيما سيخصص المطلب الثاني لبيان طبيعة الحق في حرية التعبير.

(١) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم مبدأ الشرعية انظر: نمور، محمد سعيد، أصول الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ٤٧.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول التزام الدولة بتطبيق أحكام الاتفاقية الدولية يراجع التعليق العام رقم (٣١): طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وثيقة الأمم المتحدة HRI/GEN/1/Rev.8 وقد اعتمد هذا التعليق في جلسة اللجنة رقم ٢١٨٧ المعقودة في ٢٩ آذار ٢٠٠٤.

المطلب الأول: مفهوم الحق في حرية التعبير

تُعرف حرية التعبير بأنها قدرة الفرد على التعبير عن آرائه وأفكاره بحرية تامة سواءً عن طريق القول، أو بالكتابة، أو بالنشر أو أي طريقة مناسبة أخرى دون وجود أي قيود أو حدود تمنع الإنسان من التعبير ما دام أنّه لا يتسبب بضرر لأي شخص، أو شيء مهما كان نوع هذا الضرر(١).

ونظرا لأهمية هذا الحق في حياة الأفراد والمجتمعات فقد اعترفت به العديد من الحضارات الإنسانية؛ فقد أقرت الشريعة الإسلامية للإنسان الحق في حرية التعبير منذ ولادته دون النظر إلى لونه وجنسه وعرقه، نظرا لوجود هذه الحرية بوجود الإنسان نفسه، ولما لها من دور فاعل في تعزيز قدرة الإنسان على العيش الكريم المبني على إنتاج وعطاء وتفاعل الإنسان، لذلك أقر الإسلام مبدأ حرية استعمال الفكر وإبداء الرأي حتى لو كان الرأي غير صحيح والدليل على ذلك كما ورد في الحديث الشريف " إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر.(٢)" ومن الإشارات الواضحة في مجال حماية حرية الرأي والتعبير وصف الله تعالى أمة الإسلام بقوله " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله (٣)" انطلاقاً من أن حرية التعبير تقوم على أساس تمتع كل فرد بكامل حريته في الجهر بالحق وإسداء النصيحة في أمور الدين والدنيا وبما يحقق نفع المسلمين ويصون مصالح الأمة ويحقق النفع العام(٤). بل أوجب الإسلام على الإنسان المسلم التصريح برأيه إذا ما كان به مصلحة للفرد والأمة (٥)، وهو ما أكّده عليه قول الرسول صلى الله عليه وسلم "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"(٦).

وقد أكد إعلان حقوق المواطن الفرنسي الصادر عقب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م الذي أكد في المادة الحادية عشرة منه على أن: "حرية إيصال الأفكار والآراء واحدة من أغلى حقوق الإنسان، فكل مواطن يستطيع إذاً: الكلام والطباعة بحرية إلا في حالات إساءة استعمال هذه الحرية المحددة في

(١) انظر بذات المعنى: كنعان، نواف، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، الطبعة الأولى، عمان، إثراء للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٦٢، نصراوين، ليث، الحق في التجمع السلمي في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية، بيروت، مكتبة صادر ناشرون، ٢٠١٣، ص، ١٩، بني عطا، مالك، الموسوعة الأردنية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، عمان، منشورات أمانة عمان، ٢٠١٤، ص ٣٠٦.

(٢) النيسابوري، أبي الحسن مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، بدون طبعة، المنصورة: مكتبة الإيمان، بدون سنة نشر، حديث رقم ١٧١٦، ص٨٦٦.

(٣) الآية (١١٠) من سورة آل عمران.

(٤) نصراوين، مرجع سابق، ٢٥.

(٥) الدباس، على وأبو زيد، علي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الرابعة، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ص٨٤.

(٦) النيسابوري، مرجع سابق، حديث رقم (٤٩)، ص ٤٨.

القانون"[١]. كما أكد التعديل الأول على الدستور الأمريكي على: "لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف"[٢].

ثم جاءت الشرعة الدولية لحقوق الإنسان لتؤكد على هذه الحرية بدءاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص في المادة (١٩) منه على أن لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية. ثم جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لينص بالفقرة الأولى من المادة (١٩) على: "لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة". فيما نصت الفقرة الثانية على: "لكل إنسان الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.". وعلى المستوى الإقليمي فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على: "يضمن هذا الميثاق الحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير وكذلك الحق في استقاء الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة ودونما اعتبار للحدود الجغرافية."

يستخلص من الدراسة المعمقة للنصوص المشار إليها سابقاً وأدبيات الأمم المتحدة وآراء الفقهاء أن الحق في حرية التعبير يتكون من المكونات الأساسية التالية[٣]: حرية الرأي، حرية التعبير، حرية الصحافة والإعلام، الحق في الحصول على المعلومات. ونظرًا لسعة مضمون هذه المكونات فسيقصر الباحثان دراستهما على مفهوم ومضمون حرية التعبير والتي تتمثل بحق الفرد في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، وتتميز هذه الحرية بسعة

(١) ولمزيد من التفاصيل حول إعلان حقوق المواطن الفرنسي انظر: أبو الوفا، أحمد، الإعلان الفرنسي بخصوص حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، المنشور على الرابط:

www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/uploads/2014/04/8_2.docx

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/١٤

(٢) للاطلاع على مضمون الدستور الامريكي وتعديلاته راجع الموقع الالكتروني:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/us-con.html

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/١٣م.

(٣) انظر: التعليق العام رقم (٣٤) والخاص بتفسير أحكام المادة ١٩- حرية الرأي وحرية التعبير، وثيقة الأمم المتحدة رقم CCPR/C/GC/34 والتي اعتمدت في الدورة ١٠٢، المنعقدة في الفترة الممتدة ١١-٢٩ تموز ٢٠١١ في جنيف ليحل محل التعليق العام السابق رقم ١٠. وانظر كذلك: علوان، محمد والموسى، محمد، القانون الدولي لحقوق الإنسان- المصادر ووسائل المراقبة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢٧٦.

وسائل التعبير التي تشمل: اللغة المنطوقة والمكتوبة ولغة الإشارة والتعبير بلغة غير لفظية، مثل الصور والقطع الفنية، كما تشمل وسائل التعبير الكتب والصحف والمنشورات والملصقات واللافتات والملابس والوثائق القانونية، وكذلك جميع الأشكال السمعية والبصرية فضلاً عن طرائق التعبير الإلكترونية والشبكية(١).

وتأسيساً على ما سبق يمكن للباحثين تعريف الحق في حرية التعبير بأنه: حقٌ من حقوق الإنسان، ويعني قدرته على التعبير عن الآراء الخاصة به باستخدام أيٍّ من الوسائل المتاحة لذلك، سواءً عن طريق الكتابة، أو الكلام، أو أي طريقة مناسبة أخرى دون وجود أيّة قيود أو حدود تمنعه من التعبير طالما أنّه لم يتسبب بضرر ما.

المطلب الثاني: طبيعة الحق في حرية التعبير

تقسم حقوق الإنسان من حيث جواز تعطيلها أو تقييدها من عدمه إلى حقوق مطلقة وحقوق نسبية، ويقصد بالحقوق المطلقة الحقوق التي لا يجوز تعطيلها في حالات الطوارئ أو تقييدها في أوقات السلم(٢)، أما الحقوق النسبية فهي الحقوق التي يجوز تعطيلها في حالات الطوارئ شريطة تحقق الشروط الشكلية والموضوعية(٣)، كما يجوز تقييدها في أوقات السلم وفق ضوابط محددة نصت عليها المواثيق الدولية؛ كتعارضها مع حقوق الآخرين أو حال مساسها بالنظام العام للدولة.

بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتي صادقت عليها المملكة(٤) يتبين أن جميعها تتفق على اعتبار الحق في حرية التعبير من الحقوق النسبية التي يجوز تقييدها ويمكن توضيح ذلك من خلال

(١) الفقرة (١١) من التعليق العام رقم (٣٤).

(٢) وتجدر الإشارة إلى اختلاف الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في تحديد الحقوق المطلقة، إلا أنها تتفق على اعتبار أربعة منها بمثابة نواة أساسية لحقوق الإنسان هي: الحق في الحياة، الحق في عدم الخضوع للتعذيب، تحريم الرق والعبودية وعدم رجعية القوانين الجزائية، ولمزيد من التفاصيل راجع: علوان والموسى، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٣) تتمثل هذه الشروط بما يلي: الإعلان الرسمي عن قيام حالة الطوارئ الاستثنائية، أن تكون التدابير المخالفة في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، أن لا تتعارض مع الالتزامات الأخرى المقررة في القانون الدولي وان لا تنطوي على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي، علوان والموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ص ١٢٧، ولمزيد من التفاصيل حول تعطيل وتقييد الحقوق في حالة الطوارئ راجع التعليق العام رقم ٢٩: المادة ٤ من العهد: العهد وحالة الطوارئ، وثيقة الأمم المتحدة 40/56/A .

(٤) سيكتفي الباحثان بالإشارة إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان والتي صادق عليها الأردن، علما أن هناك مجموعة أخرى من الاتفاقيات الإقليمية تضمنت النص على الحق في حرية الرأي والتعبير وتضمنت قيوداً مشابهة لما هو منصوص عليه في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ومنها المادة (٩) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المادة (٣) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المادة (١١) من الميثاق الأوروبي للحقوق الأساسية.

النصوص الآتية: (أ) المادة (٣/١٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي تنص على: " تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة ٢ من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية: أ- لاحترام حقوق الآخرين وسمعتهم. ب- لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة." (ب) المادة (٢/٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان التي تنص على: "تمارس هذه الحقوق والحريات في إطار المقومات الأساسية للمجتمع ولا تخضع إلا للقيود التي يفرضها احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.". (ج) المادة (١٣) من اتفاقية حقوق الطفل التي نصت على: (١) لكل طفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.(٢) يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي: احترام حقوق الغير أو سمعتهم، أو، ب- حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة."

يستخلص من دراسة النصوص التي سبقت الإشارة إليها الآتي: (أ) تأكيد جميع الاتفاقيات على تمتع الأفراد بالحق في حرية التعبير بوصفه حقاً أساسياً من حقوق الإنسان الأساسية التي يجوز تقييدها والحد منها لدواعي الحفاظ على الامن الوطني[١] بموجب القوانين النافذة، باستثناء الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي أسقط الشرط الأول والأساس المنصوص عليه بالاتفاقيات الدولية الأخرى والمتمثل بضرورة أن يُنص على القيد على حرية التعبير بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية، مما يظهر نقصاً واضحاً بأحكام الميثاق العربي لحقوق الإنســـان على الرغم أنه الأحدث صـدوراً بين هذه الاتفاقيات. (ب) اكتفاء جميع هذه الاتفاقيات بالنص على جواز تقييد حرية التعبير بموجب القانون بشكل عام ودون الدخول بالتفاصيل التي تبين ضوابط وقواعد التي يجب أن تلتزم به القوانين في تقييدها حرية التعبير. (ج) أجمعت جميع الاتفاقيات الدولية على جواز تقييد الحق في حرية التعبير حماية للنظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة، على الرغم من استقرار الاجتهاد الفقهي على أن مصطلح النظام العام يشمل على أربعة عناصر هي[٢]: الصحة العامة، الأمن العام، الآداب العامة، السكينة العامة؛ الأمر

(١) يذكر ان نصوص الاتفاقيات الاتفاقيات الدولية والدساتير الوطنية والمبادئ الصادرة على عن الخبراء والمدافعين عن حقوق الانسان قد حددت ضوابط تقييد الحريات بشكل عام، الا ان جميعها قد اعتبرت الامن الوطني أحد الاهداف التي يجوز بالاستناد لها تقيد حرية التعبير.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم النظام العام أنظر: الصرايرة، مصلح، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ٢٧٥ وما بعدها. وانظر كذلك: الخلايلة، محمد القانون الاداري، الكتاب الأول، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٥، ص ١٩٦ وما بعدها.

الذي يعني أن ما ورد في هذه الاتفاقيات من الإشارة الى الصحة العامة أو الآداب العامة يعتبر من باب التزيد وكان يفضل عدم ذكرها في حال النص على مصطلح النظام العام.

ولدى البحث عن طبيعة الحق في حرية التعبير في الدستور الأردني ومدى جواز تقييده يتبين أنه قد نص في المادة (١٥) منه على: "تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون. "وبذات الوقت فقد نصت المادة (١/١٢٨) من ذات الدستور على "لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها." مما يعني عدم التوسع بالقيود والاستثناءات بحيث يصبح الاستثناء هو الأصل ولا يبقى من الحق سوى مظهره. وتظهر الدراسة المعمقة لهذين النصين الآتي: (أ) دمج الدستور الأردني النص على حرية الرأي وحرية التعبير في ذات المادة، إذ تنص المادة (١/١٥) منه: "تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون". (ب) التأكيد على تمتع الأفراد بالحق في حرية التعبير بوصفه حقاً أساسياً من حقوق الإنسان الأساسية التي يجوز تقييدها ولكن بموجب القوانين النافذة، (ج) يتميز الدستور الأردني بالتأكيد على أن الدولة تكفل حرية الرأي والتعبير، بمعنى أن الدولة ملزمة بتوفير كافة الوسائل والسبل التي تسمح للمواطن بالإعراب عن رأيه ومعتقداته شريطة التزامه بحدود القانون[١]. مما يضع على عاتق الدولة بكافة سلطاتها التزامات إيجابية "لإعمال هذه الكفالة من خـــلال القيام بأفعال إيجابية وأخرى سلبية أي الامتناع عن القيام بأفعال تنتقص من حرية الرأي، ومعاقبة من يعمل على الانتقاص من هذه الحريات[٢]. وقد أشـــاد جانب من الفقه الأردني[٣] _ وبحق _ باستخدام المشرع الدستوري الأردني لتعبير "تكفل الدولة الأردنية" دون غيره من التعابير مثل تعبير "لا يجوز للدولة أن تمسّ أو تقيّد حرية الرأي" أو تعبير "تمنح الدولة الأردني حق التعبير عن رأيه". على اعتبار أن استخدام تعبير "تكفل" كان مقصودا لذاته وينطوي على مغزى قانوني

(١) الراعي، أشرف، جرائم الصحافة والنشر، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٧.

(٢) شقير، يحيى، المعايير والآليات الدولية الخاصة بحرية الرأي والتعبير، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:
https://yahiashukkeir.wordpress.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D9%8A%D9
تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/١٧م 8A% %

(٣) قاسم، أنيس فوزي، ماذا جرى لحرية التعبير في الأردن؟، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:
http://www.aljazeera.net/news/humanrights/2017/2/23/%D9%85%D8%A7%D8%B0%D8%A7-
%D8%AC%D8%B1%D9%89-%D9%84%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%A9-
%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%A8%D9%8A%D8%B1-%D9%81%D9%8A-
تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/٣/١ %D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B1%D8%AF%D9%86

ذا أهمية خاصة في سياق حرية التعبير؛ فالكفالة في القانون، من حيث طبيعتها ونشأتها وتطبيقها، هي عقد تابع لالتزام أصلي، أي أن الكفالة ليست التزاماً أصليا، بل تتبع الالتزام الأصلي وتأتي تنفيذًا له[١]، وبإسقاط هذا الفهم القانوني على نص المادة (١٥) من الدستور الأردني، فإن ذلك يعني أن الدولة "تكفل" حرية التعبير"، والتزامها بكفالة هذا الحق تابع للالتزام الأصلي المتمثل بحق الأردني في حرية التعبير، بصفته حقًا من الحقوق الطبيعية التي تولد مع الإنسان وتسبق وجود الدولة. (د) اتفاق أحكام الدستور الأردني مع الاتفاقيات الدولية بالنص على جواز تقييد حرية التعبير بموجب القانون بشكل عام ودون الدخول بالتفاصيل التي تبين ضوابط وقواعد تقييد حرية التعبير. (هـ) يؤخذ على النص الدستوري أنه قد حصر الحق في حرية الرأي والتعبير بالأردني أي أن هذا الحق مكفول للأردنيين ولم يتحدث شأنه شأن العديد من الدساتير المقارنة على حق كل إنسان في التعبير عن رأيه بحرية[٢].

خلاصة القول إن كل من الدستور الأردني والاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان المصادق عليها من الدولة الأردنية لم تبين الضوابط والقواعـــد التي يجب أن تلتزم بها القوانين في تقيدها لحرية التعبير. ولتلافـــي النقص في مضمون الاتفاقيات الدولية وتحديداً العهد الدولـــي الخاص بالحقوق المدنية والســياسية؛ فقد فسرت لجـــنة حقوق الإنســان ضوابط تقييد الحــق في حرية التعبير والحــد منه في تعليقها العام[٣] رقم (٣٤)، وقد استند هذا التعليق إلى مجموعة من المبادئ التي سبق وأن أقرتها العديد من المبادئ والإعلانات التي صدرت عن مجموعة من الخبراء والمدافعين عن حقوق الإنسان والتي من أهمها: مبادئ جوهانسبرغ حول الأمن القومي وحرية التعبير[٤]، ومبادئ سيراكوزا لتقييد أحكام العهد

(١) لمزيد من التفاصيل حول طبيعة عقد الكفالة أنظر:السرحان، عدنان ابراهيم، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة ، الكفالة، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦، ص ١٨١ وما بعدها.

(٢) الراعي، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) يذكر ان اللجنة المعنية بحقوق الإنسان هيئة مشكلة بموجب المادة (٢٨) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وتتألف من (١٨) خبير مستقل وتقوم بعدد من المهام منها إصدار تعليقات عامة تتضمن إرشادات بشأن تفسير أحكام العهد وتطبيقها، وتضفي تعليقاتها قيمة إضافية على المعايير والأحكام الواردة فيه؛ إذ تشكل هذه التعليقات بيانات قيِّمة توضح فحوى المواضيع التي تعالجها ومقصدها ومغزاها القانوني. ولمزيد من التفاصيل حول تشكيل اللجنة ومهامها أنظر: مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان، "الحقوق المدنية والسياسية: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" صحيفة الوقائع رقم (١٥)، جنيف ٢٠٠٤.

(٤) مبادئ جوهانسبيرغ حول الأمن الوطني وحرية التعبير والحصول على المعلومات: هي المبادئ التي تم تبنيها في المؤتمر الذي عقد في مدينة جوهانسبيرغ في جنوب إفريقيا في الأول من تشرين الأول من عام ١٩٩٥ بمشاركة مجموعة من المختصين في القانون الدولي وحقوق الإنسان، وقد خلص المشاركون فيها إلى مجموعة من المبادئ التي تبين العلاقة بين الأمن القومي وحرية الرأي والتعبير وحرية الوصول إلى المعلومات، وسمحت هذه المبادئ بفرض قيود على هذه الحقوق في حال كان ذلك ضرورياً لحماية الأمن القومي، على أن تكون هذه القيود موجودة في القانون، الذي يجب أن يكون واضحاً ودقيقاً، وأن يكون منسجماً مع مبادئ الديمقراطية.

الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والحد منها[١]، والمبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات " مبادئ تشواني"[٢]. ويتبين من دراسة هذا التعليق والمبادئ السابق الاشارة إليه أن تقييد الحق في حرية التعبير بهدف حماية الامن الوطني يستدعي الالتزام بالمبادئ الآتية:

المبدأ الأول: النص على القيود في القانون.

المبدأ الثاني: تحقيق غاية مشروعة.

المبدأ الثالث: الضرورة والتناسب.

وبعد أن حدد الباحثان مفهوم حرية التعبير وطبيعته والمبادئ الأساسية التي يمكن الاستناد اليها لتقييد حرية التعبير للحفاظ على الأمن الوطني، سيتم في المباحث الثلاثة التالية دراسة مضمون هذه المبادئ وفق الممارسات الدولية الفضلى، وبيان مدى التزام التشريعات الأردنية الناظمة لحرية التعبير بهذه المبادئ.

المبحث الأول: النص على القيود في القانون

يتبين من دراسة نصوص مواد الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة الأردنية أن كلاً من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية حقوق الطفل قد نصت صراحة على ضرورة النص على القيود التي يمكن فرضها على حرية التعبير لحماية الأمن الوطني في القانون، بينما لم تتضمن المادة (٣٢) من الميثاق العربي النص الصريح على هذا القيد مما يظهر نقصاً واضحاً في أحكام الميثاق العربي لحقوق الإنسان على الرغم من أنه الأحدث صدوراً من بين هذه الاتفاقيات، وإن

(١) مبادئ سيراكوزا هي المبادئ التي تبناها المجلس الاقتصادي والاجتماعي–الأمم المتحدة، عقب انعقاد مؤتمر دولي في سيراكوزا–ايطاليا عام ١٩٨٤ بهدف دراسة القيود على الحقوق والحريات الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية بما في ذلك الأهداف المشروعة والتفسيرات العامة التي تحكم فرض وتطبيق هذه القيود. وخلص المؤتمر الى مجموعة من المبادئ توضح الإجراءات المسموح باتخاذها لتقييد الحقوق الواردة في العهد والحد منها، أصبحت تعرف فيما بعد "بمبادئ سيراكوزا". ولمزيد من التفاصيل حول مراحل إعداد هذه المبادئ أنظر:

Sara Abiola, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights (ICCPR). Harvad Universtey,28-1-2011.
Available at: http://health-rights.org/index.php/cop/item/memo-the-siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-for-civil-and-political-rights-iccpr-history-and-interpretation-in-public-health-context.٢٠١٧/١/١١ تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ

(٢) مبادئ تشواني: هي المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات، والتي صيغت في مدينة تشواني في جنوب إفريقيا وصدرت بتاريخ ٢٠١٣/٧/١٢ وتهدف هذه المبادئ إلى إرشاد المنخرطين في صياغة ومراجعة وتطبيق التشريعات ذات الصلة بسلطة الدولة في حجب المعلومات لأسباب تتعلق بالأمن القومي، متوفرة على الموقع الالكتروني:
https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security10232013.pdf تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ: بتاريخ ٢٠١٧/١/١٥.

كانت المادة (٤٣) من ذات الميثاق قد نصت على: لا يجوز تفسير هذا الميثاق أو تأويله على نحو ينتقص من الحقوق والحريات التي تحميها القوانين الداخلية للدول الأطراف أو القوانين المنصوص عليها في المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان التي صادقت عليها أو أقرتها بما فيها حقوق المرأة والطفل والأشخاص المنتمين إلى الأقليات.

وعلى ذات النهج سارت أغلب الدساتير في العالم التي أكدت على عدم جواز تقييد حرية التعبير إلا بموجب نص قانوني، فبالرجوع إلى القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية يتبين انه وبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة (٥) على حق الأفراد بحرية التعبير فقد نص في الفقرة الثانية على: "تنطوي محددات هذه الحقوق ضمن أحكام القوانين العامة وأحكام القوانين الخاصة بحماية الأحداث وحق الشرف الشخصي." أما دستور جمهورية جنوب إفريقيا فقد نص على القواعد والقيود الواجب مراعاتها عند تقييد الحقوق والحريات بما فيها حرية التعبير؛ إذ نص في المادة (١/٣٦) منه على ما يلي: "١.. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها: (أ) طبيعة الحق. (ب) أهمية الغرض من التقييد. (ج) طبيعة ونطاق التقييد. (د) العلاقة بين التقييد وغرضه. (هـ) الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق الغرض. أما الدستور الأردني فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥ على: "تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون." وبذات الوقت فقد نصت المادة (١/١٢٨) من ذات الدستور على "لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها." مما يعني عدم التوسع بالقيود والاستثناءات بحيث يصبح الاستثناء هو الأصل ولا يبقى من الحق سوى مظهره.

ويؤكد الباحثان على أن المقصود بالقانون الذي يحق بموجبه تقييد حرية التعبير هو القانون بالمعنى الضيق؛ أي القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، فلا يجوز تقييد الحق في حرية الرأي والتعبير بموجب أنظمة أو تعليمات تصدر عن السلطة التنفيذية بما في ذلك أنظمة الضرورة (التي أطلق عليها المشرع الدستوري الأردني: "القوانين المؤقتة[١]،

(١)المادة (٩٤) من الدستور الأردني، ويذكر أن المشرع الأردني قد أدخل تعديلاً هاما على الدستور الأردني بموجب التعديل الموسع للدستور في عام ٢٠١١، تم بموجبه تقليص دور السلطة التنفيذية في إصدار القوانين المؤقتة، إذ قصرها على مواجهة الأمور الآتية على سبيل الحصر: الكوارث العامة، حالات الحرب والطوارئ أو الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأجيل، مما يحمي حقوق الأفراد من تعسف الإدارة بإصدار قوانين مؤقتة تمس حقوقهم وحرياتهم، وكما كان يحصل في السابق، إذ أصدرت الحكومة عدد من القوانين المؤقتة التي كانت تقيد حرية التعبير مثل قانون المطبوعات والنشر المؤقت رقم (٥) لسنة ٢٠١٠ والقانون المؤقت لجرائم أنظمة المعلومات رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١.

بل أن لجنة حقوق الإنسان توسعت في هذا المجال بقولها " ونظراً إلى أن أي تقييد لحرية التعبير يشكل انتقاصاً خطيراً من حقوق الإنسان، فإن تكريس التقييد في القوانين التقليدية أو الدينية أو غيرها من القوانين العرفية يتنافى مع العهد[١]".

وترجع أهمية أن يرد النص على تقييد حرية التعبير في القانون العادي كونه يصدر عن السلطة التشريعية بوصفها الممثل الحقيقي والشرعي للمواطنين والمعبر عن إرادتهم، والذي يفترض أن لا يصدر عنها ما يتعارض مع حقوق الإنسان، بما في ذلك تقييد حرية التعبير بصورة غير مشروعة. ناهيك عن أن مخالفة المشرع لهذه القاعدة التشريعية الأساسية وإصدار تشريع مقيد لحق الفرد في حرية التعبير بأداة تشريعية أدنى من القانون العادي يجعل من هذا التشريع مشوبًا بعيب في الاختصاص[٢] استنادًا الى الالتزام بمبدأ الشرعية الذي يضمن عدم خروج أحكام القوانين التي تقرها السلطة التشريعية عن قيم ومبادئ الأمة، مما يمنح القضاء الدستوري صلاحية الحكم بعدم دستورية القانون في حال الخروج على هذه القيم ويبطل قرار المحكمة هذا القانون[٣].

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية الأردنية في العديد من أحكامها؛ إذ ألغت المحكمة الدستورية العديد من أحكام التشريعات التي لم تكن منسجمة مع أحكام الدستور. فقد أكدت في أحد أحكامها على أنه "وإن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، فإن السلطة التشريعية إذ يعهد إليها بتنظيم موضوع معين فإن القواعد القانونية التي تصدر عنها في هذا النطاق لا يجوز أن تنال من الحقوق التي كفل الدستور أصلها سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها، وإلا كان ذلك عدواناً وإهداراً لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص". وانطلاقاً من هذا الأساس فقد قضت المحكمة بذات الحكم بعدم دستورية المادة (٥١) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، والتي كانت تنص على: "إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً. وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلا للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم". حيث قالت المحكمة الدستورية: "إن ما ورد في هذه المادة يمس روح الدستور ومبادئه بعدم مساواتها بين الخصوم ومنح أحدهم درجة تقاضي إضافية ومنعها عن الطرف الآخر، وبهذا

(١) الفقرة (٢٤) من التعليق العام رقم (٣٤).

(٢) السنهوري، عبدالرزاق، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، عمان، ١٩٩٨م، منشورات سلسلة نشر الفكر القانوني المميز، ص ٨٠.

(٣) لمزيد من التفاصيل انظر: المواد (٥، ٩، ١١، ١٤، ١٥) قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥ لسنة ٢١٠٢م.

تكون مخالفة لأحكام المادة (١/٦) من الدستور التي تنص: "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا بالعرق أو اللغة أو الدين". إضافة إلى ذلك فإنها, أي المادة (٥١) من قانون التحكيم, مخالفة أيضا للمادة (١/١٢٨) من الدستور التي تنص: "لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها"[١].

وعلى الرغم من عدم بيان الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وأغلب الدساتير المقارنة للضوابط الموضوعية والشكلية الواجب توفرها بالقاعدة القانونية المقيدة لحق الإنسان في حرية الرأي والتعبير، إلا انه وبالرجوع إلى التعليقات العامة للجنة حقوق الإنسان ولفقه القانون الدولي لحقوق الإنسان وقرارات المحاكم والتشريعات المقارنة يمكن استخلاص الضوابط الواجب توفرها بالنص القانوني المقيد لحرية التعبير والتي يمكن تقسيمها إلى: الصياغة الدقيقة للقاعدة القانونية المقيدة لحرية الفرد بالتعبير عن رأيه وسيخصص لها المطلب الأول، والصياغة الدقيقة للأحكام المتعلقة بدور جهات إنفاذ القانون في تقييد حرية التعبير والتي سيخصص لها المطلب الثاني.

المطلب الأول: الصياغة الدقيقة للقاعدة القانونية المقيدة لحرية التعبير

تؤكد لجنة حقوق الإنسان على وجوب أن تصاغ القاعدة القانونية المقيدة لحرية التعبير بدقة كافية، وبما يمكن الأفراد من ضبط سلوكهم وفقاً لها[٢]؛ وإذا كان وضوح القاعدة القانونية هو شرط عام في جميع القواعد القانونية ، إلا إنه لابد من التركيز على هذه القاعدة وتطبيقها بصورة أدق في القاعدة التي تقيد حقوق وحريات الافراد وفي مقدمتها حرية التعبير. وقد فسر المقرر الخاص المعني بحرية التعبير هذا الشرط بتأكيده على أن القاعدة المقيدة لحرية التعبير يجب أن تراعي ما يلي[٣]:

أ- يجب ألا يقوّض القيد أو الحد المفروض جوهر الحق في حرية التعبير أو يعرضه للخطر.

ب- يجب ألا تُعكس العلاقة بين الحق والحد/ القيد أو بين القاعدة والاستثناء.

ج- يجب ألا تستخدم القيود على حرية التعبير كوسيلة للرقابة السياسية أو لكبت نقد الموظفين العموميين للمسؤولين أو السياسات العامة.

---

(١) قرار المحكمة الدستورية رقم ٢٠١٣/٢ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٢١٧ بتاريخ ٢٠١٣/٤/٣. وأنظر كذلك: قرار المحكمة الدستورية رقم (١) لسنة ٢٠١٣ والقرار رقم (٤) لسنة ٢٠١٤ والقرار رقم (٢) لسنة ٢٠١٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: الفقرة (٢٥) من التعليق العام رقم (٣٤)، ومنظمة المادة ١٩، ليبيا وحماية حرية التعبير وحرية المعلومات في الدستور الجديد، ص ٤٠، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:
http://www.article19.org/resources.php/resource/37142/ar/%d9%84%d9%85
تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/٢/١٤م.

(٣) تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، المقدم في الدورة الرابعة عشر لمجلس حقوق الإنسان، بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٠، الوثيقة رقم A/HRC/14/23 ، ص ١٨.

وبالمقابل يلاحظ أن المشرع الدستوري الأردني وعند تنظيمه للقيود على الحقوق والحريات بما فيها حرية الرأي والتعبير، قد التزم بالقواعد المذكورة أعلاه؛ إذ لم يجز تقييد الحق في حرية التعبير بموجب قيد يرد بقاعدة قانونية تصدر عن السلطة التشريعية شريطة أن تؤثر في جوهر الحق في حرية التعبير أو تمس أساسياته. وتنفيذًا لهذه النصوص الدستورية فقد نظم المشرع الأردني حرية الرأي والتعبير في عدد من القوانين من أهمها قانون المطبوعات والنشر، قانون العقوبات وقانون منع الإرهاب وقانون الجرائم الالكترونية. مما يثير السؤال الأهم في هذه الدراسة والمتمثل بمدى التزم هذه التشريعات بالصياغة الدقيقة التي تضمن الالزام بالمبادئ السابق ذكرها؟

يعتبر قانون المطبوعات والنشر القانون الأساسي في تنظيم المسائل المتعلقة بحرية الرأي والتعبير؛ إذ أكد حق الإنسان في حرية الرأي والتعبير وبيان المقصود بها(١). أما بخصوص القيود فقد أوردها المشرع في المادة السابعة منه التي بينت آداب وأخلاق مهنة الصحافة والتي على الصحفي الالتزام بها، ومن ضمنها احترام الحريات العامة للآخرين وحفظ حقوقهم وعدم المس بحرمة حياتهم الخاصة، والامتناع عن نشر كل ما من شأنه التحريض على العنف أو الدعوة إلى إثارة الفرقة بين المواطنين بأي شكل من الأشكال، والتوازن والموضوعية والنزاهة في عرض المادة الصحفية.

وبالمقابل لم يتعرض قانون المطبوعات والنشر الأردني بصورة صريحة إلى مسألة الأمن الوطني كأحد القيود التي يمكن فرضها على حرية التعبير(٢)، إلا أن المشرع الأردني قد ضمن القيود الخاصة بالأمن القومي في القوانين الجزائية كقانون العقوبات وقانون منع الإرهاب وقانون الجرائم الالكترونية. فقد خصص قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني للجرائم التي تقع على امن الدولة الخارجي(٣)، فيما خصص الفصل الثاني للجرائم الواقعة على

(١) انظر المواد: ٣، ٦ من قانون المطبوعات والنشر.

(٢) انظر بنفس المعنى: كتكت، جميل، مبررات الحد من حقوق الإنسان وضماناتها القانونية، عمان: الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٩٠، ص ٢٥ وكذلك: هميسي، رضا، الإعلام الجديد بين حرية التعبير وحماية الأمن الوطني، دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي حول دور الإعلام العربي في التصدي لظاهرة الإرهاب (الرياض) ١٦-١٨ /١٢/٢٠١٤ م، ص ٢٢ وما بعدها، منشور على الموقع الالكتروني:

http://repository.nauss.edu.sa/en/handle/123456789/60022?show

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٥

(٣) حيث افرد المشرع الأردني المواد (١١٠- ١١٧) لجريمة الخيانة، أما المواد (١٢٤- ١٢٦) فقد خصصت لجريمة التجسس، فيما خصصت المواد (١١٨- ١٢٣) للجرائم الماسة بالقانون الدولي، والمواد (١٢٧- ١٢٩) لجريمة الاتصال بالعدو لمقاصد غير مشروعة، أما جريمة النيل من هيبة الدولة ومن الشعور القومي فقد خصصت لها المواد (١٣٠- ١٣٢) وأخيرا فقد خصصت المواد (١٣٣- ١٣٤) لجرائم المتعهدين.

أمن الدولة الداخلي[١]، وبدراسة هذه الجرائم يتضح أن العديد من الأفعال قد تدخل في نطاق حرية التعبير وقد اعتبرت بموجب قانون العقوبات جرائم جزائية وأهمها[٢]: جريمة تعريض المملكة لخطر أعمال عدائية أو تعكير صلاتها بدولة أجنبية، جرائم الحط من اعتبار دولة أجنبية، وجريمة القيام بأعمال ترمي إلى إضعاف الشعور القومي أو إيقاظ النعرات العنصرية أو المذهبية زمن الحرب أو عند توقع نشوؤها، وجريمة إذاعة أنباء كاذبة أو مبالغ فيها زمن الحرب أو عند توقع نشوبها من شأنها أن توهن من نفسية الأمة، وجريمة إذاعة أنباء من خارج المملكة من شأنها أن تنال من هيبة الدولة ومكانتها، وجريمة إثارة النعرات المذهبية أو العنصرية أو الحض على النزاع بين الطوائف ومختلف عناصر الأمة، وجريمة إذاعة وقائع ملفقة أو مزاعم كاذبة لإحداث التدني في قيمة أوراق النقد الوطنية أو لزعزعة الثقة بها.

أما قانون منع الإرهاب قانون منع الإرهاب رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته فقد اعتبر بموجب الفقرة (هـ) من المادة الثالثة منه أن استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أي وسيلة نشر أو إعلام أو إنشاء موقع الكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها أو القيام بأي عمل من شأنه تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية تقع عليهم، عملا إرهابيا محظورا تصل عقوبته بحدها الأدنى إلى الأشغال الشاقة المؤبدة.

كما جرم قانون الجرائم الالكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته في المادة (١٢) منه كل من دخل قصدا إلى موقع الكتروني للاطلاع على بيانات أو معلومات غير متاحة للجمهور تمس بالأمن الوطني أو العلاقات الخارجية للمملكة أو السلامة العامة أو الاقتصاد الوطني، وعاقب على هذا الفعل بالحبس مدة لا تقل عن أربعة أشهر وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠) خمسمائة دينار. ورفع العقوبة إلى الأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ألف دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف

(١) حيث أفرد المشرع الأردني المواد (١٣٥-١٣٩) للجنايات الواقعة على الدستور، والمواد (١٤٠-١٤١) لجريمة اغتصاب سلطة سياسية او مدنية أو قيادة عسكرية، المواد (١٤٢-١٤٦) لجريمة الفتنة، والمواد (١٤٧-١٤٩) للجرائم التي تنال من الوحدة الوطنية او تعكر الصفاء بين عناصر الأمة، والمواد (١٥٢ -١٥٣) المشرع الأردني المواد لجريمة النيل من مكانة الدولة المالية.

(٢) نظراً لتعدد هذه النصوص وعدم إمكانية شرحها بشكل مفصل في هذا البحث فسيكتفي الباحثان بذكرها ومحاولة استنتاج نتائج عامة بخصوصها ويحيل القارئ الكريم إلى المراجع العامة التي تبحث في جرائم امن الدولة ومنها: الفاضل، محمد، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ١٩٦٨، والجبور، محمد، الجرائم الواقعة على امن الدولة وجرائم الإرهاب الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م.

دينار إذا كان الدخول لإلغاء تلك البيانات أو المعلومات أو إتلافها أو تدميرها أو تعديلها أو تغييرها أو نقلها أو نسخها.

وبدراسة السياسة التشريعية الجزائية للمشرع الأردني في القوانين الثلاثة السابق الإشارة إليها يتبين أنه لم يلتزم بالشروط الواجب توفرها بالقاعدة القانونية كما وردت بالمعايير السابق بيانها؛ والتي أكدت على ضرورة صياغة القاعدة القانونية المقيدة لحرية التعبير بصورة دقيقة ويبدو ذلك واضحاً من خلال الخصائص التي تميزت بها هذه التشريعات والتي يمكن إيجازها بما يلي(١):

١. عدم الالتزام بدقة التعبير ووضوح الألفاظ المستخدمة لتجريم الأفعال: إذ تتصف العبارات المستخدمة في تحديد الأفعال التي تشكل جرائم امن الدولة والجرائم الإرهابية من خلال التعبير عن الرأي بالسعة والمرونة مما يضفي عليها عدم الدقة والوضوح، ويظهر ذلك جلياً من خلال استخدام كلمات فضفاضة وواسعة وغير دقيقة وغير واضحة المعالم(٢)؛ إذ تكاد تتسع لكل شيء مما يجعل تطبيقها ممكناً على الكثير من الأفعال. خلافا لنصوص التجريم الواردة في الأبواب الأخرى من قانون العقوبات والتي جاءت دقيقة التعبير واضحة الألفاظ صريحة الدلالة على المراد من النص(٣). وخير مثال على ذلك العبارة الواردة في المادة (١٥٠) من قانون العقوبات " كل كتابة وكل خطاب أو عمل يقصد منه أو ينتج عنه إثارة النعرات المذهبية". فعبارة "أو عمل" واسعة بشكل كبير فمن يستطيع تحديد الفعل الذي يندرج تحت مفهوم أي عمل؟ ومن الذي يحدد مفهوم إثارة النعرات؟ وكذلك العبارة الواردة في المادة(١٥٢) "ذات العلاقة بالثقة المالية العامة" فمن يستطيع تحديد مفهوم الثقة المالية العامة؟

(١) لمزيد من التفاصيل حول سياسة المشرع الأردني التي تنسجم مع أغلب سياسات المشرعين العرب في تجريم جرائم أمن الدولة انظر: الفاضل، محمد، محاضرات في الجرائم السياسية، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٦٣، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) انظر بذات المعنى: بريزات، موسى، حرية التعبير في الأردن: التوازن المفقود بين الحرية والأمن، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني: http:/alrai.com/article/72887.html تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٣، وأنظر كذلك: عبدالبر، فاروق، دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء وضمانات التقاضي، بدون ناشر، ٢٠٠٦، ص ٤٢.

(٣) النوايسة، عبد الإله، الجرائم الواقعة على أمن الدولة في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، ص ٦ وما بعدها.

وسار على ذات النهج قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦؛ إذ تضمن تعريف العمل الإرهابي الوارد في المادة الثانية منه تعبيرات واسعة وفضفاضة وغير محددة وخير مثال على ذلك عبارة "إلحاق الضرر بالبيئة، الإخلال بالنظام العام، تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر". بل يلاحظ أن القانون قد توسع باستخدام المصطلحات الفضفاضة التي تجرم الأفعال التي قد تدخل ضمن نطاق حرية الرأي والتعبير؛ إذ تنص المادة (٣/هـ) بوضوح على أن "الفعل الإرهابي" يشمل الآتي: "استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أي وسيلة نشر أو إعلام أو إنشاء موقع إلكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها أو القيام بأي عمل من شأنه تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية تقع عليهم". فهذا النص يحتوي كلمات وعبارات (مثل جماعة إرهابية، يسوّق، يموّل، الترويج لأفكارها) واسعة وفضفاضة وغير معرّفة في القانون وخاضعة دومًا لتفسيرات مختلفة.

٢. تجريم مجرد التفكير أو العزم على ارتكاب جرائم أمن الدولة: يتضح من دراسة النصوص السابق الإشارة إليها عدم التزام المشرع الجزائي بالسياسة التشريعية المتبعة في التجريم الجزائي بشكل عام، والمتمثلة بعدم العقاب إلا على النشاط الخارجي المحسوس الذي يتمثل بأفعال مادية ينتج عنها اضطراب اجتماعي، فلا عقاب على مجرد التفكير أو العزم على ارتكاب الجريمة أو الأعمال التحضيرية لها. أما في مجال جرائم أمن الدولة التي ترتكب في إطار حرية التعبير فقد خرج المشرع الأردني على هذه القاعدة فقد جرم في المادة (١٣٩) التآمر على ارتكاب الجرائم الواقعة على أمن الدولة بالعقوبة ذاتها المفروضة بموجبها على ارتكاب الجرم نفسه. بعد أن بين في المادة (١٠٧) أن المقصود بالمؤامرة كل اتفاق تم بين شخصين أو أكثر على ارتكاب جريمة بوسائل معينة. وقد أكد قانون منع الإرهاب على هذا الخروج على القاعدة العامة؛ إذ عاقب على المؤامرة التي تستهدف ارتكاب أي جرم من الجرائم المنصوص عليها في ذات القانون بالعقوبة ذاتها المفروضة على ارتكاب الجرم نفسه[١].

٣. الخروج على القواعد العامة المتعلقة بأحكام الاشتراك الجرمي: بالرجوع إلى قانون منع الإرهاب يتبين انه قد نص في الفقرتين (و، ز) من المادة السابعة على أحكام تشكل خروجاً على أحكام الاشتراك الجرمي الواردة في قانون العقوبات، فقد عاقبت الفقرة (و) المشترك في الجرائم الوارد النص عليها في قانون منع الإرهاب سواء كان محرضاً أو متدخلاً أو مساعداً بذات العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، فيما عاقبت على المؤامرة بالعقوبة ذاتها المفروضة على ارتكاب الجرم نفسه.

(١) المادة (٧/ ز) من قانون منع الإرهاب.

وهو ذات النهج الذي سار عليه قانون الجرائم الالكترونية الذي نص في المادة (١٤) منه على: "يعاقب كل من قام قصدا بالاشتراك أو التدخل أو التحريض على ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بالعقوبة المحددة فيه لمرتكبيها". ويلاحظ أن قانون الجرائم الإلكترونية قد توسع في تشديد العقوبات على المشتركين بالجرائم المنصوص عليها بهذا القانون حتى ولو لم تتعلق بالجرائم التي تمس أمن الدولة.

المطلب الثاني: التحديد الدقيق لدور جهات إنفاذ القانون

تعتبر دقة صياغة القاعدة القانونية التي تحدد الأدوار التي يمكن أن يقوم بها رجال إنفاذ القانون أثناء تطبيقهم للقيود المفروضة على حرية التعبير الهادف لحماية الأمن الوطني من أهم الضوابط التي تصون حق الأفراد في حرية التعبير، ولضمان سلامة ودقة صياغة القاعدة القانونية لابد ان تتصف هذه الصياغة بالآتي:

أولاً: إن لا تتضمن القاعدة القانونية أحكاما تمنح المسؤولين عن تطبيقه سلطات مطلقة أو تقديرية واسعة تسمح لهم بتقييد حرية التعبير بشكل تعسفي، لذلك تؤكد لجنة حقوق الإنسان على أهمية تضمين القانون توجيهات كافية تمكن المكلفين بتنفيذه من التحقق على النحو المناسب من أنواع التعبير التي تخضع للتقييد وتلك التي لا تخضع لهذا التقييد[١]، الأمر الذي يستدعي أن تتضمن القاعدة القانونية إرشادات كافية إلى المسؤولين عن تنفيذ تلك القوانين من أجل تمكينهم من معرفة أنواع التعبير التي يمكن تقييدها بشكل سليم وأنواع التعبير التي لا ينبغي تقييدها[٢]. بالرجوع إلى التشريعات الأردنية يتبين انه وكنتيجة مباشرة لعدم دقة صياغة النصوص التي تجرم الأفعال التي تدخل ضمن حرية التعبير لدواعي حماية الأمن الوطني من خلال استخدام مصطلحات فضفاضة وواسعة منح المسؤولين صلاحيات تقديرية واسعة لتقييد حرية التعبير، كما يظهر هذا بوضوح من خلال منح مساعدي الضابطة العدلية صلاحيات أوسع بخصوص المشتبه بهم بارتكاب جرائم أمن الدولة، فقد منح قانون محكمة أمن الدولة لمساعدي الضابطة العدلية الحق بالاحتفاظ بالمشبه بهم لمدة أسبوع[٣]، في حين منحهم قانون أصول المحاكمات الجزائية حق الاحتفاظ بالمشـتبه بهم لمـدة ٢٤ ساعة فقط[٤]، ويلاحظ على هذا النص طول مدة الاحتفاظ إذا ما قورنت بالمدة المحددة

(١) الفقرة (٢٥) من التعليق العام رقم ٣٤.
(٢) عبد الإله النوايسة، مرجع سابق، ص ٤٠.
(٣) المادة (٧/ب/١) من قانون محكمة أمن الدولة
(٤) المادة (٩٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

في قانون أصول المحاكمات الجزائية. وعلى الرغم من أن المشرع الأردني قد قيد هذا التوسع بمعيار الضرورة، إلا إن الفقه يرى بأن هذا المعيار فضفاض واسع لا ضابط له. فمن هو صاحب الصلاحية في تحديد الضرورة التي تبرر هذا الاستثناء؟ ومن يقول إنها زالت؟ ثم ما دور المدعي العام هنا؟ وأضاف الفقه بأن هذه الأسئلة وغيرها تفتقد إلى الإجابة، الأمر الذي يسير باتجاه مظنة العدالة وحرمان المشتكى عليه من حقوق الدفاع كلها أو بعضها خصوصاً وأن محكمة التمييز الأردنية ترى بأن طول مكوث المشتكى عليه لدى الضابطة العدلية إشارة إلى أن الإفادة المأخوذة منه يشوبها الشك والتعسف، مما يضعفها عند وزنها في مرحلة وزن البينة والفصل بالدعوى كبينة مقبولة للحكم بالإدانة(١).

كما أن المشرع الأردني قد توسع في الصلاحيات الممنوحة لمدعي عام محكمة أمن الدولة إذ منحه صلاحية توقيف المشتكى عليه في الجنح التي تدخل باختصاص محكمة أمن الدولة بصرف النظر عن مدة العقوبة المقررة بالقانون. وترك ذلك لتقدير المدعي العام وفقاً لمقتضيات التحقيق والتي يستقل بتقديرها وبيانها وتحديدها المدعي العام، وهذا يشكل خروجاً على القاعدة العامة الواردة في المادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي حصرت التوقيف في الجنح التي تقل عقوبتها عن سنتين بجرائم الإيذاء المقصود وغير المقصود وجرائم السرقة في حال لم يكن للمشتكى عليه موطن ومحل إقامة ثابت ومعروف(٢).

ثانياً: ملاءمة أحكام القوانين المقيدة للحق في حرية الرأي والتعبير مع أحكام الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وأهدافها وأغراضها. فيجب ألا تنتهك القاعدة القانونية أحكام عدم التمييز المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، بما في ذلك عدم تضمين القوانين جزاءات تتنافى مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان وتحديداً العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مثل

(١) المناعسة، أسامة، الوسيط في شرح قانون محكمة أمن الدولة، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص١٩. وهو ما ذكرته محمكة التمييز بقولها: إذا ثبت بموجب كتاب دائرة المخابرات العامة أنها احتفظت بالمميز في الفترة الواقعة من ١٩٩٧/١/٢٠ إلى ١٩٩٧/٣/١٧ خلافا لأحكام المادة (١٠٠) من قانون الأصول الجزائية، وثبت أيضا بأن إفادة المميز قد تم ضبطها بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٠ أي بعد انقضاء حوالي خمسين يوما من القبض عليه، فإن مثل هذا الإجراء يكون قد وقع مخالفا للقانون، لأن الاحتفاظ بالمقبوض عليه لهذه المدة الطويلة لدى الأجهزة الأمنية خلاف الأحكام المادة (١٠٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بالإضافة إلى أنه يشكل عملا تعسفيا على مقتضى المادة (١١٣) من ذات القانون فهو يثير الشك بصحة أو سلامة الإجراءات التي اتخذت خلال تلك المدة. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٩٩٨/٣٨٠ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٨/٩/٩، منشورات مركز عدالة.

(٢) المناعسة، مرجع سابق، ص٢٠.

العقوبات البدنية[١]. ويشار إلى أن الدستور الأردني ينطلق من قاعدة أساسية ورد النص عليها في المادة (١/٦) من الدستور الأردني تتمثل بمبدأ المساواة[٢]، فيما جرمت المادة (٧) منه كل اعتداء على الحقوق والحريات[٣]. ألا انه وللأسف فإن التشريعات الوطنية الأردنية وتطبيقها على أرض الواقع لا تلتزم أحيانا بمبدأ المساواة بين المواطنين من خلال محاكمة من يرتكب جرائم تتعلق بحرية التعبير وتندرج تحت جرائم أمن الدولة أمام محكمة أمن الدولة بينما من يرتكب جرائم جنائية أخرى يحاكم أمام المحاكم النظامية[٤].

ثالثاً: إتاحة القاعدة القانونية المقيدة لحرية الرأي والتعبير لعامة الجمهور، بحيث تكون سهلة المنال وملموسة وواضحة لا يكتنفها الغموض حتى يتمكن كل فرد من فهمها ويتسنى تطبيقها على الجميع[٥]. الأمر الذي يعني عدم الاكتفاء بنشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية، بل يجب أن يرافق نشرها حملة توعية وتثقيف لعموم الجمهور بما في ذلك رجال إنفاذ القانون بالأحكام المقيدة لحرية الرأي والتعبير. بالرجوع إلى الدستور الأردني يتبين أن الفقرة الثانية من المادة ٩٣ منه تنص على:" يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوما على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر."

وتنفيذا لأحكام هذه النص الدستوري فقد جاء قانون الجريدة الرسمية لينص في المادة الثانية منه على: "تؤسس جريدة رسمية في المملكة الأردنية الهاشمية باسم الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية وينشر فيها جميع القوانين والأنظمة والمقررات والأوامر والبلاغات والإعلانات الرسمية وما شابهها من المعاملات الرسمية." وبناء على النص السابق فإنه إذا ما شرَّع القانون المقيد لحرية التعبير ونشر في الجريدة الرسمية ومضت المدة المحددة فيه على هذا النشر يصبح ملزما لجميع الأشخاص وتقوم قرينة قانونية قاطعة لا يجوز إثبات عكسها تفترض علم الجميع سواء أكانوا قد علموا به فعلا أم لا، ويسري عليهم دون استثناء[٦]. وعلى الرغم من أهمية هذه القاعدة لتطبيق أحكام القوانين إلا أن

(١) الفقرة (٢٦) من التعليق رقم (٣٤).
(٢) تنص المادة (١/٦) من الدستور على: الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين".
(٣) تنص المادة (٢/٧) من الدستور على: " كل اعتداء على الحقوق والحريات العامة أو حرمة الحياة الخاصة للأردنيين جريمة يعاقب عليها القانون".
(٤) سيعالج الباحثان هذه المسألة بتوسع في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا البحث.
(٥) تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، مرجع سابق، ص ١٨.
(٦) الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الرابعة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦، ص ١٣١.

طبيعة القيود التي تفرض على حرية التعبير والدور الذي تقوم به بالحد من حرية أساسية من حريات الإنسان يتطلب دوراً استثنائياً من السلطات الثلاث تجاه القاعدة المقيدة لحرية التعبير وإفهام المواطنين لمضمونها وبذات الوقت إفهام جهات إنفاذ القانون بالدور المناط بهم لتنفيذها وفقا للقواعد المقررة لهذه القواعد.

ولعله من المفيد إعادة التركيز على أهمية إرفاق المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون (الأسباب الموجبة للقانون) مع مشروع القانون الذي ترسله الحكومة الى مجلس الأمة، فعلى الرغم من ان هذه المذكرة لا تفرض التزامات قانونية على أي من السلطات العامة والمجتمع كونها ليست جزءا من القانون، إلا إنه يستدل منها على الدوافع وراء اعتماد مشروع القانون والغاية منه؛ الأمر الذي يتيح لأعضاء السلطة التشريعية الحكم على الحاجة للقانون وسلامة أحكامه ويمهد للرأي العام للتفاعل مع القانون. خصوصا وأنه يفترض بالمذكرة الايضاحية أن توضح مدلول النص وحقيقة قصد المشرع منه، من خلال كتابتها بشيء من التفصيل يكشف عن أمور لا تذكر عادة في النصوص القانونية وبخاصة الحكمة من التشريع، بالإضافة تفسيرها لبعض الألفاظ التي قد تؤدي إلى خلاف مستقبلي لما تنطوي عليه من مرونة عند التطبيق(١).

ويذكر أن التشريعات المقيدة لحقوق الإنسان وحرياته في الأردن تعاني من مشكلتين رئيسيتين قد تساهمان بالتطبيق غير السليم لأحكام التشريعات المقيدة لحقوق الإنسان وحرياته والتي يمكن تلخيصهما بـ: (أ) كثرة التعديلات على التشريعات الناظمة لحقوق الإنسان والحريات العامة، والتي قد تعيق قدرة المواطنين وجهات إنفاذ القانون على متابعة وفهم أحكام هذه التشريعات، فمثلا تم تعديل قانون المطبوعات والنشر ثماني مرات خلال الأعوام (١٩٩٨– ٢٠١٥). (ب) منح القرارات التفسيرية التي تصدر عن الديوان الخاص بتفسير القانون مفعول القانون(٢)، بعد نشرها في الجريدة الرسمية، والتي لا تحظى عادة بتغطية إعلامية واسعة تسمح للمواطنين العلم بمضمونها وما تتضمنه من أحكام، مما ينفي إمكانية العلم الفعلي بمضمونها والإلمام بالأحكام الواردة في هذه القرارات بصورة مناسبة.

(١) مجلس الأمة الكويتي، المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ومدى إلزاميتها، منشورة على الموقع الالكتروني:
تم الرجوع الى الموقع بتاريخ: ٢٠١٧/٩/٢٦م http://www.kna.kw/clt-html5/run.asp?id=657

(٢) يتألف الديوان الخاص بتفسير القوانين وكما بينت المادة (١٢٣) من الدستور الأردني من رئيس أعلى محكمة نظامية رئيسا وعضوية اثنين من قضاتها واحد كبار موظفي الإدارة يعينه مجلس الوزراء يضاف إليهم عضو من كبار موظفي الوزارة ذات العلاقة بالتفسير المطلوب ينتدبه الوزير، ويتولى هذا الديوان الخاص تفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته إذا طلب إليه ذلك رئيس الوزراء. ويصدر الديوان الخاص قراراته بالأغلبية. ويكون لهذه القرارات مفعول القانون بعد تنشر في الجريدة الرسمية.

المبحث الثاني: تحقيق غاية مشروعة

ينبغي أن يهدف أي تقييد لحرية التعبير إلى تحقيق غاية مشروعة محمية بموجب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وقد استقر القانون الدولي لحقوق الإنسان[١] على تحديد الغايات المشروعة بما يلي: (أ)احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم. (ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة. وبدراسة الغايات التي ذكرتها الاتفاقيات الدولية كغايات مشروعة تبرر تقييد الحق في حرية التعبير، وإذا ما استثنينا الغاية المتعلقة باحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، يتبين أن الغايات الأخرى، بما فيها حماية الأمن الوطني، غايات فضفاضة وواسعة تشرّع الباب على مصرعيه لإساءة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة للسلطات العامة في هذا الخصوص؛ إذ ذكرت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان الأمن الوطني كأحد مبررات تقييد الحق في حرية التعبير بشكل عام دون أن تعرِّف مفهوم الأمن الوطني وبيان الشروط الواجب توفرها بالأعمال التي يمكن أن تهدد الأمن الوطني، ولذلك حدد الفقه الدولي لحقوق الإنسان[٢] بضرورة توفر شرطين للقول بوجود مبرر للحد من حرية التعبير بهدف حماية الأمن الوطني؛ يتمثل الأول بوجود تهديدات عامة وحقيقية ووشيكة للأمن الوطني، فيما يتمثل الثاني بعدم جواز التذرع بحماية الأمن الوطني لفرض القيود بصورة غامضة أو تعسفية وضرورة توفير ضمانات كافية وسبل انتصاف فعالة لانتهاكات حرية التعبير، وللإحاطة بمضمون هذين الشرطين سيُخصَّصُ لكل منهما مطلب مستقل.

(١) انظر: الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والفقرة الثانية من المادة (٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان والفقرة الثانية من المادة من (١٣) اتفاقية حقوق الطفل، والتي ذكرت جميعها جواز إخضاع حرية التعبير لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية لحماية الأمن القومي.

(٢) أنظر المبدأ (٢٩) من مبادئ سيراكوزا، المبدأ (٢،٢) من مبادئ كامدن، ص٥، علماً بأن مبادئ كامدن تمثل تفسيراً تقدمياً للقانون والمعايير الدولية والممارسات الدولية المقبولة كما تنعكس في القوانين الوطنية وأحكام المحاكم الوطنية والمبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل المجتمع الدولي، والتي تم إعدادها من قبل المنظمة ١٩استناداً إلى المناقشات التي شارك بها مجموعة من المسؤولين رفعي المستوى في الأمم المتحدة وخبراء من المجتمع المدني وأكاديميون متخصصون في قانون حقوق الإنسان الدولي حول مواضيع حرية التعبير والمساواة في اجتماعين عقدا في مدينة لندن عامي ٢٠٠٨ و٢٠٠٩. ، وانظر كذلك:

Article 19 :The right to freedom of expression under international law available at:
https://www.article19.org/resources.php/resource/37377/en/annex:-international-freedom-of-expression-standards-relating-to-the-guardian-newspaper%E2%80%99s-reporting-of-the-snowden-disclosures.. تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ: ٢٠١٧/١/١٢

المطلب الأول: وجود تهديدات عامة وحقيقية ووشيكة للأمن الوطني

على الرغم من عدم تحديد كل من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان للصفات الواجب توفرها بالخطر المحدق بالأمن الوطني والذي يصلح كقيد على حرية التعبير، إلا أن الفقه الدولي لحقوق الإنسان قد اشترط لتقييد حرية التعبير لدواعي الأمن الوطني بأن يشكل هذا التعبير تهديداً عاماً وحقيقياً ووشيكاً للأمن الوطني. ويقصد بالتهديد العام أن يمس الخطر كيان الدولة كاملاً، فإذا كان الخطر ينصب على جزء يسير من الدولة أو لا يشكل خطرا على سلامة جميع أراضي الدولة فإنه لا يعتبر تهديداً شاملاً، أما التهديد الحقيقي فيقصد به أن يمس أمن الدولة بصورة فعلية بأن يهدد سلامة أراضي الدولة أو مواطنيها أو استقلالها السياسي، أما الخطر الوشيك فيقصد به توقع الخطر مباشرة بعد تعبير الفرد بخصوص مسألة ما. لذلك نجد لجنة حقوق الإنسان تعتبر أن ممارسة حرية التعبير تمثل تهديداً عاماً وحقيقياً ووشيكاً للأمن الوطني سواء تضمن تهديداً لوجود الأمة، أو تهديداً لسلامة أراضي الدولة، أو تهديداً لاستقلال الدولة السياسي، بغض النظر أكان التهديد خارجياً كالتهديد العسكري، أم داخلياً كأعمال الجاسوسية والحصول على الأسرار العسكرية أو التحريض على الإطاحة العنيفة بالحكومة. ولذلك فإنه لا يسمح فرض أي قيود على التعبير أو المعلومات فقط بسبب أنها تنتقد الحكومة أو النظام السياسي أو الاجتماعي الذي ترعاه الحكومة. ولذلك اعتبرت لجنة حقوق الإنسان أن التقييد الذي فرض على إصدار بيان لدعم منازعة عمالية، بما في ذلك الدعوة إلى إضراب وطني، غير جائز بالاستناد إلى أسباب حماية الأمن الوطني(١).

يستخلص مما سبق عدم جواز الاحتجاج بالأمن الوطني لتقييد حرية التعبير في حال كانت التهديدات محلية أو معزولة نسبياً(٢). بمعنى انه لا يجوز أن يكون الأمن الوطني أساسا لفرض القيود إلا في حال توقع الخطر الذي يهدد البلاد كلها، أما القيود التي تُفرَضُ للوقاية من التهديدات التي يمكن حصرها أو عزلها بموجب أحكام القوانين النافذة فلا تصلح أن تكون مبرراً لتقييد الحق في حرية التعبير. ولا تعتبر مصلحة الأمن الوطني شرعية إذا كان الغرض الحقيقي والأساسي منها هو حماية مصلحة لا علاقة لها بالأمن الوطني، مثل حماية الحكومة أو المسؤولين من الإحراج أو التعرض لتصرفات خاطئة حول إخفاء معلومات، وانتهاكات لحقوق الإنسان، أو أي مخالفات أُخرى ضد القانون أو أداء المؤسسات

(١) الفقرة ٣٠ من التعليق ٣٤. ولمزيد من التفاصيل حول توضيح الأوضاع التي تشكل مساساً بالأمن الوطني أنظر:
Smith, Rhona. K. M., International Human Rights, 5th edition, New York: Oxford University Press, 2012, p 308.

(٢) المبدأ رقم (٣٠) من مبادئ سيراكوزا.

العامة أو محاولة تعزيز أو تكريس فائدة سياسية معينة، أو حزب، أو أيديولوجية، أو قمع الاحتجاجات المشروعة(١).

وفي محاولة لتحديد الأفعال التي تشكل خطرا على الأمن الوطني من خلال ممارسة حرية التعبير فقد حددت المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات "(مبادئ تشواني)" المعلومات التي يجوز حجبها بموجب القانون لحماية الأمن الوطني وهي(٢): (أ) معلومات حول خطط وعمليات وقدرات دفاعية مستمرة، وطوال فترة المنفعة العملية للمعلومات. (ب) معلومات عن الإنتاج، والقدرات، أو استخدام نظم الأسلحة والأنظمة العسكرية الأخرى، بما في ذلك أنظمة الاتصالات. (ج) معلومات تتعلق بالتدابير المحددة لحماية أراضي الدولة والبنية التحتية الحرجة، أو المؤسسات الوطنية الحساسة، ضد التهديدات أو استخدام القوة أو التخريب، والفعالية التي تعتمد على السرية. (د) معلومات تتعلق، أو متأتية من العمليات، ومصادر، وأساليب أجهزة المخابرات، بالقدر الذي تتعلق به بمسائل الأمن الوطني. (هـ) معلومات بشأن المسائل الأمنية الوطنية التي تم توفيرها من قبل دولة أجنبية أو هيئة حكومية دولية مصحوبة بتوقع صريح من السرية؛ والاتصالات الدبلوماسية الأخرى بقدر ما تتعلق بمسائل الأمن الوطني.

بالرجوع إلى التشريعات الأردنية يتضح أنها تقيد حرية التعبير وتعاقب من يمارس مثل هذه الأفعال بعقوبات جزائية بحجة أنها تشكل خطرا على الأمن الوطني بمجرد صدور هذه التعبيرات دون أن تحدد الشروط الموضوعية الواجب توفرها بالفعل الذي يدخل ضمن حرية التعبير بأن تشترط ان يترتب على هذا الفعل تهديدًا عامًا وحقيقيًا ووشيكًا للأمن الوطني. فكأن المشرع الأردني قد افترض أن مجرد التعبير عن الرأي يشكل خطراً عاماً وحقيقيا ووشيكاً على الأمن الوطني، فلم يشترط أن يترتب على فعل التعبير عن الرأي خطر عام وحقيقي ووشيك، وهذا افتراض غير مبني على أسس حقيقية وواضحة مما يستدعي إعادة النظر بهذه التشريعات التي تجرم بعض الأفعال التي تمثل تعبيراً عن الرأي وتحديداً قانون العقوبات وقانون منع الإرهاب وقانون الجرائم الإلكترونية.

(١) انظر تعريف المصلحة المشروعة كما وردت في التعريفات الواردة في مبادئ تشواني، مرجع سابق.
(٢) المبدأ رقم (٩) من المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات (مبادئ تشواني).

المطلب الثاني: توفير ضمانات كافية وسبل انتصاف فعالة لوقف انتهاكات حرية التعبير

يستدعي التطبيق السليم لتقييد حرية التعبير ألا تفرض القوانين قيودا تعسفية أو غير مقبولة، وألا تستخدم كوسيلة للرقابة السياسية أو لكبت نقد الموظفين العموميين المسؤولين أو السياسات العامة(١). كما لا بد من توفير ضمانات كافية وسبل انتصاف فعالة ضد الانتهاكات التي تقع بحجة الحفاظ على الأمن الوطني. فلا يمكن معاقبة الشخص تحت مبررات الأمن القومي بسبب كشفه عن معلومات إذا لم يؤد الكشف عن هذه المعلومات الى إلحاق ضرر فعلي بمصلحة مشروعة تتعلق بالأمن القومي وكان الضرر الحاصل بسبب الكشف عن المعلومات يفوق المصلحة المتأتية من نشر هذه المعلومات(٢). فعلى سبيل المثال فقد وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عدم سلامة احتجاج الدولة المدعى عليها بأنها بحاجة إلى تقييد توفر أطباق الستالايت من أجل أن تحمي الاتصالات الفضائية السرية كونها لم تتمكن من تقديم أي دليل على أن تلك الإشارات يمكن التقاطها من خلال أطباق الستالايت الاعتيادية(٣).

يتضح من دراسة التشريعات الجزائية الأردنية استخدام المشرِّع لنصوص عامة تتصف بعدم دقة التعبيرات، وبذات الوقت تمنح سلطات واسعة للقائمين على تنفيذ القوانين، الأمر الذي قد يؤدي إلى فرض إجراءات تعسفية، ومما يزيد من خطورة هذه الإجراءات عدم توفر الضمانات الكافية للمحاكمة العادلة في بعض الحالات لمن يتهم بارتكاب هذه الجرائم، وخير دليل على ذلك سلب المشرِّع الجزائي ولاية النظر في جرائم الرأي والتعبير التي تمس الأمن الوطني من اختصاص القضاء العادي وجعلها من اختصاص محكمة أمن الدولة التي توصف بأنها محكمة خاصة. فعلى الرغم من أن المشرِّع الدستوري قد خطا خطوة ايجابية باتجاه قصر محاكمة الأشخاص أمام المحاكم النظامية؛ إذ نصت المادة (٢/١٠١) على عدم جواز محاكمة أي شخص مدني في قضية جزائية لا يكون جميع قضاتها مدنيين، ويستثنى من ذلك جرائم الخيانة والتجسس والإرهاب وجرائم المخدرات وتزييف العملة، إلا إن هذا النص لم يوفر الحماية للأشخاص الذين يمارسون حقهم في حرية الرأي والتعبير؛ فبسبب المصطلحات الواسعة والفضفاضة في قانوني العقوبات وقانون منع الإرهاب فإن الكثير من الإعلاميين والمواطنين سيجدون أنفسهم يمثلون أمام مدعي عام محكمة أمن الدولة على اعتبار أن ما صدر عنهم مجرم بموجب قانون منع الإرهاب أو قانون العقوبات في جرائم امن الدولة، ويؤكد الفقه على أن مثول المدنيين أمام محكمة خاصة لا يوفر لهم القدر الكافي من الضمانات والحقوق التي تمنحها لهم قواعد الأصول العادية أمام

(١) تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) منظمة المادة ١٩، ليبيا وحماية حرية التعبير وحرية المعلومات في الدستور الجديد، ص ٤١.

(٣) قضية اوترنك ضد سويسرا (٢٢ مايو ١٩٩٠ طلب رقم ٨٧/١٢٧٢٦، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان).

محاكم القضاء العادي لأن المحاكم الخاصة تتبع قواعد استثنائية وأصولاً خاصة في إجراءات الملاحقة والادعاء والتحقيق والمحاكمة[١].

ويذكر أن المشرِّع الأردني قد أدخل تعديلا هامًا على قانون المطبوعات والنشر بموجب القانون المعدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٢، أكَّد فيه على أن جميع الجرائم التي ترتكب خلافا لأحكام قانون المطبوعات والنشر وجميع الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها، وخلافاً لأحكام أي قانون، يتم النظر فيها من قبل غرفة قضائية متخصصة لقضايا المطبوعات والنشر تنشأ في كل محكمة بداية، بل إن القانون نزع اختصاص محكمة أمن الدولة بالنظر في جرائم النشر المرتكبة بواسطة وسائل الإعلام من خلال النص على أن غرفة قضايا المطبوعات والنشر لدى محكمة بداية عمان تختص دون سواها بالنظر في هذه الجرائم. وقد لاقى هذا التعديل ترحيبا واسعا من قبل المنظمات الحقوقية ورجال الإعلام كونه قد أنهى الخروج على القواعد العامة للاختصاص القضائي وإعادة محاكمة من يرتكب جريمة تتعلق بحرية الرأي والتعبير أمام القضاء المدني، مما يشكل التزاما بأحد أهم ضمانات المحاكمة العادلة والمتمثل بمثول من يرتكب أيَّاً من جرائم المطبوعات والنشر أمام قاضيه الطبيعي.

إلا إن عام ٢٠١٥م قد شهد تراجعا عن مضمون القانون المعدل لقانون المطبوعات والنشر بإصدار الديوان الخاص بتفسير القوانين قراره التفسيري رقم (٨) لسنة (٢٠١٥)[٢]، والذي جاء ليؤكد على أن جرائم الذم والقدح المرتكبة بواسطة المواقع الالكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي ينطبق عليها قانون الجرائم الإلكترونية وقانون أصول المحاكمات الجزائية وليس قانون المطبوعات والنشر، مما ترتب عليه إمكانية محاكمة مرتكبي الجرائم المتعلقة بحرية التعبير أمام محكمة أمن الدولة وتوقيف وحبس الصحفيين بناء على هذين القانونين.

(١) الفاضل، محاضرات في الجرائم السياسية، ص ١٠٠. وعوض، رمزي رياض، القيود الواردة على حرية التعبير، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٦ وما بعدها.

(٢) إذ خلص الديوان الخاص بتفسير القوانين بموجب هذا القرار أنّ جرائم الذم والقدح المرتكبة أو المقترفة خلافاً لأحكام المادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي تسري عليها هذه المادة والمادة (١١٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وليس المادتين (٤٢) و (٤٥) من قانون المطبوعات والنشر. (تم نشر القرار في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٣٦٧) ص (٨٩٩١) بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٩م.)

وقد برر الديوان قراره بأنّ قانون المطبوعات والنشر وفيما يخص الجرائم المقترفة من خلال المطبوعات الدورية والصحيفة اليومية المطبوعة أو غير المطبوعة والمطبوعة الإلكترونية هو قانون عام. فيما يعتبر قانون الجرائم الالكترونية قانوناً خاصاً فيما يتعلق بالجرائم المقترفة وفقاً للنصوص المستحدثة فيه. وتطبيقًا للمادة (٢/٥٧) من قانون العقوبات والتي نصت على "أنه إذا انطبق على الفعل وصف عام ووصف خاص أخذ بالوصف الخاص" فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الجرائم الإلكترونية بوصفه القانون الخاص.

وتنبع خطورة هذا القرار بأنه قد ألغى عمليا الأحكام التي جاء بها القانون المعدل لقانون المطبوعات والنشر، التي حظرت توقيف الأفراد على جميع الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها خلافاً لأحكام أي قانون بما في ذلك قانوني منع الإرهاب والجرائم الإلكترونية باعتبارهما قانونين خاصين، وأوجبت محاكمة من يرتكب هذه الجرائم أمام المحاكم النظامية. هذا وقد وجه لهذا القرار انتقادات من المؤسسات الحقوقية والعاملين في القطاع الإعلامي كونه أعاد محاكمة الإعلاميين ومرتكبي الجرائم الإعلامية إلى محكمة امن الدولة، خصوصاً وأنهم وصفوا هذا القرار بأنه مخالف لأحكام التشريعات النافذة بالمملكة بالاستناد إلى الحجج التالية[١]:

١. لقد نص مطلع المادة (٤٢) من قانون المطبوعات والنشر على العبارة التالية: "على الرغم مما ورد في أي قانون آخر"، مما يعني أن المشرع الأردني قد جعل الأولوية في التطبيق لأحكام هذه المادة عند تعارضها مع أي حكم يرد في قانون آخر.
٢. تضمنت المادة (٤٢) من قانون المطبوعات والنشر الأحكام الإجرائية المتعلقة بمحاكمة الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها وخلافاً لأحكام أي قانون بما في ذلك عدم جواز حبس الصحفيين، ويستنتج من هذا النص أن المشرع قد رغب بالخروج على الأحكام العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية مما يعني أن قانون المطبوعات العامة والنشر قانونا خاصاً.
٣. نصت المادة (٣٨) من قانون المطبوعات والنشر في الفقرة (د) منها على حظر نشر كل ما يشتمل على ذم أو قدح أو تحقير للأفراد أو يمس حرياتهم وقد عاقب القانون ذاته على مخالفة هذه المادة، مما يعني أن الأولى بالتطبيق أحكام المادة (٤٢) من ذات القانون التي حظرت توقيف من يرتكب هذه الجرائم وبينت الإجراءات الواجب إتباعها.

(١) المركز الوطني لحقوق الإنسان، تقرير أوضاع حقوق الإنسان في المملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠١٥، عمان،٢٠١٦، ص ٨٥.

ويضيف الباحثان أن هذا القرار قد خلط بين مضمون كل من الأحكام الموضوعية والإجرائية الناظمة لهذه المسألة؛ ففيما يتعلق بالأحكام الموضوعية المتعلقة بالجرائم فما من شك أنه إذا كان هناك اختلاف بين ما ورد بقانون المطبوعات والنشر وقانون الجرائم الإلكترونية فإن الأولوية للتطبيق ستكون لقانون الجرائم الإلكترونية. أما بخصوص الأحكام الإجرائية فبالرجوع إلى قانون الجرائم الالكترونية يتضح انه لم يتضمن أي نصوص تعالج مسألة توقيف مرتكبي الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها، كما لم تحدد الإجراءات التي تتبع من قبل النيابة العامة أو المحكمة. مما يعني أن السؤال الذي يحتاج لإجابة هو أي من القانونين هو القانون الخاص بخصوص هذه المسألة هل هو قانون اصول المحاكمات الجزائية ام قانون المطبوعات والنشر؟ وما من شك أن الإجابة ستكون بأن قانون المطبوعات– وتحديدا ما ورد في المادة (٤٢) – هو القانون الخاص، أي أن التطبيق السليم لأحكام التشريعات الأردنية النافذة تحظر وتوقيف مرتكبي الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها وخلافاً لأحكام أي قانون ومحاكمتهم أمام محكمة امن الدولة.

ويؤكد الباحثان أن السؤال المقدم من الحكومة للديوان والقرار الصادر عنه لا يدخل ضمن اختصاص الديوان كما حدده الدستور الأردني وهو تفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته، وليس تحديد النص الواجب التطبيق، فما من شك أن هذا الطلب يدخل في صلب العمل القضائي البحت، وما يؤكد ذلك أن نص قرار ديوان التفسير لم يتضمن تفسير نص مادة معينة وبيان مدلول وتوضيح المصطلحات الواردة في القانونين وإنما انصب على تحديد النص القانوني الواجب التطبيق بوصفه عمل قضائي بحت.

ويخلص الباحثان إلى أن مضمون هذا القرار والنتائج التي ترتبت عليه تؤكد على أن تشكيل الديوان الخاص بتفسير القوانين والمهام المسندة له قد أضحت بحاجة إلى مراجعة خصوصا فيما يتعلق بتشكيلة الديوان الذي يتضمن اثنين من موظفي الإدارة العامة، مما يعني ارتفاع تمثيل الإدارة العامة بهذا الديوان خصوصا وأن قرارات الديوان تؤخذ بأغلبية أعضائه الخمسة. والأولى أن تستند هذه المهمة إلى جهة قضائية بالكامل، خصوصا وأن قراراته تكتسب مفعول القانون بعد نشرها بالجريدة الرسمية، مما يعني صعوبة تجاوز مفعول القرار إلا من خلال صدور قانون معدل يمر بكافة المراحل الدستورية. كما أن منح الدستور للقرار التفسيري قيمة القانون يعني عملياً منح الديوان صلاحية تقييد الحق بحرية التعبير بصورة مخالفة للقاعدة الأصولية المتمثلة بعدم جواز ذلك إلا بقانون صادر عن السلطة التشريعية الأصيلة بهذا الاختصاص. ناهيك عن أن النص الدستوري الحالي قد قصر صلاحية طلب تفسير أي

نص قانون برئيس الوزراء فقط وحرم باقي السلطات من هذا الحق مما يشكل تغليبا للسلطة التنفيذية على باقي السلطات.

المبحث الثالث: مبدأ الضرورة والتناسب

يتبين من القراءة المتأنية للاتفاقيات الدولية التي سبقت الإشارة إليها أن الدولة ملزمة بأن تضمن أن تكون القيود المفروضة على حرية الرأي والتعبير ضرورية لحماية الأمن الوطني وأن تجتاز اختبار التناسبية. وللإحاطة بمضمون هذا المبدأ سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص الأول لمبدأ ضرورة القيد لحماية الأمن الوطني فيما سيخصص المطلب الثاني لمبدأ التناسب بين القيد لحماية الأمن الوطني والحد من حرية التعبير.

المطلب الأول: مبدأ ضرورة القيد لحماية الأمن الوطني

يقصد بهذا المبدأ أن التقييد لحرية التعبير يجب أن يقرر لوجود "حاجة اجتماعية ملحة، فقد أكدت لجنة حقوق الإنسان بأن على الدولة التي تحتج بأساس مشروع لفرض قيود على حرية التعبير أن تثبت بطريقة محددة وخاصة بكل حالة على حدة الطبيعة المحددة للتهديد، وضرورة الإجراء المعين المتخذ ومدى تناسبه، ولاسيما بإقامة صلة مباشرة وواضحة بين التعبير والتهديد[١]. هذا ويلاحظ أن الاتفاقيات الدولية لم تشر إلى ضرورة القيد في المجتمع الديمقراطي[٢] عندما سمحت بتقييد حرية التعبير كما اشترطت ذلك بالنسبة لتقييد حقوق أخرى؛ لذلك نجد أن نص المادة (١٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وعند تحديده في الفقرة الثالثة لقواعد تقييد حرية التعبير والحد منها لم تتطلب ما تطلبته المادة (١٤) المتعلقة بالحق في محاكمة عادلة، والمادة (٢١) المتعلقة بالحق في حرية التجمع السلمي، والمادة (٢٢) المتعلقة بالحق في تكوين الجمعيات والانضمام إليها، والتي اشترطت جميعها أن تكون القيود المفروضة عليها ضرورية في المجتمع الديمقراطي، الأمر الذي يشير بوضوح لدور حرية التعبير في تعزيز وتنمية الديمقراطية في الدولة، بينما باقي الحقوق فان أي تقييد يفرض عليها يجب أن يكون متفقا مع قيم الدول الديمقراطية.

وينظر لهذا القيد بوصفه القيد الأكثر حسماً وهو الأساس الذي يمكن من خلاله تبرير القيد من عدمه، ويقصد بالضرورة أن تكون هناك حاجة ملحة لفرض القيد على حرية التعبير لحماية الأمن الوطني، على أن يثبت الطرف الذي يفرض القيد أن هناك صلة مباشرة وفورية بين التعبير والمصلحة

(١) فقرة (٣٥) من التعليق العام رقم (٣٤).

(٢) لمزيد من التفاصيل حول أهمية حرية التعبير للنظم الديمقراطية أنظر:

Vollenhoven, WJ Van, The Right to Freedom of Expression: The mother of our Democracy, Potchefstroom Electronic Law Journal, 2015: Vol.(18), No.6, pp 2304- 2305.

المحمية. وينبغي أن يصمم التدبير بما يضمن تقييد الحق في حرية التعبير بأقل قدر ممكن، فإذا كان هناك عدة خيارات لحماية مصلحة مشروعة معينة فينبغي اختيار الخيار الأقل تقييداً للحق في حرية الرأي والتعبير. ولذلك فإنه يشترط أن لا تكون القيود شديدة العمومية.

وقد شدد المقرر الخاص لحرية التعبير على الفقرة ٥(ع) من قرار مجلس حقوق الإنسان رقم (١٦/١٢) والقاضي بعدم السماح بفرض قيود على الجوانب التالية[١]: (أ) مناقشة السياسات الحكومية والنقاش السياسي، والإبلاغ عن حقوق الإنسان، وأنشطة الحكومة والفساد في الحكومة، والاشتراك في الحملات الانتخابية أو المظاهرات السلمية أو الأنشطة السياسية لأغراض منها الدعوة إلى السلام أو الديمقراطية، والتعبير عن الرأي والاختلاف، والمجاهرة بالدين أو المعتقد، بما في ذلك من قبل الأشخاص الذين ينتمون إلى أقليات أو إلى فئات ضعيفة. (ب) التدفق الحر للمعلومات والأفكار، بما في ذلك ممارسات مثل حظر نشاط' أو إغلاق وسائط الإعلام المطبوعة أو غيرها من وسائط الإعلام، والتعسف في استخدام التدابير الإدارية والرقابة. (ج) الوصول إلى تكنولوجيات المعلومات والاتصالات واستخدامها، بما فيها: الإذاعة والتلفزة وشبكة الإنترنت.

بالرجوع إلى التشريعات الأردنية يتبين انها لم تشر إلى هذه الضمانة على الرغم من أهميتها، إذ أن التشريعات الوطنية والتي قيدت الحق في حرية التعبير لدواعي حماية الأمن الوطني لم تتضمن الإشارة المباشرة لهذا الضابط، حيث تعاقب هذه التشريعات على الأفعال حتى ولو لم تكن وقت ارتكابها تشكل خطرا على الأمن الوطني بحيث لا يشكل العقاب عليها ضرورة لحماية الأمن الوطني بمفهومه الواسع. وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات وقانون منع الإرهاب وتحديدا الجرائم التي يمكن أن ترتكب في إطار حرية التعبير يتبين أنها لم تشر لا من قريب أو بعيد إلى وجود خطر عام وحقيقي ووشيك للأمن الوطني، مما يعني عملياً إمكانية تطبيق هذه النصوص حتى مع عدم وجود حالة من الخطر العام تستدعي الدفاع عن أمن الوطن[٢].

(١) الفقرة ٨١ من تقرير المقرر المعني بحرية التعبير.

(٢) أنظر على سبيل المثال مادة (٣/أ/هـ) من قانون منع الإرهاب رقم ١٨ لسنة ٢٠١٤، وكذلك المواد (١٢٢،١٣٢،١٥٠) من قانون العقوبات والمادة (١١) من قانون الجرائم الإلكترونية.

المطلب الثاني: مبدأ التناسب بين القيد لحماية الأمن الوطني والحد من حرية التعبير

يقصد بمبدأ التناسب أن تفوق الفائدة التي تنتج عن تقييد حرية التعبير الضرر على الذي يلحق بحرية التعبير[١]. وقد أكدت لجنة حقوق الإنسان في تعليقها العام رقم (٣٤) على ضرورة أن تتماشى التدابير التقييدية مع مبدأ التناسب، فيجب أن تكون مناسبة لتحقيق وظيفته الحمائية، ويجب أن تكون أقل الوسائل تدخلاً مقارنة بغيرها من الوسائل التي يمكن أن تحقق النتيجة المرجوة[٢]. وقد أكد المقرر المعني بحرية التعبير على ضرورة أن يتناسب القيد مع الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه وألا يكون أكثر تقييدا مما يلزم لتحقيق الغرض المنشود، ويقع عبء إثبات مشروعية فرض الحد أو القيد وضرورة ذلك على الدولة[٣].

ويقتضي مبدأ التناسب بين القيد لحماية الأمن الوطني والحد من حرية التعبير أن يكون هناك تناسب بين الضرر الحاصل بسبب الإجراء المتخذ لتقييد حرية التعبير وحماية الأمن الوطني، بمعنى ألا يزيد الضرر الحاصل على حرية التعبير عن المنافع التي تتحقق في حال تقييده لحماية الأمن الوطني، فعلى سبيل المثال لا يمكن قبول القيد الذي يدّعى أنه يهدف لحماية الأمن الوطني في حال أضر ذلك القيد بشكل كبير بحرية التعبير دون أن يكون له دور هام في حماية الأمن الوطني. وبذات الوقت يجب أن يتم تقييد حرية التعبير بأقل الوسائل المتوفرة تقييداً، فلا يجوز اللجوء إلى تقييد حرية التعبير في حال وجود وسيلة أخرى فعالة وتؤدي إلى فرض قيود أقل على حرية التعبير.

لذلك نجد المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات تؤكد على وجوب أن يحدد القانون فئات ضيقة من المعلومات التي يمكن حجبها لأسباب الأمن الوطني[٤]، وبينت أنه في مجال تحقيق التوازن بين المخاطر من الضرر الناجم عن المصلحة العامة في الكشف، ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار إمكانية تخفيف أي ضرر من الإفصاح، بما في ذلك الوسائل التي تتطلب نفقات معقولة من الأموال وذكرت قائمة توضيحية من العوامل التي ستساعد في تقرير ما إذا كانت المصلحة العامة تقتضي الكشف لأن حجم خطر الضرر الناجم عنه يفوق عدم الإفصاح عنه، وقسمت المعلومات إلى ثلاثة أقسام:

(١) المبدأ (١١/ ذ) من مبادئ كامدن حول حرية التعبير والمساواة، ص ٩.

(٢) فقرة (٣٤) من التعليق (٣٤).

(٣) تقرير المقرر المعني بحرية التعبير، ص ١٨.

(٤) المبدأ (٣/ج) من المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات (مبادئ تشواني).

القسم الأول: معلومات يفضل الكشف عنها وأهمها المعلومات التي تتعلق بالمواضيع التالية: (أ) تعزيز النقاش المفتوح في الشؤون العامة. (ب) تعزيز مساءلة الحكومة. (ج) المساهمة في إثراء النقاش الإيجابي والعلم بالقضايا الهامة أو المسائل ذات الاهتمام الخطير. (د) تعزيز الرقابة الفعالة على الإنفاق من الأموال العامة. (هـ) الكشف عن أسباب قرار الحكومة. (و) المساهمة في حماية البيئة. (ز) الكشف عن التهديدات المتعلقة بالصحة العامة أو السلامة العامة. (ح) الكشف عن انتهاكات حقوق الإنسان أو القانون الإنساني الدولي أو تساعد على إنشاء نظام مساءلة فعال.

القسم الثاني: معلومات يفضل عدم الكشف عنها لأنه من المرجح أن يشكل الكشف عنها خطراً حقيقياً وواضحاً للأمن القومي.

القسم الثالث: المعلومات التي ليست لها صلة بالأمن القومي؛ وهي المعلومات التي يسبب الكشف عنها فقدان الثقة في الحكومة أو مسؤول أو إحراجًا لهما، أو يسبب الكشف عنها إضعاف حزب سياسي أو أيديولوجية معينة.

يستخلص من التقسيم السابق للمعلومات من قبل القائمين على إعداد المبادئ العالمية للأمن القومي والحق في المعلومات، أن هناك نوعاً من المعلومات تستدعي طبيعتها أن يطلع الفرد عليها وان يسمح له بمناقشتها والتعبير عن رأيه حيالها؛ لما لها من أهمية بالغة في تعزيز مسيرة الدولة الديمقراطية وبما يعزز من حق الأفراد بالمشاركة بإدارة الشأن العام والكشف عن انتهاكات حقوق الإنسان ووقفها، مما يؤدي بالنهاية إلى الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد بجميع أشكاله. ويؤخذ على هذه المبادئ عدم ذكرها لأمثلة توضح القسم الثاني والمتعلقة بالمعلومات التي يشكل الحصول عليها ومناقشتها والتعبير عن الرأي حيالها خطراً على الأمن الوطني. كما يستخلص من هذا التقسيم أن واضعي المبادئ قد اعتبروا أن الاطلاع على القسم الأول من المعلومات والتعبير عن الرأي حيالها لا يشكل خطرا على الأمن الوطني بل أن الموازنة بين السماح بالتعبير عن الرأي حيالها أو منع ذلك لحماية الأمن الوطني يميل لصالح حرية التعبير نظراً لعدم تحقيق مبدأ التناسب. أما القسم الثاني فإن الموازنة بين حرية التعبير والأمن الوطني يميل لصالح الأمن الوطني وبالتالي لا يجوز التعبير عنها.

وقد أكدت لجنة حقوق الإنسان على ضرورة أن لا يقتصر احترام مبدأ التناسب في القانون الذي يحدد إطار القيود فقط، بل يجب أن يمتد ليشمل تطبيقه من السلطات الإدارية والقضائية. ويجب أن يراعي مبدأ التناسب شكل التعبير موضوع النقاش فضلاً عن وسائل نشره. وعلى سبيل المثال يولي العهد

الدولي أهمية بالغة بشكل استثنائي للتعبير الحر في حالات النقاش العام الذي يتناول في مجتمع ديمقراطي شخصيات موجودة في المجال العام والسياسي[١].

ويتبين من الرجوع إلى التشريعات الأردنية أن قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١ قد تولى تحديد المعلومات التي يحق للعموم الإطلاع عليها من عدمه، إذ قسم الوثائق الى: أسرار ووثائق محمية والتي تتضمن ثلاثة أقسام[٢]: سري للغاية، سري، محدود. وقد حدد القانون الأسرار والوثائق بالاستناد إلى طبيعة المعلومات التي تتضمنها الوثيقة، وقد حظر القانون لغير المعنيين الإطلاع على الوثائق التي تصنف ضمن الوثائق المحمية، أما القسم الثاني فهي التي يجوز الاطلاع عليها وأطلق عليها وصف وثائق عادية[٣].

وبدراسة تصنيف القانون للوثائق المحظور الاطلاع عليها يتبين أنه قد احتوى على فئتين من الوثائق: الفئة الأولى يتفق حظرها مع المعايير الدولية والتي لا يختلف على ضرورة حمايتها لتعلقها بالأسرار العسكرية التي يجب أن تبقى بعيدة عن التداول العام، كالمعلومات والوثائق المتعلقة بوسائل الاستخبارات العسكرية أو المخابرات العامة أو الاستخبارات المعاكسة أو مقاومة التجسس أو أية معلومات تؤثر في مصادر الاستخبارات العسكرية والمخابرات العامة أو المشتغلين فيها، والمعلومات الهامة المتعلقة بالأسلحة والذخائر أو أي مصدر من مصادر القوة الدفاعية التي يشكل إفشاؤها خطراً على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي[٤].

أما الفئة الثانية فلا يتفق حظرها مع المعايير الدولية بسبب عدم تعلقها المباشر بالأمن الوطني؛ ومنافاة حظرها مع حق الأفراد في الحصول على المعلومات التي ورد النص عليها في قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات، ويستند الباحثان في هذا الرأي إلى الأسباب الآتية: (أ) تضمين القانون لبعض المحظورات التي لا تتعلق بالأمن الوطني مثل أية معلومات أو وثيقة محمية تضر بسمعة أي شخصية رسمية[٥]، وأية خطة ذات علاقة بإجراءات الأمن الداخلي سواء كانت اقتصادية إنتاجية أو تموينية أو عمرانية أو نقلية[٦]. وأية وثائق تتعلق بتحقيق إداري أو جزائي أو محاكمات أو عطاءات أو

(١) الفقرة (٣٤) من التعليق (٣٤).

(٢) انظر المواد : (٣،٦،٨) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

(٣) انظر المادة (١٠) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة

(٤) انظر: الفقرات (د، هـ) من المادة (٣) والفقرات (ج، د) من المادة (٦) والفقرات (ج، هـ) من المادة (٨) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

(٥) الفقرة (و) من المادة (٨) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

(٦) الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

شؤون مالية أو اقتصادية عامة ما لم يكن إفشاء مضمونها مسموحاً به[١]. (ب) تضمين قانون حماية أسرار ووثائق الدولة بعض العبارات الفضفاضة التي يمكن ان يستغلها رجال الإدارة لحجب المعلومات ولعل من أبرز هذه العبارات: "الوثائق السياسية الهامة جدا"، "ذات الخطورة المتعلقة بالعلاقات الدولية"، "يعكس ضرراً على الدولة"، "شؤون اقتصادية عامة"، و"سمعة أي شخصية رسمية". وتبدو خطورة هذه المصلحات الفضفاضة بأنها تجعل قسما كبيرا من الوثائق والمعلومات وفي مجالات عديدة صعبة المنال ويصعب الوصول إليها. (ج) فرض عقوبات جنائية قاسية لمن يخالف أحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة وتوسيع النطاق الشخصي لحماية الوثائق الواردة فيه[٢]؛ الأمر الذي يخلق عائقاً نفسياً لدى رجال الإدارة بالإفصاح عن المعلومات أو البيانات حتى ولو لم تدخل ضمن البيانات والمعلومات المصنفة ضمن الوثائق التي لا يجوز حظرها.

وصفوة القول إن بعض أحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة تتنافى مع مبدأ الشفافية الذي يجب أن تحرص عليه الحكومة من خلال إتاحة المعلومات وإدامة التواصل مع المواطن، وبذات الوقت فإن المحددات والضوابط والعقوبات الواردة في القانون تعيق التطبيق الأمثل لقانون ضمان حق الحصول على المعلومات الأمر الذي يستدعي إعادة النظر في هذه الأحكام وتعديلها بما ينسجم مع المعايير الدولية الناظمة لهذا الحق الإنساني.

وبذات الوقت يمكن القول بأن التشريعات التي نظمت التقيدات المفروضة على حرية التعبير لم تراع هذا المبدأ بشكل واضح وصريح، بل ظهر من دراسة صياغة التشريعات الأردنية التي تقيد الحق في حرية التعبير استخدامها لمصطلحات فضفاضة وواسعة، والتي تُغلب حماية الأمن الوطني على حرية التعبير، مما يحد ويقيد بالنهاية من هذه الحرية. مما يلحق ضرراً بالمجتمع والذي يتمثل بمنع انتقاد ومحاسبة المسؤولين مما قد يؤدي إلى بروز بعض مظاهر الفساد. خصوصاً وأن التشريعات الأردنية لم تعزز من حق الإنسان في الحصول على المعلومة التي تعتبر إحدى الأسس الرئيسة التي تمكن الفرد من حرية التعبير، حيث تُظهر دراسة أحكام قانون ضمان حق الحصـول على المعلومات رقم ٤٧ لسـنة ٢٠١٧ جملة من الأحكام التي تحد من حق الأفراد في الحصول على المعلومات مما ينعكس بالنهاية على ممارسة الفرد لحقه في حرية التعبير، ومن أهم هذه الأحكام: (أ) عدم إطلاق حق الأفراد في الحصول على المعلومات فقد نصت المادة السابعة منه على "مع مراعاة احكام التشريعات النافذة،

(١) الفقرة (ب) من المادة (٨) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.
(٢) انظر المواد (١٦، ١٢،١٣،١٤،١٥) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

لكل أردني الحق في الحصول على المعلومات التي يطلبها وفقا لأحكام هذا القانون اذا كانت له مصلحة مشروعة أو سبب مشروع"؛ فقد قيد هذا النص حق الافراد في الحصول على المعلومات بإشتراطه ان تكون له مصلحة مشروعة او سبب مشروع. (ب) سمح القانون بحجب المعلومات بموجب أي تشريع آخر. (ج) سعة المحظورات التي تضمنها دون مراعاة لمبدأ التوازن؛ إذ تظهر دراسة المادة (١٣) من ذات القانون[١] عدم تضمينها للضوابط الموضوعية التي يمكن أن يستند إليها هذا التشريع. (د) سمح القانون للجهات الرسمية بتصنيف المعلومات التي بحوزتها وبالتالي منح سلطة تقديرية لرجل الإدارة العامة بحظر المعلومات [٢].

(١) تنص المادة (١٣) من قانون ضمان الحق في الحصول على المعلومات على "مع مراعاة احكام التشريعات النافذة، على المسؤول أن يمتنع عن الكشف عن المعلومات المتعلقة بما يلي: (أ) الأسرار والوثائق المحمية بموجب اي تشريع اخر. (ب) الوثائق المصنفة على أنها سرية ومحمية والتي يتم الحصول عليها باتفاق مع دولة أخرى. (ج) الأسرار الخاصة بالدفاع الوطني أو امن الدولة، أو سياستها الخارجية. (د) المعلومات التي تتضمن تحليلات أو توصيات أو اقتراحات أو استشارات تقدم للمسؤول قبل ان يتم اتخاذ قرار بشأنها، ويشمل ذلك المراسلات والمعلومات المتبادلة بين الادارات الحكومية المختلفة حولها. (هـ) المعلومات والملفات الشخصية المتعلقة بسجلات الاشخاص التعليمية أو الطبية أو السجلات الوظيفية أو الحسابات أو التحويلات المصرفية أو الاسرار المهنية. (و) المراسلات ذات الطبيعة الشخصية والسرية سواء كانت بريدية أو برقية أو هاتفية أو عبر أي وسيلة تقنية اخرى مع الدوائر الحكومية والاجابات عليها. (ز) المعلومات التي يؤدي الكشف عنها الى التأثير في المفاوضات بين المملكة واي دولة أو جهة اخرى. (ح) التحقيقات التي تجريها النيابة العامة أو الضابطة العدلية أو الاجهزة الامنية بشأن اي جريمة أو قضية ضمن اختصاصها وكذلك التحقيقات التي تقوم بها السلطات المختصة للكشف عن المخالفات المالية أو الجمركية أو البنكية ما لم تأذن الجهة المختصة بالكشف عنها. (ط) المعلومات ذات الطبيعة التجارية أو الصناعية أو المالية أو الاقتصادية والمعلومات، عن العطاءات أو البحوث العلمية أو التقنية التي يؤدي الكشف عنها إلى الاخلال بحق المؤلف والملكية الفكرية أو بالمنافسة العادلة والمشروعة أو التي تؤدي إلى ربح أو خسارة غير مشروعين لأي شخص.

(٢) فقد نصت المادة (١٤) من القانون على: " أ. على كل دائرة أن تقوم بفهرسة وتنظيم المعلومات والوثائق التي تتوافر لديها حسب الأصول المهنية والفنية المرعية وتصنيف ما يتوجب اعتباره منها سريا ومحميا حسب التشريعات النافذة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية. (ب) في حال عدم استكمال تنفيذ أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة خلال المدة الواردة فيها، يتعين على المسؤول الحصول على موافقة رئيس الوزراء لتمديديها لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أخرى .

الخاتمة:

أظهرت الدراسة أن حرية التعبير من الحريات المحمية بموجب الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان إلا أنها من الحقوق النسبية التي يجوز تقييدها بموجب أحكام القوانين ولكن ضمن مجموعة من القيود المنصوص عليها في صلب هذه الاتفاقيات بصورة عامة وغير دقيقة، لا بل أن بعض الاتفاقيات وتحديدا الميثاق العربي لحقوق الإنسان قد أغفل النص على ضرورة أن يرد التقييد بموجب نص قانوني، إلا أن التعليق العام رقم (٣٤) الصادر عن لجنة حقوق الإنسان لتفسير أحكام المادة (١٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمبادئ والإعلانات التي صدرت عن الخبراء والمدافعين عن حقوق الإنسان، والاجتهادات الفقهية وبعض الدساتير قد حددت بشكل واضح هذه القيود وبما يضمن التوازن بين حق الأفراد بحرية الرأي والتعبير من ناحية والمصلحة العامة المتمثلة بحماية الأمن الوطني من ناحية أخرى مما يسمح بممارسة هذه الحرية بلا إفراط أو مبالغة وبذات الوقت دون فرض قيود مفرطة تصادر هذا الحق.

وعلى الصعيد الوطني أظهرت الدراسة أن الدستور الأردني وكغيره من الدساتير المقارنة قد نص على كفالة الدولة لهذا الحق، إلا إنه ترك للقانون تنظيم هذا الحق، وعلى الرغم من أهمية التعديل الدستوري لعام ٢٠١١ والذي أضاف للضابط المنصوص عليه في المادة (١٥) من الدستور والقاضي بأن يتم تنظيم هذه الحرية بموجب قانون بأن اشترط في المادة (١٢٨) أن لا تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحق في حرية التعبير على جوهر هذا الحق أو تمس أساسياته، إلا أنه وللأسف لم يتضمن النص بصراحة على الضوابط الأخرى التي وردت في الاتفاقيات الدولية ودساتير الدول التي تسعى لتحقيق الدولة القانونية في مجتمع ديمقراطي مثل دستور جنوب إفريقيا والمنسجمة مع المعايير الوارد النص عليها في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

بالرجوع إلى التشريعات الوطنية التي تنظم حق الأفراد بحرية التعبير والتي تضمنت تقييدا لهذا الحق بداعي حماية الأمن الوطني، يتبين أنها قد توسعت في حماية الأمن الوطني على حساب حق الفرد في حرية التعبير من خلال استخدام مصطلحات فضفاضة وغير دقيقة، مما يعني إمكانية تقييد هذا الحق دون أن تكون ضرورة حقيقية لهذا التقييد. أما فيما يتعلق بالتناسب بين حق الأفراد في حرية التعبير عن آرائهم وبين النص الذي يفرض قيوداً لحماية الأمن الوطني، فإنه يمكن القول إنه في ظل عدم دقة ووضوح النصوص القانونية وعدم تحويل مرتكبي هذه الجرائم إلى القضاء النظامي، يظهر تغليب الأمن الوطني على حرية الرأي والتعبير.

وتأسيًا على ما سبق فإن الباحثين يوصيان بالآتي:

أولاً: إجراء تعديلات على التشريعات الوطنية لتتوافق مع المعايير الدولية والتزامات الأردن بمجال حقوق الإنسان ومن أهم هذه التعديلات التي أظهرت الدراسة الحاجة الملحة الى تعديلها:

أ-البناء على التقدم المحرز بنص المادة (١٢٨) من الدستور الأردني التي اشترطت ان لا تؤثر القوانين التي تصدر لتنظيم الحقوق والحريات في جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها، بحيث يضاف إلى ما ود فيها الشروط الواجب توفرها بالقيود التي تفرض على الحقوق والحريات بأن تهدف هذه القيود لتحقيق غايات مشروعة وأن تجتاز اختبار التناسب بين القيد لحماية غاية مشروعة والحد من مضمون الحرية.

ب- تعديل نص المادة (١٢٣) من الدستور الأردني بحيث تسند مهمة تفسير نصوص القوانين إلى جهة قضائية مستقلة، وبما يضمن عدم مشاركة ممثلين للحكومة في عضويتها، وان لا يقتصر طلب التفسير على رئيس الوزراء بل إتاحة ذلك للمجلس الوزراء ولأي من مجلسي الأعيان والنواب ووضع آلية تسمح لمؤسسات المجتمع المدني الطلب بتفسير القوانين النافذة.

ج- مراجعة التشريعات الجزائية الأردنية التي تعاقب على المساس بالأمن الوطني من خلال أعمال تدخل ضمن نطاق حق الإنسان في حرية التعبير، على أن تتبع هذه التشريعات منهجية تنطلق من أن الأصل هو حرية التعبير وأن الاستثناء هو فرض القيود على هذا الحق، الأمر الذي يستدعي أن تلتزم هذه التشريعات بالمبادئ الواردة في المعايير الدولية لحقوق الإنسان كالصياغة الدقيقة للقواعد القانونية المنظمة للحق في حرية الرأي والتعبير، وعدم تضمين أحكام هذه التشريعات أحكاما تمنح المسؤولين عن تطبيقها سلطات مطلقة أو تقديرية واسعة تسمح لهم بممارسات تشكل تقييدا غير مبرر لهذا الحق.

د-مراجعة وتطوير أحكام قانون ضمان حق الحصول على المعلومات رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٧، للتأكيد على أن الأساس الذي ينطلق منه القانون هو حصول الأفراد على المعلومات، وتضمين القانون ضرورة أن تقوم المؤسسات بنشر المعلومات والبيانات وخصوصا التي يفضل الكشف عنها، مثل تعزيز النقاش المفتوح للشؤون العامة وتعزيز مساءلة الحكومة، وتعزيز الرقابة على الإنفاق من الأموال العامة.

هـ- مراجعة وتطوير قانون حماية أسرار ووثائق أمن الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١ بحيث يتم إلغاء الأحكام التي تتيح لرجال الإدارة العامة تصنيف المعلومات ضمن الوثائق المحمية في حال عدم تعلقها بالأمن الوطني، وبذات الوقت استبدال العبارات الفضفاضة والواسعة بعبارات واضحة ومحددة المعنى.

ثانياً: دعوة كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية لتفعيل المذكرات الايضاحية لمشاريع القوانين بحيث تتضمن هذه المذكرات للأسباب والوقائع التي تستدعي إصدار التشريع، وكذلك الغايات والأهداف التي يؤمل أن تتحقق من سن القوانين المقترحة.

ثالثاً: إعادة النظر بنص المادة (٣٢) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان بحيث يتضمن ذات الضوابط المنصوص عليها بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وغيرها من الاتفاقيات الدولية والواجب تتوفرها بالقيود التي تفرض على حرية التعبير.

رابعاً: زيادة برامج رفع الوعي والتثقيف بأهمية الضوابط التي يجب مراعاتها عند تقييد حرية الرأي والتعبير بما في ذلك عقد دورات تدريبية لرجال إنفاذ القانون سواء أعضاء النيابة العامة أو مساعديهم من رجال الأمن في مجال تطبيق ضوابط تقييد حق الإنسان في حرية الرأي والتعبير وبما ينسجم مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان والممارسات العالمية الفضلى.

خامساً: دعوة الباحثين إلى مزيد من البحث والدراسة للتشريعات الوطنية بحيث يتم فحص كل مادة تتضمن تقييدا لحرية التعبير على ضوء المحددات التي توصل إليها المجتمع الدولي، والتي عرض لها هذا البحث، تمهيدا للمطالبة بتعديلها وفق هذه الأسس والمحددات مما يعزز مسيرة الدولة الأردنية في تعزيز الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.

المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

بني عطا، مالك، الموسوعة الأردنية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، عمان، منشورات أمانة عمان، ٢٠١٤.

الجبور، محمد، الجرائم الواقعة على امن الدولة وجرائم الارهاب، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م.

الخلايلة، محمد، القانون الاداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٥.

الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الرابعة، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦.

الدباس، علي وأبو زيد، علي، حقوق الإنسان وحرياته، الطبعة الرابعة، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.

الراعي، أشرف، اجرائم الصحافة والنشر، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

السرحان، عدنان ابراهيم، شرح القانون المدني، العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦.

الصرايرة، مصلح، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.

عبد البر، فاروق دراسات في حرية التعبير واستقلال القضاء وضمانات التقاضي، بدون ناشر، ٢٠٠٦.

علوان، محمد والموسى، محمد، القانون الدولي لحقوق الإنسان–المصادر ووسائل المراقبة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

عوض، رمزي رياض، القيود الواردة على حرية التعبير، الطبعة الأولى، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١١.

الفاضل، محمد، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ١٩٦٨.

الفاضل، محمد، محاضرات في الجرائم السياسية، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٦٣.

كتكت، جميل يوسف، مبررات الحد من حقوق الإنسان وضماناتها القانونية، عمان: الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٩٠.

كنعان، نواف، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، الطبعة الأولى، عمان، إثراء للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

المناعسة، أسامة، الوسيط في شرح قانون محكمة أمن الدولة، الطبعة الأولى، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

نصراوين، ليث، الحق في التجمع السلمي في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية، بيروت، مكتبة صادر ناشرون، ٢٠١٣.

نمور، محمد سعيد، أصول الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.

النوايسة، عبدالإله، الجرائم الواقعة على أمن الدولة في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان: دار وائل للنشر، ٢٠٠٥.

النيسابوري، أبي الحسن مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، بدون طبعة، المنصورة: مكتبة الإيمان، بدون سنة نشر.

ثالثا: الأبحاث العلمية

السنهوري، عبدالرزاق، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، عمان، ١٩٩٨، منشورات سلسلة نشر الفكر القانوني المميز، ص ٨٠. علما بان هذه الدراسة قد تم نشرها في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة ١٩٥٢.

هميسي، رضا، الإعلام الجديد بين حرية التعبير وحماية الأمن الوطني، دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي حول دور الإعلام العربي في التصدي لظاهرة الإرهاب (الرياض) 1436 هـ / ١٦-١٨ /١٢/٢٠١٤ م، ص ٢٢ وما بعدها، منشور على الموقع الالكتروني:

http://repository.nauss.edu.sa/en/handle/123456789/60022?show

رابعا: مقالات ودراسات

أبو الوفا، أحمد، الإعلان الفرنسي بخصوص حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، المنشور على الرابط:

www.mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/uploads/2014/04/8_2.docx

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/١٤

بريزات، موسى، حرية التعبير في الأردن: التوازن المفقود بين الحرية والأمن، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني: http:/alrai.com/article/72887.html تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٣.

شقير، يحيى، المعايير والآليات الدولية الخاصة بحرية الرأي والتعبير، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:

https://yahiashukkeir.wordpress.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%A7%D9%8A%D9%8A% ،

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/٩/١٢م.

عبدالفتاح، أميرة، حرية الصحافة في مصر، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني:

http://www.anhri.net/reports/pressfreedom/01.shtml

قاسم، أنيس فوزي، ماذا جرى لحرية التعبير في الأردن؟، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:

http://www.aljazeera.net/news/humanrights/2017/2/23/%D9%85%D8%A7%D8%B0%D8%A7-%D8%AC%D8%B1%D9%89-%D9%84%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%A8%D9%8A%D8%B1-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B1%D8%AF%D9%86

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/٣/١

مجلس الأمة الكويتي، المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ومدى إلزاميتها، منشورة على الموقع الإلكتروني، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:

تم الرجوع الى الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/٢٦ http://www.kna.kw/clt-html5/run.asp?id=657

المركز الوطني لحقوق الإنسان، تقرير أوضاع حقوق الإنسان في المملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠١٥، عمان، ٢٠١٦.

منظمة المادة ١٩، ليبيا وحماية حرية التعبير وحرية المعلومات في الدستور الجديد، ص ٤٠، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:

http://www.article19.org/resources.php/resource/37142/ar/%d9%84%d9%85

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/٢/١٤

خامسا: الاتفاقيات الدولية والإقليمية

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي اعتمدت من مجلس أوروبا في روما بتاريخ ٤ تشرين ثاني عام ١٩٥٠ ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 3 أيلول من عام ١٩٥٣. مضمون الافاقية متوفر على الموقع الإلكتروني:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، أعد نص الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الدول الأميركية، في مدينة سان خوسيه في ٢٢ تشرين الثاني ١٩٦٩ وقد دخلت حيز التنفيذ في تموز ١٩٧٨. مضمون الاتفاقية متوفر على الموقع الإلكتروني:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html

اتفاقية حقوق الطفل والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ تشرين الثاني ١٩٨٩ والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٢ أيلول١٩٩٠، والمصادق عليها من قبل الأردن بتاريخ ١٩٩١/٥/٢٥ والمنشورة بعدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٨٧ بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٦.

التعليق العام رقم ٢٩: المادة ٤ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: العهد وحالة الطوارئ، وثيقة الأمم المتحدة ٥٦/A٤٠/.

التعليق العام رقم (٣١): طبيعة الالتزام القانوني العام المفروض على الدول الأطراف بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وثيقة الأمم المتحدة HRI/GEN/1/Rev.8 وقد اعتمد هذا التعليق في جلسة اللجنة رقم ٢١٨٧ المعقودة في ٢٩ آذار ٢٠٠٤.

التعليق العام رقم ٣٤: المادة ١٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: حرية الرأي والتعبير، وثيقة الأمم المتحدة CCPR/C/GC/34.

تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، المقدم في الدورة الرابعة عشر لمجلس حقوق الإنسان، بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٠، الوثيقة رقم A/HRC/14/23 متوفر على الموقع الالكتروني:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.23

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي اعتمد وفتح باب التوقيع والتصديق والانضمام إليه بقرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ألف (د-٢١) المؤرخ ١٦ كانون الاول ١٩٦٦ والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ٢٣ آذار ١٩٧٦، والذي انضم إليه الأردن بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢٨ ونشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٤٧٦٤ بتاريخ ٢٠٠٦/٦/١٥.

مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان، "الحقوق المدنية والسياسية: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" صحيفة الوقائع رقم (١٥)، جنيف ٢٠٠٤.

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والذي تمت إجارته من قبل مجلس الرؤساء لأفارقة بدورته العادية رقم ١٨ في نيروبي (كينيا) يونيو ١٩٨١، ودخل الميثاق حيز التنفيذ في ٢١ تشرين أول ١٩٨٦. مضمون الميثاق متوفر على الموقع الالكتروني:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/a005.html

الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس ٢٣ أيار ٢٠٠٤ ودخل حيز التنفيذ في ١٥ آذار ٢٠٠٨، والذي انضم إليه الأردن بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/٢٨ وتم نشره في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٤٦٧٥ بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١٦.

سادسا: الدساتير والقوانين

الدستور الأردني المنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم ١٠٩٣ بتاريخ ١٩٥٢/١/١٨.

الدستور الأمريكي وتعديلاته راجع الموقع الإلكتروني:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/us-con.html

تم الرجوع لهذا الموقع بتاريخ ٢٠١٧/١/١٣م.

قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥ لسنة ٢١٠٢ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥١٦١ بتاريخ ٢٠١٢/٦/٧م.

قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٤٨٧ بتاريخ ١٩٦٠/٥/١١

قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٩٠ بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١

قانون الجرائم الالكترونية رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٥ وتعديلاته المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٣٤٣ بتاريخ ٢٠١٥/٦/١

قانون محكمة امن الدولة وتعديلاته رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٤٢٩ بتاريخ ١٩٥٩/٧/١

قانون أصول المحاكمات الجزائية وتعديلاته رقم ٩ لسنة ١٩٦١ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٥٣٩ بتاريخ ١٩٦١/٣/١٦

قانون المطبوعات والنشر رقم (٨) لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٤٠٠ بتاريخ ١٩٩٨/٩/١م.

قانون ضمان حق الحصول على المعلومات رقم ٤٧ لسنة، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٨٣١ بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١٧م.

قانون حماسة أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٣٤٩ بتاريخ ١٩٧٢/٢/٢٠.

القرار الصادر عن ديوان تفسير القوانين رقم (٨) لسنة ٢٠١٥م المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٥٣٦٧) ص (٨٩٩١) بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٩م.

سابعا: المراجع الأجنبية

Abiola, Sara, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant for Civil and Political Rights (ICCPR). Harvad Universtey,28-1-2011,Avlible at: http://health-ights.org/index.php/cop/item/memo-the-siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-for-civil-and-political-rights-iccpr-history-and-interpretation-in-public-health-context. Visted: 11-9-2017.

Article 19: The right to freedom of expression under international law available at: https://www.article19.org/resources.php/resource/37377/en/annex:-international-freedom-of-expression-standards-relating-to-the-guardian-newspaper%E2%80%99s-reporting-of-the-snowden-disclosures visited on 12/1/2017.

Basic Law for the Federal Republic of Germany:

https://www.bundestag.de/blob/284870/.../basic_law-data.pdf

The Camden principles on freedom of expression and equality

https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-rinciples-ENGLISH-web.pdf

Callamard, Agnes, freedom of expression and security: balancing for protection, available at:

https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2016/01/A-Callamard-National-Security-and-FoETraining.pdf

The Constitution of the Republic of Estonia

https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/

Constitution of The Republic of South Africa NO.108 of 1996, available at: www.gov.za/sites/www.gov.za/files/images/a108-96.pdf

Ewart, Jacqui, Mark Pearson and Joshua Lessing, Anti- Terror Law and News Media in Australia Since 2001: How Free Expression and National Security Compete in a Liberal Democracy, Journal of Media Law, vol. 5, issue(1), pp.104- 132, (2013).

The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)

https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information, U.N. Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).

https://www1.umn.edu/humanrts/instree/johannesburg.html

Silver, Derigan A., Security and the Press: The Government's Ability to Prosecute Journalists for the possession or publication of national security information, 13 Communication Law & Policy, pp. 447-483 (2008).

Small, David, The uneasy relationship between national security and personal freedom: New Zealand and the "War on Terror", International Journal of Law, 7, 4, pp. 467-486, (2011).

Smith, Rhona. K. M., International Human Rights, 5th edition, New York: Oxford University Press, 2012.

United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4 Annex (1985).

http://hrlibrary.umn.edu/instree/siracusaprinciples.html

Vollenhoven, WJ Van, The Right to Freedom of Expression: The mother of our Democracy, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol.(18), No.6, pp. 2299-2327, 2015.

أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك في القانون الأردني

د. أحمد سليمان زايـــد *
د. أحمد عدنان النعيمات
د. علي أحمد الزعـــبي
د. مراد محمد الشنيكات

تاريخ تقديم البحث:٢٠١٧/٢/٢٧م. تاريخ القبول:٢٠١٧/١٠/٣٠م.

ملخص

إذا كان المشرع الأردني قد وضع بمقتضى المادة (٢٧١) من قانون التجارة القاعدة التي تحكم تقادم الدعوى الصرفية بالنسبة للشيك، فإن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها، وإنما تحد من مقتضياتها بعض الاعتبارات المنصوص عليها في المادة (٢٧٢) من القانون ذاته، وتطبيقاً لمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة (٢٧١) تجارة أردني، لا تسقط بمضي المواعيد المنصوص عليها في المادة (٢٧١) الدعوى على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو قدمه، ثم سحبه كله أو بعضه، والدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل. لقد تضاربت أحكام القضاء الأردني بخصوص مدة التقادم والحالة هذه بين مدة التقادم الطويل المنصوص عليه في القانون والبالغة خمس عشرة سنة، والتقادم العشري المنصوص عليه في المادة (٥٨) من قانون التجارة الأردني، والتقادم الخمسي وتقادم دعوى الإثراء بلا سبب (ثلاث إلى خمس عشرة سنة).

وكذلك لم يشر المشرع الأردني في المادة (٢١٦) من قانون التجارة الأردني إلى وقف التقادم في الدعوى الصرفية للشيك.

فقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: إن نص المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني جعل من تقادم الشيك تقادماً معقداً أو غامضاً، ومثيراً للجدل، والخلاف في الفقه والقضاء الأردني، ولأن المشرع الأردني لم يتعرض لمسألة وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك، فقد توصلت الدراسة إلى أنها تخضع لأسباب الوقف وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

* قسم القانون، السلط، كلية السلط للعلوم الإنسانية، المركز، جامعة البلقاء التطبيقية.
حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Rules of the Passage of Time Inhibitor of Hearing Banking Law Suit in the Jordanian Law

Ahmad Sulieman Zayed

Ahmad Adnan Alenaimat

Ali Ahmad Al-Zoubi

Murad Mahmoud Aelshenikat

Abstract

The commercial legislator in Article (271) of the Commerce Act set a rule which regulates the passage of time inhibitor of hearing banking law suit for a check, but this rule does not apply on all cases since there are some limitations which are mentioned in Article (272) of the same Act, and according to Article (271/4), a law suit against a person who drafted a check and has no enough money in his account will not pass with the same time limitation. The provisions of the Jordanian Judiciary concerning the period of limitation and the case are inconsistent between the long period of limitation stipulated in the law and the fifteen-year period stipulated in article 58 of the Jordanian Trade Law, the five-year limitation and the exhaustion of the enrichment case for no reason (three to fifteen years).

Moreover, the Jordanian legislator did not mention in article 216 of the Jordanian Trade Law that the statute of limitations of the check is suspended.

The study concluded with a series of results: The text of Article 271 of the Jordanian Trade Law made the limitation of the check a complex or ambiguous, and controversial argument in the Jordanian jurisprudence because the Jordanian legislator did not expose the issue of halting the prescription of the check. The study concluded that it is subject to waqf reasons according to the general rules established in the Civil Law.

مقدمة:

الحمد لله أولاً، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، رأينا من المناسب أن نقسم مقدمة هذا البحث إلى الفقرات الآتية:

مدخل تعريفي:

يقصد بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، أو ما اصطلح على تسميته بمرور الزمان المسقط للدعوى (التقادم المسقط): "طريقة لانقضاء الديون التي لم تنقض بأية طريقة أخرى، وهو عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب الدائن به المدين"[١]، فهو وفقاً للتعريف السابق سبب من أسباب سقوط حق التقاضي في المطالبة بالحق الموضوعي، يترتب عليه انقضاء الحق الموضوعي لفقده حماية القانون[٢]، وهو مجرد دفع يتمسك به المدين ويقضي الحقوق الشخصية والعينية، باستثناء حق الملكية وبعض الحقوق العينية، والتي لا تسقط بعدم الاستعمال ولكن يمكن كسبها بمرور الزمن[٣].

وقد أورد المشرع الأردني الأحكام العامة لمرور الزمان المسقط، في الفصل السادس من الكتاب الأول من القانون المدني بعنوان: "انقضاء الحق" (المواد ٤٤٩- ٤٦٤)، كما أورد أحكاماً خاصة لبعض أنواع مرور الزمان، أهمها الأحكام الخاصة في المواد التجارية (المادة ٥٨) من قانون التجارة الأردني، والأحكام الخاصة بتقادم الشيك (المادتان ٢٧١ و٢٧٢) من القانون ذاته. ويقوم التقادم بأنواعه على عنصر أساسي، وهو مرور الزمان؛ فلا يرتب التقادم آثاره القانونية إلا إذا تحقق هذا العنصر، وقد تكفل المشرع الأردني بتحديد مدد التقادم في القانون المدني[٤]، وحدد المشرع مدة التقادم في المواد التجارية،

(١) مرقس، سليمان، في الالتزامات أحكام الالتزام، ص٨٣٢ وللزيادة في التفصيل، وتعريف التقادم في اللغة والاصطلاح، انظر: الخميس، محمد بن سعود، أثر التقادم في الواجبات المالية، بحث منشور في مجلة العدل التي تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد الواحد والخمسين، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) كرم، عبدالواحد، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٣٠٢ .

(٣) الفار، عبدالقادر، أحكام الالتزام، ص ٢١٧ .

(٤) تختلف هذه المدد باختلاف الدعاوى؛ فدعوى إنكار الحق تسقط بمرور خمس عشرة سنة، (المادة ٤٤٩)؛ ودعوى المطالبة بالحقوق الدورية المتجددة تسقط بانقضاء خمس سنوات (المادة ١/٤٥٠)؛ ودعوى ما يستحق في ذمة المشرف، أو المتولي من ريع الوقف، أو ما يترتب في ذمة الحائز سيء النية تسقط بمرور خمس عشرة سنة، (المادة ٢/٤٥٠)؛ ودعوى المطالبة بحقوق الأطباء، والصيادلة، والمحامين، والمهندسين، والخبراء، والأساتذة، والمعلمين، ووكلاء التفليسة، والوسطاء، وما يستحق رده للأشخاص من الضرائب، والرسوم تسقط بانقضاء خمس سنوات (المادة ٤٥١)؛ ودعوى المطالبة بحقوق التجار، والصناع، وأصحاب الفنادق، والمطاعم والعمال، والخدم، والإجراء، تسقط بمرور سنتين، (المادة ٢٥٢)، ودعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة، (المادة ٣/١٦٨).

ومدة تقادم دعاوى الشيك[١]، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة مدد التقادم التي حددها المشرع باعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[٢].

أهمية البحث وأسباب اختياره:

تظهر أهمية أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك في ثلاثة جوانب:

الجانب الأول: قرر المشرع الأردني مدة قصيرة يتقادم بها الحق الناشئ من الشيك، وهذه هي القاعدة العامة، حتى لا يظل الموقعون عليه ملزمين مدداً طويلة بوصفه أداة وفاء بطبيعتها قصيرة العمر ليست معدة لحياة طويلة، وكونها واجبة الدفع لدى الإطلاع، حيث وضع بمقتضى المادة (٢٧١) تجارة أردني القاعدة التي تحكم تقادم دعوى الرجوع الصرفي للشيك.

الجانب الثاني: أن المدة القصيرة التي يتقادم بها الحق الناشئ من الشيك – والتي هي القاعدة العامة– لا تطبق على إطلاقها وإنما تحد من مقتضياتها بعض الاعتبارات المنصوص عليها في المادة (٢٧١/ ٤) تجارة أردني طالما أن ساحب الشيك لم يقدم للبنك المسحوب عليه مقابل وفائه أو قدمه ثم سحبه كله، أو بعضه، والدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل، وبالتالي لا يجوز التمسك بمدة التقادم القصيرة.

(١) في المواد التجارية تسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات إن لم يعين أجل أقصر(المادة ١/٥٨)، وتسقط بالتقادم دعوى حامل الشيك تجاه المسحوب عليه بمضي خمس سنوات محسوبة من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء (المادة ١/٢٧١)؛ وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع الحامل على المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين بمضي ستة شهور محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم (المادة ٢/٢٧١)، وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع مختلف الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم تجاه البعض بمضي ستة شهور محسوبة من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم أو من اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع(المادة ٣/٢٧١)

(٢) نصت المادة (١/٤٦٣) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون). وللتفصيل حول هذا الموضوع انظر: السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٣، فقرة (٦١٢)؛ كذلك الجبوري، ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج٢ (أحكام الالتزامات)، فقرة (٨٥٨)، ص ٦٦، كذلك الحياري، أحمد إبراهيم، الاتجاهات الحديثة في تحديد بدء مدة تقادم دعوى الفعل الضار، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، المجلد ٣٦، العدد ٢، ص ٤٣١ .

الجانب الثالث: إن المدة القصيرة التي يتقادم بها الحق الناشئ من الشيك – والتي هي القاعدة العامة– أخضعها المشرع الأردني بموجب أحكام المادة (٢١٦) من قانون التجارة لانقطاع التقادم، والتي لم يرد فيها إشارة إلى وقف التقادم مما قد يفيد إن إجراء من هذا القبيل – وقف التقادم– لا يعمل به في دعوى الشيك الصرفي.

وإن أسباب اختيارنا لهذا البحث، تعود إلى أن دراسة أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك، لم تحظ باهتمام من قبل الفقه بالشكل الذي تستحقه ويتلاءم مع أهميتها باعتبارها سبباً لرد الدعوى الصرفية لمرور الزمان؛ فالفقه الأردني – والعربي كذلك حسب اعتقادنا – لم يتعرض لموضوع هذا البحث إلا في حدود ضيقة، ولم يتجاوز ذكر بعض حالات التقادم التي قررتها المادة (٢٧١) تجارة أردني، وفي صفحات قليلة جداً من كتب الفقه، دون أن يبين أحكام وخصائص وتكييف هذه الحالات، وكذلك القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز، عندما خرج على قاعدة التقادم القصير المنصوص عليها في المادة (٢٧١) من قانون التجارة، اعتد في معظم أحكامه بالتقادم الطويل المنصوص عليه في المادة (٤٤٩) من القانون المدني البالغ خمس عشرة سنة، وليس التقادم العشري المنصوص عليه في المادة (٥٨) تجارة أردني؛ واعتد في أحكام قليلة – ومنها الحديث– بمدة التقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة (٢٧١) تجارة أردني، وهذا الذي دفعنا إلى محاولة تقييم الاتجاه القضائي الأردني، على الرغم من كل الصعوبات التي تواجهنا بسبب ما ذكرناه سابقاً.

مشكـــلة البحث:

إن مشكلة البحث في أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك هي: أن هذه الأحكام قد نص عليها المشرع بنص خاص في قانون التجارة الأردني، هو نص المادة (٢٧١)، وأن هذا النص الخاص، قد ورد به نصٌ قرر فيه المشرع عدم انطباق المواعيد المتقدمة (في الفقرات ١، ٢، ٣ من المادة ذاتها) على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو قدمه ثم سحبه كله، أو بعضه، ولأن الرأي الراجح لدى الفقه[١] أن الأوراق التجارية ومنها الشيك تكتسب الصفة التجارية بذاتها حتى لو انصبت المعاملة فيها على عمل مدني، نظراً للطابع الذي تمتاز به، ومع ذلك فقد صدرت عدة أحكام عن القضاء الأردني طبقت مدة التقادم العادي، وهي خمس عشرة سنة، والمنصوص عليها في المادة (٤٤٩) من القانون المدني، ما عدا حكماً واحداً أخضعها للتقادم الخمسي[٢]، وهذا الاختلاف في الأحكام يترتب عليه اختلاف في مدة تقادم مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك. وإن مشكلة البحث

(١) العكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري، ج١، ص ١١٥–١١٧، وزايد، أحمد وآخرين، مبادئ القانون التجاري، ص٥٢.
(٢) لقد تم توثيق هذه الأحكام في البحث، انظر لطفا ص (١٨) من البحث.

في نطاق أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك، تبدو أيضاً في أن التقادم كسبب من أسباب سقوط حق التقاضي في المطالبة بالحق الموضوعي يخضع لكل من القطع، والوقف اللذين يختلفان أحدهما عن الآخر من حيث الآثار التي يرتبانها على وضعية طرفي الالتزام المتمثلين بالأساس في كل من الدائن والمدين، إلا أن التشريع الأردني لا يشير إلى فرضية وقف دعوى الشيك الصرفية.

تحديد نطاق البحث:

لأن حامل الشيك يتمتع بحقين: حق صرفي ينشأ عن الورقة التجارية ومنها الشيك، وذلك عندما تكتمل بياناتها الإلزامية، وحق أصلي ناتج عن العلاقة الأصلية التي تم بسببها تحرير أو تظهير الورقة التجارية، ومنها الشيك، ووفقاً للقواعد العامة فإن الحق في القانون الأردني لا ينقضي بمرور الزمان، ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة، المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني.

وعليه، فإن دراستنا في هذا البحث، سوف تقتصر على مناقشة أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك الذي نظمته المادتان (٢٧١ و٢٧٢) من قانون التجارة الأردني، أما أحكام مرور الزمان المسقط للدعوى الأصلية فتنظمه الأحكام العامة في القانون المدني وقانون التجارة، الذي يخرج من نطاق هذا البحث.

المنهجية المتبعة في البحث:

سنتبع في دراستنا لموضوع أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك ثلاثة مناهج على النحو الآتي:

أ) منهج تحليلي: إن أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك ليست من القواعد العامة؛ وإنما هي مقررة بموجب النصوص الخاصة، وهذه النصوص عادة لا تتضمن جميع القواعد الخاصة بالموضوع، وهي نصوص متفرقة واستخلاص أحكام وقواعد منها، يتطلب تحليل تلك النصوص بجانب آراء الفقهاء وقرارات المحاكم.

ب) منهج تطبيقي: من المعلوم أن القانون ليس له معنى إن لم يطبق في القضاء، فإن قياس نجاح كل نظام قانوني يرتبط بتطبيقاته القضائية، وإن قواعد أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك لها تطبيقات في المحاكم، ويجب أن تظهر هذا الجانب الرئيس أيضاً من خلال دراستنا لهذه الأحكام.

ج) المنهج المقارن: إن المنهج المقارن أصبح منهجاً متبعاً في العصر الحديث، ونحن تمشياً مع هذا الاتجاه اتبعنا هذا الأسلوب كلما وجدنا ضرورة لمقارنة النصوص والآراء الفقهية، والقرارات القضائية في قوانين أخرى غير قانوننا حيثما وجدت.

الأهداف: إن الأهداف التي نريد تحقيقها من وراء هذا البحث هي محاولة الإجابة عن مجموعة من التساؤلات، أهمها:

أ) ما هي مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو قدمه ثم سحبه كله أو بعضه، وكذلك الدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل؟

ب) هل مرور الزمان في دعوى الشيك الصرفي لا يخضع سوى للقطع دون الوقف؟

ج) هل يمكن جمع أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك؟ كون هذه الأحكام تعاني من التشتت والتبعثر بين عدة قوانين واجتهادات قضائية مختلفة وكتب فقهية، والتي قد يحتاج الباحث في التعرف إلى هذه الأحكام إلى جهد كبير، ووقت كثير.

هيكلة البحث (خطة البحث):

بناء على ما تقدم، ومن أجل تحقيق الأهداف المشار إليها سوف نبحث أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك من الوجهة المدنية[١]، وفق خطة البحث الآتية:

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بتقادم الدعوى الناتجة عن الشيك.

المطلب الأول: القواعد التي تحكم مرور الزمان الصرفي للشيك.

المطلب الثاني: مدد مرور الزمان الصرفي للشيك.

المبحث الثاني: انقطاع ووقف مرور الزمان الصرفي للشيك والأثر الذي يترتب عليهما.

المطلب الأول: انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

المطلب الثاني: وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

الخاتمة: النتائج والاقتراحات.

(١) حول أحكام مرور الزمن الجزائي، انظر: الحاج، راستي إلياس، مرور الزمن الجزائي (دراسة مقارنة)، ص٣١ وما بعدها.

المبحث الأول: الأحكام الخاصة بتقادم الدعوى الناتجة عن الشيك

الشيك كما عرفته المادة (١٢٣/ج) من قانون التجارة الأردني هو: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون معروفاً وهو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث، أو لأمره، أو لحامل الشيك – وهو المستفيد– مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك".

ويقصد بالأحكام الخاصة بتقادم الدعوى الناتجة عن الشيك: "الدعاوى الناشئة عن الشيك بمرور الزمان والتي يكون مصدرها الشيك كورقة تجارية، ولا تخضع لتقادم مرور الزمان الصرفي للشيك الدعاوى التي يكون مصدرها العلاقات السابقة لنشوئه، أو تظهيره حيث ينطبق عليها أحكام التقادم العادي المنصوص عليها في القانون المدني"[١].

وسنعالج الأحكام الخاصة بتقادم الدعوى الناتجة عن الشيك من خلال بحث القواعد التي تحكم مرور الزمان الصرفي للشيك (كمطلب أول)، وبيان مدد مرور الزمان الصرفي للشيك (كمطلب ثانٍ).

المطلب الأول: القواعد التي تحكم مرور الزمان الصرفي للشيك

حرصاً من المشرع على إنهاء الالتزامات الناتجة عن الأوراق التجارية بشكل عام، ومنها الشيك بوقت قصير، وخوفاً من إبقاء الملتزمين بوفائه تحت طائلة التهديد بالرجوع الصرفي عليهم، فقد أخذ بمدد تقادم قصيرة خاصة في الأوراق التجارية، ولم يترك الأمر للتقادم المدني الطويل، فإبقاء التقادم المدني الطويل، وهو خمس عشرة سنة للالتزامات المدنية، وعشر سنوات للالتزامات التجارية[٢] كقاعدة عامة، سيعرقل تداول الأوراق التجارية، وسيؤدي إلى تردد الأشخاص في قبولها كأداة للوفاء لاحتمالية الرجوع الصرفي عليهم في أي وقت خلال تلك المدة الطويلة.

(١) الشواربي، عبدالحميد، الأوراق التجارية، ص٣٧٤ .

(٢) انظر المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني، والمادة (٥٨) من قانون التجارة الأردني.

ولقد وضع المشرع الأردني بمقتضى المادة (٢٧١) من قانون التجارة القاعدة التي تحكم تقادم دعوى الرجوع الصرفي بالنسبة للشيك، التي جاء نصها على النحو الآتي[١]:

١) تسقط بالتقادم دعوى حامل الشيك تجاه المسحوب عليه بمضي خمس سنوات محسوبة من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء.

٢) تسقط بالتقادم دعاوى رجوع الحامل على المظهرين، والساحب، والملتزمين الآخرين بمضي ستة شهور محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم.

٣) وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع مختلف الملتزمين بوفاء الشيك، بعضهم تجاه البعض، بمضي ستة شهور محسوبة من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم، أو من اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع.

٤) ولا تسقط بمضي المواعيد المتقدمة الدعوى على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه. ثم سحبه كلاً أو بعضاً، والدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل.

هذه القاعدة، لا تطبق على إطلاقها، وإنما تحد من مقتضياتها بعض الاعتبارات المنصوص عليها في المادة (٢٧٢) من قانون التجارة الأردني التي جاء نصها على النحو الآتي: "تسري على الشيك أحكام المواد (٢١٥ و٢١٦ و٢١٧ و٢٢٠) من هذا القانون المتعلقة بسند السحب".

وتطبيقاً لمقتضيات المادة (٢١٥) تجارة أردني، لا تسري أحكام التقادم في حالة إقامة دعوى لدى القضاء إلا ابتداءً من تاريخ آخر إجراء فيها، كما أن مدد التقادم هذه لا تسري إذا صدر حكم بالدين أو حصل إقرار به بموجب وثيقة مستقلة أو بقيام الملتزم بتسديد جزء من قيمة السند، والسبب هو أن الدين الصرفي في الشيك قد تم إنهاؤه بموجب الوثيقة الجديدة التي يسري عليها التقادم العادي وليس الصرفي[٢].

وتطبيقاً لذلك، فإذا صدر حكم بأداء الدين المتمثل في مبلغ الشيك فإن التقادم والحالة هذه يخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتقادم الأحكام القضائية التجارية والواردة في المادة (٢/٥٨) من قانون التجارة الأردني التي تنص على أنه: "ويسقط بالتقادم حق الاستفادة من الأحكام المكتسبة قوة القضية المقضية بمرور خمس عشرة سنة".

---

(١) تقابلها المادة (٥٥٧) تجارة سوري إلا أن هنالك اختلاف في المدة الزمنية في الفقرة (١) فهي ثلاث سنوات، والمادة (١٩٤) من قانون التجارة المصري، ولا فرق في المدد في جميع الحالات فهي (٥) سنوات بدون تحديد، وتقابلها المادة (٤٤٢) من قانون التجارة اللبناني مع اختلاف المدة، والمادة (١٧٥) من قانون التجارة العراقي مع اختلاف المدة بخصوص الدعاوى اتجاه المسحوب عليه.

(٢) القضاة، فياض، الأوراق التجارية، ص٢٧٨ .

وحتى تطبق القواعد التي تحكم مرور الزمان الصرفي للشيك والمشار إليها سابقاً، فإنه لا بد أن يكون الشيك صحيحاً من الناحية القانونية أي شيك تتوافر فيه جميع البيانات الإلزامية التي أوجبها القانون(١)، فإذا فقد الشيك أحد هذه البيانات تحول إلى سند عادي يخضع لأحكام التقادم الطويل في القانون المدني، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا تبين في الدعوى الجزائية بأن الشيك موضوع تلك الدعوى يخلو من التاريخ، فإنه يفقده صفة الشيك بالمعنى القانوني المنصوص عليه في المادتين (٢٢٨ و٢٢٩) من قانون التجارة، وعليه فإن رد الادعاء بالحق الشخصي بعد أن تبين عدم مسؤولية المشتكى عليه (المدعى عليه بالحق الشخصي) عن جرم إعطاء شيك بدون رصيد لا يشكل قضية مقضية، وقد استقر الاجتهاد القضائي بأن الشيك الخالي من التاريخ يعتبر بمثابة سند عادي، وعليه فإن التقادم الخمسي لا ينطبق عليه، وإنما ينطبق عليه التقادم الطويل، وحيث تبين لمحكمة الاستئناف بأن ورقة الشيك موضوع هذه الدعوى خالية من التاريخ وتعتبر بمثابة سند عادي، وحيث أن المميز لم ينكر توقيعه على هذا السند فإنه يعتبر حجة عليه إعمالاً بالمادة (١١/ ١) من قانون البينات(٢).

المطلب الثاني: مدد مرور الزمان الصرفي للشيك

لما كانت حياة الشيك قصيرة باعتباره ورقة تجارية تستعمل كوسيلة للوفاء، وليس كوسيلة للائتمان، فإن الأمر يقتضي أن لا يبقى الملتزمون بمقتضى هذه الورقة معرضين للمتابعة في إطار الرجوع الصرفي لمدة طويلة، أو غير معينة، ولذلك نلاحظ أن المشرع الأردني قد وضع لدعوى الرجوع الصرفي المتعلقة بالشيك في المادة (٢٧١) نظاماً خاصاً للتقادم يرتكز على قِصَرِ المدة، وهذه المدد تختلف باختلاف الأشخاص الذين يقيمون الدعاوى أو تقام عليهم تلك الدعاوى، وتخضع لهذا التقادم الدعاوى التي حددها النص، وسنبحث من خلال هذا المطلب هذه الدعاوى، وذلك من خلال ثلاثة فروع:

(١) نصت المادة (٢٢٨) من قانون التجارة الأردني على ما يلي: "يشتمل الشيك على البيانات الآتية: أ- كلمة (شيك) مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها. ب- أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود. ج- اسم من يلزمه الأداء (المسحوب عليه). د- مكان الأداء، هـ- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه وتوقيع من أنشأ الشيك (الساحب). وقد نصت المادة (٢٢٩) من قانون التجارة على أن السند الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة (٢٢٨) لا يعتبر شيكاً إلا في حالات أوردتها على سبيل الحصر هي خلو الشيك من كلمة "شيك" أو من "مكان الإنشاء" حيث أوردت حلولاً اختيارية ولم ترتب على خلو الشيك منها فقدانه لصفته كشيك، للمزيد ولمناقشة البيانات الإلزامية والاختيارية في الشيك، انظر: القضاة، فياض، مرجع سابق، ص٣٠١ وما بعدها.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٢٠٠٣/٤٢٥٦) تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٣م، منشورات مركز عدالة.

الفرع الأول: دعوى الحامل تجاه المسحوب عليه

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٧١) تجارة أردني على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى حامل الشيك تجاه المسحوب عليه بمضي خمس سنوات محسوبة من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء"[١]. ومن الرجوع إلى المادة (٢٤٦) تجارة أردني نرى أن ميعاد تقديم الشيك للوفاء محدد كما يلي:

١) الشيك المسحوب في المملكة الأردنية الهاشمية والواجب الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء خلال ثلاثين يوماً.

٢) فإن كان مسحوباً خارج المملكة الأردنية وواجب الوفاء في داخلها وجب تقديمه في خلال ستين يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في أوروبا أو في أي بلد آخر واقع على شاطئ البحر الأبيض المتوسط، وفي خلال (٩٠) يوماً إذا كانت جهة إصداره واقعة في غير البلاد المتقدمة.

٣) ويبدأ الميعاد السالف الذكر من اليوم المبين في الشيك أنه تاريخ إصداره[٢].

ويرى بعض الفقه[٣]: أنه من الصعب القول بوجود دعوى صرفية من حيث الأصل للحامل الشرعي للشيك ضد المسحوب عليه ليتم الحديث عن سقوطها بالتقادم، وقد أيد هؤلاء الفقه رأيهم بعدة أدلة نوجزها في الآتي:

(١) في التشريع المصري أقل، فهي ثلاث سنوات م. (٢/٥٣١) من قانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، وهي كذلك في التشريع السوري م(١/٥٥٧) قانون التجارة السوري، والمادة (٤٤٢) من قانون التجارة اللبناني، والمادة (٥٧٠) من مشروع قانون التجارة الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة (تتقادم جميع الدعاوى المتعلقة بالشيك بمرور ستة شهور، وهي مشابهة لنص المادة (٥٩٩) من قانون التجارة القطري)، إلا أن هذه الدعوى تتقادم بمدة ستة شهور م/١١٦ من نظام الأوراق التجارية السعودية، والمادة (٣٧٤) تجارة ليبي، والمادة (١٧٥) تجارة عراقي، والملاحظ أن هذه المدة متفاوتة كثيراً وربما يعود السبب في ذلك إلى عوامل اقتصادية تخص كل دولة على حدة. وحول التقادم الخمسي في الاجتهاد القضائي الأردني، انظر قرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠١٦/١٢٩٨٢) تاريخ ٢٠١٦/٥/٢٦م، منشورات موقع قسطاس، وكذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (١٩٩٩/٢٣٩١) تاريخ ٢٠٠٠/٤/١٧م، ورقم (٢٠١٤/١٣١٠) تاريخ ٢٠١٤/٩/١٥م.

(٢) تحدد الدول مواعيد الوفاء تبعاً لظروفها الداخلية، وهذه المدة تختلف مثلاً في التشريع السوري، كما تنص عليه المادة (٥٣٢) من قانون التجارة السوري، ومثلها المادة (٤٢٥) من قانون التجارة اللبناني، فالمدة محددة بمهل تبدأ بثمانية أيام في الداخل، وعشرين يوماً للدول المجاورة، وسبعين يوماً في الخارج. وللزيادة في التفصيل حول هذا الموضوع، انظر: المشافي، حسين أحمد، أحكام التقادم في القانون التجاري–دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ص٥٢، كذلك قرار محكمة استئناف عمان رقم (٢٠٠٦/٤٢٤٤) تاريخ ٢٠٠٦/١١/١٩م، منشورات موقع قسطاس.

(٣) القضاة، فياض، مرجع سابق، ص٣٩١، العطير، عبدالقادر، الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، ص٦٠٠، الكيلاني، محمود، القانون التجاري والأوراق التجارية، ص٣٢٩، عيد، أدوارد، الإسناد التجارية، ص٢٣٦، كذلك عبدالرحمن، نائل، تاريخ إصدار الشيك، ص٣١ .

١) نص المادة (١٣٥) من قانون التجارة الأردني الذي جاء فيه: "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة سند السحب المتعاقبين". وهذا النص ينطبق على سندات السحب، ولم يرد في المواد التي نظمت الأحكام القانونية المتعلقة بالشيكات أي نص مشابه لهذه المادة.

٢) إن المواد التي أحالت إلى مواد مشابهة في سند السحب لم تذكر المادة (١٣٥) من بينها، ولذا لا يمكن القول بوجود سند تشريعي تنتقل فيه ملكية مقابل الوفاء في الشيك من الساحب إلى المستفيد من الشيك أو إلى حملته المتعاقبين.

٣) لأن المشرع الأردني لم يورد نصاً مشابهاً كما أنه لم يُحِلْ إلى المادة (١٣٥) من قانون التجارة الأردني، فإن ملكية مقابل الوفاء لدى البنك المسحوب عليه تبقى ملك الساحب، ولا يمكن لنا أن نُحمَّل النصوص الأخرى التي رتبت أحكاماً مختلفة بالنسبة لمقابل الوفاء أكثر مما تحتمل.

٤) إن سكوت المشرع عن تنظيم أمر ما لا يعد لغواً، ولو رأى المشرع أن ملكية مقابل الوفاء تنتقل إلى المستفيد، وحملة الشيك المتعاقبين لنص على ذلك صراحة لأن المتعلق بسند السحب – كما ذكرنا– لا ينطبق على الشيكات دون نص صريح أو إحالة إلى النص.

بينما يرى جانب آخر من الفقه[١]، أن ملكية مقابل الوفاء تنتقل إلى المستفيد، وحملة الشيك المتعاقبين، وقد أورد أصحاب هذا الرأي عدة أدلة لتأييد رأيهم، وللرد على رأي الفقه السابق، نوجزها في الآتي:

١) تنص المادة (٢/٢٤٩) من قانون التجارة الأردني على ما يلي: "ولا تقبل معارضة الساحب على وفائه إلا في حالة ضياعه، أو تفليس حامله". وهذا يعني أنه بمجرد إصدار الشيك يخرج مقابل الوفاء من ذمة الساحب ويستقر في ذمة الحامل، فلا يجوز للساحب، بعد ذلك، أن يعارض في الوفاء للحامل إلا في الحدود التي رسمها القانون.

٢) نصت المادة (٢٥٠) من قانون التجارة الأردني على أنه: "إذا توفي الساحب، أو فقد أهليته، أو أفلس بعد إنشاء الشيك فليس لذلك أثر على الأحكام المترتبة على الشيك"، ومفاد هذا النص أنه في حالة إفلاس الساحب، أو وفاته، أو فقد أهليته فإن مقابل الوفاء لا يرصد ضمن ما يمكن لوكيل التفليسة استرداده، كما لا يجوز للورثة استرداده، وما ذلك إلا نتيجة مترتبة على الاعتراف لحامل الشيك بملكية مقابل الوفاء.

(١) العكيلي، عزيز، المرجع السابق، ص٢٤١-٢٤٤، كريم، زهير عباس، مقابل الوفاء (الرصيد) في الشيك، من الناحيتين المدنية والجزائية، ص٢٢٩ .

٣) نص المادة (٢٥٢) من قانون التجارة الأردني الذي جاء فيه: "١- إذا قدمت عدة شيكات في آن واحد وكان ما لدى المسحوب عليه من نقود غير كاف لوفائها جميعاً، وجب مراعاة ترتيب تواريخ إصدارها. ٢- فإذا كانت الشيكات المقدمة مفصولة من دفتر واحد وتحمل تاريخ إصدار واحد فُضل الشيك الأسبق رقماً".

فهذا النص يعطي الأولوية لحامل الشيك الأسبق في تاريخ الإصدار؛ لأنه أصبح مالكاً لمقابل الوفاء قبل غيره من حملة الشيكات الأخرى، وهو ما يتفق وقاعدة ملكية الحامل لمقابل الوفاء منذ إصدار الشيك.

٤) كذلك يمكن إسناد قاعدة انتقال (ملكية) مقابل الوفاء إلى المادة (١٤٤) من قانون التجارة الأردني التي تنص على أنه: "ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن السند والتي تطبق على الشيك بمقتضى المادة (٢٤١) من القانون ذاته، فبموجب هذا النص تنتقل جميع الحقوق الناشئة عن الشيك إلى حملته المتعاقبين، ومن هذه الحقوق حق المستفيد (المظهر) على مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه.

٥) نص المادة (١٣٨) تجارة أردني المحال إليها من المادة (٢٣٧) من القانون ذاته الذي جاء فيه: "١- إذا أفلس المسحوب عليه، وكان مقابل الوفاء ديناً في ذمته دخل هذا الدين في موجودات التفليسة".

٦) فإذا كان ما لدى المسحوب عليه لأداء مقابل الوفاء هو عين جائز استردادها طبقاً لأحكام الإفلاس كبضائع، أو أوراق تجارية، أو أوراق مالية، أو نقود، فلحامل سند السحب الأولوية في استيفاء حقه من قيمة المقابل المتقدم". ومفاد هذا النص أنه في حالة إفلاس المسحوب عليه فإن النقود التي هي مقابل الوفاء الموجودة لدى المسحوب عليه تصبح للحامل الأولوية في استيفاء حقه من قيمتها.

رأينا في الموضوع:

نرجح الرأي الأول لسلامة أسسه وقوة منطقه، ولأن نص المادة (٢٥٠) من قانون التجارة الأردني لا يُملك المستفيد مقابل الوفاء لكنه نص يقصد منه تعزيز الثقة بالشيك، كما أن الواقع العملي يشير إلى أنه في حال امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، فإن على الحامل الشرعي مطالبة التركة أو الدخول في التفليسة، كذلك لا يمكن القول بأن عدم إجازة معارضة الساحب على وفاء الشيك إلا في حالة ضياعه، أو إفلاس حامله، تعد أساساً لتبرير الرأي الذي يرى بأن القانون الأردني يملك الحامل الشرعي مقابل الوفاء، كذلك فإن نص المادة (٢٥٢) من قانون التجارة الأردني لا تبرر الأخذ بهذا الرأي أيضاً؛ وإنها

حددت أولوية وفاء عدة شيكات مقدمة على مقابل وفاء غير كافٍ لوفائها جميعها، بحيث اعتبرت الشيك الأسبق تاريخاً، هو الذي يقدم على غيره من الشيكات، وتوفى قيمة الشيكات الأخرى من مقابل الوفاء بالترتيب، ووفقاً لأسبقية تواريخ إصدارها. أما إذا كانت بتاريخ واحد ومفصولة من دفتر واحد، فإن الشيك الأسبق رقماً هو الذي يقدم. ولو كانت الملكية تنتقل بمجرد إصدار الشيك، فإن المشرع لن يكون بحاجة إلى هذا النص أساساً، كذلك فإن نص المادة (١٣٨) تجارة أردني المحال إليها من المادة (٢٣٧) تجارة أردني لا يبرر الأخذ بنظرية تملك الحامل مقابل الوفاء؛ لأن هذه المادة قد أكدت على ما هو منصوص عليه في القواعد العامة في إفلاس المدين حيث إنه في حالة إفلاس المسحوب عليه، وكان مقابل الوفاء ديناً في ذمته، فإن هذا الدين يدخل في موجودات التفليسة.

وحيث إن ما يودع في حساب الساحب من نقود يصبح ملكاً للمحسوب عليه ويلتزم برده بقيمة تعادله عند أول طلب من الساحب إلا إذا اتفق على غير ذلك، فإن مقابل الوفاء الموجود لدى البنك المسحوب عليه يدخل في ذمة البنك، ويصبح ملكاً له، ولكنه يلتزم بناءً على الاتفاق الصريح أو الضمني مع الساحب على دفعه إلى المستفيد من الشيك وفقاً لنص المادة (١/١١٥) تجارة أردني. أما القول بأن المادة (١٤٤) تجارة أردني التي تقضي بأن التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن السند، وهو قول يدعم نظرية تملك مقابل الوفاء في الشيك، بدليل الإحالة إليها من المادة (٢٤١)، فإن هذا القول لا يستند على أساس بدليل أن المستفيد نفسه وهو المظهر الأول لم يمتلك مقابل الوفاء استناداً إلى أي نص، فكيف له أن ينقل هذا الحق، فهذا القول يمكن أن يكون صحيحاً لو أن المستفيد قد تملك مقابل الوفاء ابتداءً.

وأخيراً، فإن ما ورد بخصوص المعارضة في الوفاء سنداً للمادة (٢٤٩) من قانون التجارة قد كان موضع تفسير من قبل الديوان الخاص بتفسير القوانين بموجب القرار رقم (٤) لسنة ١٩٩٠م، فقد تطرق هذا القرار إلى تكييف العلاقة بين البنك وعميله الساحب عند سحب شيك عليه، وذلك في معرض الإجابة عن مدى إمكانية معارضة الساحب على وفاء البنك المسحوب عليه للشيك خارج سببي المعارضة المذكورين في الفقرة الثانية من المادة (٢٤٩) تجارة أردني[١].

ولذا، وحتى يمكن القول بوجود دعوى صرفية من حيث الأصل للحامل الشرعي ضد المسحوب عليه ليتم الحديث عن سقوطها بالتقادم، فإننا نرى أنه لا بد من النص صراحة في قانون التجارة الأردني على انتقال ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الشيك المتعاقبين؛ لأن النص المتعلق بسند السحب، لا

(١) القضاة، فياض، المرجع السابق، ص ٣٩٢ وما بعدها.

ينطبق على الشيكات دون نص صريح، أو إحالة إلى النص، وهو ما نتمنى أن يستدركه المشرع الأردني، ونقترح النص التالي: "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى المستفيد وحملة الشيك المتعاقبين".

الفرع الثاني: دعوى الحامل تجاه المظهرين، والساحب، والملتزمين الآخرين

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧١) تجارة أردني على أنه: "وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع الحامل على المظهرين، والساحب، والملتزمين الآخرين بمضي ستة شهور محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم". وعليه، فإن دعاوى رجوع الحامل الشرعي على الساحب، والمظهرين، والملتزمين الآخرين، كالضامنين الاحتياطيين تسقط بمضي ستة شهور محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم المنصوص عليه في المادة (٢٤٦) من قانون التجارة الأردني.

الفرع الثالث: دعوى رجوع مختلف الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم تجاه بعضهم الآخر

نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٧١) تجارة أردني على أنه: "وتسقط بالتقادم دعاوى رجوع مختلف الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم تجاه البعض بمضي ستة شهور محسوبة من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم أو من اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع"[(١)].

فالمقصود بالدعاوى في هذه الحالة: هي الدعوى التي يقيمها أحد المظهرين على من سبقه من الملتزمين بوفاء الشيك، سواء أكانوا مظهرين سابقين، أم كفلاء لهم، أم ساحباً، والدعوى التي يقيمها الكفيل الاحتياطي على من كفله، أو على المظهرين السابقين، أو الساحب، إذا كان هذا المظهر، أو الكفيل، قد قام بالوفاء للحامل الشرعي بسبب الرجوع عليه بدعوى الرجوع الصرفي بصفته مسؤولاً عن وفاء قيمة الشيك بالتضامن.

فوفقاً للمادة (٢٦٤) من قانون التجارة الأردني، فإن الملتزم بوفاء الشيك والذي يقوم بوفاء قيمته يملك الحق بالمطالبة بالمبلغ الذي وفاه مع الفوائد والمصاريف على الوجه المبين في تلك المادة.

ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني، فإن مدة سقوط حق هذا الملتزم بالرجوع على غيره من الملتزمين تسقط بمضي ستة شهور محسوبة من التاريخ الذي قام فيه بوفاء قيمة الشيك، أو من اليوم الذي خوصم فيه بدعوى الرجوع الصرفي.

(١) مطابقة للمادة (٣/٥٥٧) من قانون التجارة السوري، والمادة (٤٤٢) من قانون التجارة اللبناني، والمادة (١١٦) من نظام الأوراق التجارية السعودي، والمادة (٣٧٤) من قانون التجارة الليبي، والمادة (٢/١٧٥) من قانون التجارة العراقي، والمادة (٥٢) من قانون جنيف الموحد، عيد، أدوارد، المرجع السابق، ص ٤٦٠- ٤٦١، ومطابقة كذلك للمادة (٥٩٩) من قانون التجارة القطري.

ويلاحظ أن صياغة هذه الفقرة بالنسبة إلى احتساب مدة التقادم قد جاءت بالنسبة إلى الوقت الذي يبدأ فيه سريان مدة التقادم على سبيل التخيير باستعمالها حرف (أو)، والحقيقة أن هذا الموقف منتقد[١]، فقد يخاصم الملتزم بتاريخ معين ولا يوفي إلا بعد مرور ستة أشهر، فهل تحسب مدة التقادم من تاريخ مخاصمته في الدعوى، أم من تاريخ قيامه بالوفاء؟ وفقاً لصياغة هذه الفقرة، فإن حقه في مطالبة أي من الملتزمين لا يسقط بمرور ستة أشهر من مخاصمته بل إن له الحق إذا كان وفاؤُه قد وقع بعد مرور أكثر من ستة شهور من المخاصمة أن يعود على الملتزمين خلال ستة أشهر من تاريخ وفائِه.

والحقيقة، أن من الصعب قبول مطالبة الملتزم على من سبقه على الملتزمين لمجرد رفع دعوى ضده من قبل الحامل الشرعي حيث إنه لا يملك حق العودة على الملتزمين السابقين إلا إذا أثبت أنه قام بوفاء قيمة الشيك[٢]. ولكن هذا الملتزم يملك الحق وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية بطلب إدخال بقية الملتزمين في الدعوى المقامة ضده إذا لم يكن الحامل الشرعي قد خاصمهم في الدعوى ابتداءً. وعليه، فلا يمكن القول بأن حق هذا الملتزم في مواجهة بقية الملتزمين يسقط بمرور ستة شهور من مخاصمته من قبل الحامل الشرعي، حيث يبقى له الحق في مطالبة بقية الملتزمين السابقين له والعودة عليهم بدعوى الرجوع الصرفي خلال ستة شهور من قيامه بالوفاء؛ لأن حقه الذي يطالب به لا ينشأ كما سبق أن ذكرنا إلا من تاريخ قيامه بوفاء قيمة الشيك، ولذلك فإن تفسير النص لا يستقر منطقياً إلا إذا قيل بأن المقصود هو رجوع أي من الملتزمين تجاه بعضهم البعض يسقط بمرور ستة أشهر من تاريخ قيامه بالوفاء، أو من تاريخ مخاصمته من قبل الحامل الشرعي أيهما أسبق.

والقول بغير ذلك، يعني أن مدة سقوط دعوى الرجوع على الملتزمين بوفاء الشيك من قبل بعضهم تجاه البعض الآخر قد تطول لتزيد على المدة المحددة لسقوط حق الحامل الشرعي بالرجوع عليهم. فمن المتصور أن يتم العودة من الحامل الشرعي للشيك على أحد المظهرين منفرداً، وأن تستمر دعوى مطالبته في المحكمة لمدة سنة على سبيل المثال، فيقوم بالوفاء أثناء الدعوى ويستخدم بعد ذلك حقه في الرجوع على المظهرين السابقين له خلال ستة شهور من وفائه بقيمة الشيك مما يعني أن الملتزمين الآخرين سيبقون معرضين للمسؤولية لمدة أطول من تلك المدة التي للحامل الشرعي الأصلي، وهي ستة شهور من انقضاء ميعاد التقديم[٣].

(١) القضاة، فياض ، مرجع سابق، ص٤٤٤ .

(٢) انظر المادة (٢٦٤) من قانون التجارة الأردني.

(٣) القضاة، فياض، مرجع سابق، ص٤٤٤-٤٤٥، وهو ما نؤيده لسلامة أسسه وقوة منطقه، ونقترح تعديلاً لنص المادة (٣/٢٧١) تجارة أردني بإضافة عبارة "أيهما أسبق" إلى آخرها.

وقد أورد المشرع الأردني استثناءً جوهرياً على الأحكام السابقة، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (٢٧١) تجارة أردني على أنه: "ولا تسقط بمضي المواعيد المتقدمة الدعوى على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه. ثم سحبه كلاً أو بعضاً، والدعاوى على سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل"[١]. فالفقرة الرابعة من المادة (٢٧١) تجارة أردني تقرر أنه في حالة السقوط[٢] والتقادم، بقاء دعوى قبل الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو قدمه ثم سحبه كلاً أو بعضاً، أو سائر الملتزمين الذين حصلوا على كسب غير عادل، فهذا النص يحول دون الملتزم والإثراء بلا وجه وحق من طريق الدفع بالسقوط أو بالتقادم، والسؤال الذي يثور في هذه الحالة هو: ماذا تصبح مدة التقادم والحالة هذه؟ اختلفت آراء الفقه والقضاء، وحتى نحيط بجوانب الموضوع، سنحاول التعرض لموقف الفقه الأردني في هذا الشأن، وكذلك موقف القضاء الأردني مع إبداء رأينا في الموضوع من خلال تقييم هذه المواقف.

ذهب الدكتور فياض القضاة[٣] إلى:

إنه في حال قيام الساحب بسحب كامل الرصيد أو بعضه بحيث لا يفي الباقي لوفاء الشيك، فإن الساحب لا يستطيع أن يستفيد من إثارة دفع الدعوى الصرفية بالتقادم حيث تبقى هذه الدعوى قائمة لمدة ثلاث سنوات من يوم علم الدائن بحقه في الرجوع على الساحب، وعلى أن لا تتجاوز هذه المدة خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع الصرفي، وفقاً لنص المادة (٣١١) من القانون المدني الأردني[٤]؛ لأن هذه الدعوى هي دعوى رجوع صرفي بسبب إثراء الساحب بلا سبب، وهذه الدعوى

(١) تتطابق المادة المذكورة والمادة (٤/٥٥٧) من قانون التجارة السوري، والمادة (٤٤٢) من قانون التجارة اللبناني، والمادة (١٧٧) من قانون التجارة العراقي.

(٢) لم يفرض المشرع على حامل الشيك إلا واجباً واحداً للحفاظ على حقه في الرجوع على الساحب والملتزمين الموقعين في الشيك هذا الواجب هو تقديم الشيك للوفاء بقيمته في المواعيد المحددة بالمادة (٢٤٦) تجارة أردني، فإذا قدمه خلال ميعاد التقديم ولم تدفع قيمته عليه إثبات الامتناع عن الدفع باحتجاج أو ما يقوم مقامه والمحددة بالمادة (٢٦٠) تجارة أردني. وهنا يوصف بأنه حامل مهمل كونه قد توانى عن القيام بالإجراءات التي يفرضها القانون في المدد المقررة، ويمكن هنا إثارة الدفع بسقوط حق الحامل المهمل. ويعرف السقوط بأنه: "الجزاء الذي يترتب على عدم قيام حامل الورقة التجارية بتحرير احتجاج بعدم الوفاء أو تحريره خارج المواعيد القانونية، أو تحريره احتجاجاً باطلاً، انظر لمزيد من التعمق والبيان: أبو الهيجاء، محمد إبراهيم، الرجوب، عبد السلام محمد، النظام القانوني للرجوع القضائي لحامل الكمبيالة في قانون التجارة الأردني، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد(٤)- ص٦٦٤ .

(٣) القضاة، فياض، المرجع السابق، ص٤٤٩ .

(٤) تنص المادة (٣١١) مدني أردني على أنه: "لا تسمع دعوى الإثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع".

تختلف عن دعوى المطالبة بأصل الحق التي تتقادم وفقاً للأحكام العامة اعتماداً على نوع العلاقة بين الساحب والمستفيد، ولا تمتد إلى من تم التظهير له من المستفيد لعدم وجود علاقة أصلية بينه وبين الساحب.

موقف القضاء الأردني:

لم يتبنَ القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز موقفاً ثابتاً، فاعتد أحياناً بالتقادم الطويل المنصوص عليه في المادة (٤٤٩) من القانون المدني الأردني، وعلى ذلك جرت الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز في العديد من الأحكام منها القرارات (٢٠١٣/٣٧٦٣ تاريخ ٢٠١٤/٨/١٩م) و(٢٠١٣/٢١٠٨ تاريخ ٢٠١٣/١١/٦م)، و(٢٠١١/٣٦٩ تاريخ ٢٠١١/١٢/١٩م)، و(٢٠٠٧/٣٥٣٨م تاريخ ٢٠٠٨/٨/٧م)، و(٢٠٠٥/٢١٠٢م و٢٠٠٤/٣٩١٦م و٢٠٠٤/٢٨٨٨م و٢٠١١/٣٠٥٣ تاريخ ٢٠١١/١١/٣٠م و٢٠١٥/٢٢٥٧ تاريخ ٢٠١٥/١٢/١٥م) وجميعهم منشورات مركز عدالة، وجميعها مفادها واحد، وهو: "إذا لم يكن للشيك موضوع الدعوى رصيدٌ قائمٌ مُعدّ للدفع بتاريخ تقديمه للبنك المسحوب عليه، فإن مطالبة المدعية تخضع للتقادم الطويل وأن تذرع الجهة الطاعنة بمرور الزمن الصرفي لرد الدعوى يكون غير وارد على القرار المطعون فيه، وفق ما ورد في المادة (٤/٢٧١) تجارة أردني. وفي قرار وحيد لها صدر في الدعوى رقم (٢٠١٤/١٣١٠) بتاريخ ٢٠١٤/٩/١٥م منشورات مركز عدالة، اعتدت بالتقادم الخمسي حيث قضت بما يلي: "يستفاد من المادة (٢٧١) من قانون التجارة أنه إذا لم يثبت أي من المدعى عليهما وجود مقابل وفاء للشيك خلال فترة الستة أشهر من تاريخ تحريره، فإنه لا يجوز التمسك بمدة الستة أشهر مدة التقادم وتصبح مدة التقادم والحالة هذه خمس سنوات، وبالتالي فإن دعوى المدعية (المستدعى ضدها) لا تخضع إلى مدة التقادم القصير (الستة أشهر)[١].

رأينا في الموضوع:

نلحظ أن القضاء الأردني قد تردد بشأن هذه المسألة بين التقادم الطويل المنصوص عليه في المادة (٤٤٩) مدني أردني، والتقادم الخمسي، على الرغم من اعتماده على تفسير نص المادة (٤/٢٧١) تجارة أردني في جميع أحكامه كقاعدة عامة، وهذا أدى إلى خلط واضح بين مدة التقادم عند تطبيق نص المادة (٤/٢٧١) تجارة أردني، الأمر الذي رتب نتائج غير منطقية بخصوص هذا التردد، وهذا يقودنا إلى

(١)انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (١٩٩٦/١٦٦٠ تاريخ ١٩٩٦/١٠/١٠م)، منشورات موقع قسطاس الذي جاء فيه: "أما احتجاج المميز بالحكم التمييزي رقم (٦٧٠/٩١) الصادر في ١٩٩١/٦/١٨م كسابقة قضائية، فإنه بالرغم من أن الإنذار في دعوانا وجه في ظروف مختلفة فإن الحكم المشار إليه وحيد لم يؤيد باجتهادات لاحقة، مما يشكل سبباً مبرراً للرجوع عنه، فتقرر الرجوع عن هذا الاجتهاد".

الطلب إلى القضاء الأردني إعادة تقييم هذا التفسير القضائي انطلاقاً من دراسة تحليلية للخروج بنتيجة تؤدي إلى استقرار اجتهاد محكمة التمييز الأردنية بخصوص المسألة موضوع النقاش.

في البداية يجب أن نشير إلى أن ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧١) تجارة أردني يشكل استثناء مما نصت عليه الفقرات السابقة.

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة (٢٧١) تجارة أردني، يتضح أن المشرع خول الحامل الذي تقادمت دعواه أن يقيم دعوى ضد الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو ضد الملتزمين الآخرين الذين حصل لهم كسب غير عادل، دون تبيان طبيعة هذه الدعوى، أهي صرفية أم عادية، وإذا كانت الدعوى التي يقيمها الحامل في مواجهة الأشخاص المذكورين، لا تثير أي إشكال في كونها دعوى صرفية مادام أجل الستة أشهر لم يمض على تاريخ انقضاء أجل التقديم، فإن الدعوى التي يقيمها الحامل بعد مرور الأجل المنصوص عليه في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٢٧١) تجارة أردني، أي أجل ستة أشهر، تثير إشكالاً كبيراً، وإذا كنا نرى أنها لا تعد صرفية باعتبار أنه لم يرد لفظ التقادم في الفقرة الأخيرة، وبالتالي فإن كانت الدعوى الصرفية قد تقادمت فإنه لا يمكن تكييف دعوى الفقرة الأخيرة بأنها دعوى صرفية وباعتبار أن أساس هذه الدعوى هو الإثراء بلا سبب سواء بالنسبة لباقي الملتزمين أو بالنسبة للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، والذي يعد بالنتيجة مثرياً بصورة غير مشروعة، لكونه لم يقدم المؤونة اللازمة للوفاء بقيمة الشيك بالرغم من كونه قد توصل قبل سحب الشيك بمبلغ معين، أو سلعة كانت السبب في إنشاء هذا الشيك.

فإذا سلمنا أن أساس الفقرة الأخيرة هو الإثراء بلا سبب، فهذا يعني أن علاقة الحامل بالأشخاص المذكورين خرجت من المجال الصرفي إلى مجال جديد تؤطره دعوى الإثراء بلا سبب، ولا علاقة له بالالتزام الأصلي الذي رتب الالتزام الصرفي[١].

وتمشياً مع هذا التفسير، نكون قد اقتربنا من الاتجاه الذي سار فيه الدكتور فياض القضاة، مع اختلاف بسيط، يتجلى في كونه قد اعتبر هذه الدعوى دعوى رجوع صرفي، بينما نرى أنها قد خرجت من المجال الصرفي.

ولما كانت دعوى الإثراء بلا سبب تدخل في إطار مصادر الحقوق الشخصية (الفصول من الأول إلى الخامس) من القانون المدني الأردني، فإنها بذلك تكون خاضعة للتقادم المنصوص عليه في الفصل الرابع من القانون المدني الأردني المحدد من ثلاث إلى خمس عشرة سنة، بغض النظر عن طبيعة

(١) راجع: صابر، محمد، تقادم الأوراق التجارية، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن التي تصدر عن كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية بمراكش– المغرب، العدد٣٨، ص١٢٩

الالتزام الذي أدى إلى سحب الشيك، أو تظهيره، وهل هو مدني أو تجاري، وهي لذلك لا تخضع لنص المادة (٥٨) تجارة أردني الباحثة في مدة التقادم التجاري. أما وجهة نظرنا الشخصية حول موقف القضاء والفقه الأردني – ممثلاً بمحكمة التمييز– من تقادم الدعوى الصرفية للشيك فنعتقد أن موقفهما لم يكن صائباً، ويشوبه الخطأ في تفسير القانون الأردني وتطبيقه، وسنذكر الانتقادات التي تؤخذ على أحكام القضاء والفقه الأردني – بإذن الله سبحانه وتعالى– تباعاً، وهي:

١) أن المحكمة قد استندت في أحكامها إلى المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني، ولم نستطع – حقيقة – أن نفهم كيف اعتبرت المحكمة– إذا لم يقدم الساحب مقابل وفاء الشيك، أو قدمه ثم سحبه كلاً أو بعضاً– أن مدة التقادم قد أصبحت خمس عشرة سنة، أو خمس سنوات.

٢) أن المشرع الأردني قد نص في المادة (١/٥٨) من قانون التجارة على أنه: "في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات إن لم يعين أجل أقصر"، ولم نستطع –حقيقة– أن نفهم كيف تجاهلت المحكمة هذا النص؛ لأن الشيك كورقة تجارية، يوصف –في نظر الفقه[١]– بأنه: عمل تجاري ومن ثم يجب أن يخضع في تقادمه المنصوص عليه في المادة (٢/٢٧١) تجارة أردني لحكم المادة (١/٥٨) الواردة في قانون التجارة، بيد أن الأخذ بهذه النتيجة تدفعنا إلى القول بأنه لا بد من النص صراحة على اعتبار الشيك عملاً تجارياً.

وحيث لم يرد في قانون التجارة الأردني نص صريح باعتبار الشيك عملاً تجارياً، فإنه – من وجهة نظرنا الشخصية– يعتبر عملاً تجارياً إذا كان قد سحب بسبب التزام تجاري سواءً كان ساحبه تاجراً أم غير تاجر، على أنه إذا كان ساحبه تاجراً افترض أنه سحب لعمل تجاري حتى يثبت العكس، تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية[٢].

وفي تأكيد هذا النظر القانوني السابق وترسيخه، يقول بعض الفقه المصري[٣] – بحق– عن تجارية الالتزام الذي تضمنه الورقة التجارية الآتي: "الواقع أن وصف "التجارية" لا ينصب على الورقة وإنما ينصب على الالتزام الثابت بها، وهذا الالتزام يكون تجارياً أو لا يكون طبقاً للقواعد العامة التي تتضمنها نظرية العمل التجاري، وطبقاً لهذه النظرية يعتبر الالتزام تجارياً إذا كان مترتباً على عمل تجاري".

(١) العريني، محمد فريد، القانون التجاري، ص٩٥، البريري، مختار، الأوراق التجارية، ص٢٥٥.

(٢) تنص المادة (٨) من قانون التجارة الأردني على أنه: "جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارية تعد تجارية أيضاً في نظر القانون. ٢– وعند قيام الشك تعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا ثبت العكس".

(٣) البربري، مختار ، المرجع السابق، ص١٢ .

ونحن من جانبنا، نستعير من الفقه المتقدم أسلوبه المنطقي الثري، فنقول إنه من غير المعقول – منطقاً أو قانوناً– أن نتجاهل نص المادة (٥٨) من قانون التجارة الأردني إذا أنشئ الشيك بمناسبة عملية تجارية كسداد ثمن بضاعة، ومن ثم يجب أن يخضع للتقادم المنصوص عليه فيها والتي تنص في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات إن لم يعين أجل أقصر..."، أما إذا أنشئ بمناسبة عمل مدني كسداد لقيمة إيجار منزل، فإنه يجب في نظرنا الشخصي أن يطبق على تقادمه القانون المدني، ونصوصه الخاصة بالتقادم الطويل(١).

٣) إننا لا ننسى أن ننوه، بأن العبرة في تحديد صفة الشيك، هي بوقت إنشائه، فمتى نشأ تجارياً، ظلت له هذه الصفة أياً كانت صفة من تداولوه بعد ذلك، وأياً كانت طبيعة الأعمال التي ظُهِّرَ من أجلها. وتطبيقاً لذلك حُكم بأن: "الوصف التجاري للشيك يحدد وقت إنشائه. ولا عبرة في تحديد هذا الوصف بصفة المظهر للشيك أو بطبيعة العملية التي اقتضت تداوله بطريق التظهير إذ تنسحب الصفة التجارية أو المدنية التي أسبغت عليه وقت تحريره. على جميع العمليات اللاحقة التي تقع عليه كتظهيره أو ضمانه.."(٢).

٤) ما نراه، وفيما إذا سقط حق الرجوع الصرفي بالتقادم، فإن للدائن إقامة الدعوى ضد مدينه المباشر في العلاقات الأصلية ضمن مدة التقادم العادي، وفقاً للقواعد العامة، وذلك للمطالبة بأصل الحق الذي حررت أو ظهرت الورقة التجارية من أجله، وهي هنا تخضع للتقادم العادي (الطويل)، لأنه من المقرر فقهاً أن الدين الأصلي مستقل عن الدين الصرفي(٣).

(١) طبقت محكمة التمييز الأردنية التقادم المنصوص عليه بالمادة (٥٨) من قانون التجارة الأردني على الأعمال المختلطة أي تجاري بالنسبة للمدعية، ومدنياً بالنسبة للمدعى عليه، حيث لم يرد ما يدل على أن المدعى عليه تاجر، أو أن علاقته بالمدعية تتعلق بعمل تجاري (قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (٢٠١١٣/١٨١٨ تاريخ ٢٠١٣/٩/٣م) منشورات مركز عدالة. ومن الجدير بالذكر أن مدة التقادم في هذه الحالة طبقاً للتشريع المغربي خمس سنوات وفقاً للفصل الخامس من مدونة التجارة، انظر: بحار، عبدالرحيم، التقادم في المادة التجارية، مجلة الملف– المغرب، العدد٩، ص٤٠ .

(٢) أشار إلى ذلك: العريني، محمد فريد، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٢٠٠١/٢٥٠ تاريخ ٢٠٠١/٧/٣١م)، منشورات مركز عدالة، كذلك: سالم، محمود محمد، السقوط والتقادم في الأوراق التجارية، ص٣٨١ .

٥) إن نص المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني جعل من تقادم الشيك تقادماً معقداً، أو غامضاً، ومثيراً للجدل، والخلاف في الفقه والقضاء الأردني، ونرى إدخال تعديل جذري على نص المادة المذكورة وذلك بجعل مدة تقادم الدعوى الصرفية للشيك واحدة، ونقترح أن تكون ستة أشهر أسوة ببعض التشريعات[١].

المبحث الثاني: انقطاع ووقف مرور الزمان الصرفي للشيك والأثر الذي يترتب عليهما

المادة (٢٧٢) من قانون التجارة الأردني تقول: "تسري على الشيك أحكام المواد (٢١٥ و٢١٦ و٢١٧ و٢٢٠) من هذا القانون المتعلقة بسند السحب".

أما المادة (٢١٦) فتقول: "لا يكون لانقطاع التقادم من أثر إلا بالنسبة لمن اتخذ تجاهه الإجراء القاطع في سريانه".

فإن السؤال الذي يطرح، حول ما إذا كان عدم إشارة المشرع الأردني في المادة (٢١٦) تجارة أردني إلى وقف التقادم يفيد إن إجراء مثل هذا القبيل لا يعمل في دعوى الشيك الصرفي، وإنما يعمل فقط على قطع التقادم الذي تم النص على أثره صراحة في المادة (٢١٦) المذكورة؟

الواقع أن المسألة موضوع اختلاف على مستوى الفقه في فرنسا، التي لا يشير تشريعها بدوره إلى فرضية وقف دعوى الشيك الصرفية، حيث ذهب أغلبية هذا الفقه إلى القول بأن التقادم المذكور لا يخضع للوقف لكونه تقادماً قصير المدة، ويقوم على قرينة الوفاء، فما دامت المادة (٢٩٦) من قانون التجارة تتضمن أحكاماً خاصة بسريان تقادم الرجوع الصرفي في الشيك تختلف شيئاً ما عما تقرره القواعد العامة المتعلقة بالتقادم كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به، فإن عدم ذكر المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة وقف التقادم إلى جانب قطعه فلا يمكن تفسيره تفسيراً واسعاً، وإنما يجب أن يفهم أن التقادم في دعوى الشيك الصرفي لا يخضع سوى للقطع دون الوقف الذي يجد له مجالاً في التطبيق في حالات التقادم الأخرى المتعلقة بالدعاوى العادية[٢].

---

(١)م(٥٣١) تجاري مصري، والقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م، الصادر عن مجلس قيادة الثورة في العراق بتاريخ ١٩٩٢/٤/٦م، الذي ألغى الفقرة الثالثة من المادة (١٧٥) من قانون التجارة النافذ، والتي كانت تقرر مدة ثلاث سنوات لدعوى رجوع الحامل على المسحوب عليه، انظر: الأغرقي، أشواق صباح، الوفاء بقيمة الشيك، ص٩٠، منشور على شبكة الانترنت على الموقع: almerja.com/reading.php، كذلك المادة (٥٩٩) من قانون التجارة القطري رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦م.

(٢)السوايطة، حنان، تقادم الأوراق التجارية مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع: master.contentieux@gmail.com، ص٤ تاريخ الرجوع ٢٠١٧/٢/١م.

ولم يتعرض الفقه الأردني – على حد علمنا واطلاعنا–لمسألة وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك، بينما ذهب جانب من الفقه المصري[١] إلى أنه: طالما لم يشر قانون التجارة إلى الأسباب التي تؤدي إلى وقف التقادم الصرفي، لذلك فإنه يخضع لأسباب الوقف وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

رأينا في الموضوع:

١) نحن نرى، أن المادتين (٢٧١ و٢٧٢) من قانون التجارة الأردني قد بحثتا عن مرور الزمان في الشيك بقول المادة (٢٧١): (تسقط بالتقادم...)، مما يستدل دلالة صريحة على أن المقصود بهاتين المادتين هي مدة تقادم مسقط (مرور زمان)، وليست مدة سقوط، ولما كان قانون التجارة قانوناً خاصاً، وأن القانون المدني هو قانون عام، فيجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني فيما يخص وقف مدة مرور الزمان، أو انقطاعها[٢].

٢) ونرى أن من المبادئ المقررة أن أحكام التقادم المبينة في القانون المدني تطبق بشأن أي تقادم ورد بالقوانين الأخرى؛ لأنها أحكام عامة معمول بها فيما لا يخالف تلك القوانين[٣].

وعلى ذلك، نرى أن المواعيد المنصوص عليها في المادة (٢٧١) تجارة أردني تخضع للأحكام الخاصة بوقف التقادم المقررة في المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي: "١- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجِدَ عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق، ٢- ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة".

وعلى ذلك، سوف نعرض للانقطاع، والوقف للدعوى الصرفية للشيك من حيث التعريف بهما وأسباب كل منهما وأثرهما في التقادم الصرفي في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

المطلب الثاني: وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

(١) قزمان، منير، الكمبيالة في ضوء الفقه والقضاء طبقاً للقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، ص٢٦١، الشواربي، عبدالحميد، المرجع السابق، ص٣٨٤، صابر، محمد، المرجع السابق، ص١٢٣.

(٢) مجلة العلوم القانونية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الأول لسنة ١٩٦٩م، ص٢١٨.

(٣) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٢٠١٢/٢٨٤ تاريخ ٢٠١٢/٤/١١م)، منشورات مركز عدالة.

المطلب الأول: انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك

سوف نعرض لموضوع انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك من حيث تعريفه، ثم أسباب الانقطاع من خلال ثلاثة فروع، وأخيراً نعرض لأثر الانقطاع في تقادم الدعوى الصرفية للشيك، وذلك من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الانقطاع

يقصد بانقطاع مدة التقادم أن يعرض سبب قانوني يمحو المدة السابقة التي مضت عليه، ثم يبدأ التقادم من جديد بعد زوال سبب الانقطاع، وعند حساب مدة التقادم تسقط المدة السابقة على حصول الانقطاع وكأن التقادم لم يبدأ قط"[١]. وقد عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "الذي يكون سببه أعمالاً قانونية صادرة ممن يسري التقادم ضده كالإقرار، أو ممن يسري التقادم لمصلحته كالمطالبة القضائية، كما هو واضح من نص المادتين (١٦٦٦ و١٦٧٤) من مجلة الأحكام العدلية، وقد رتب الشارع على الانقطاع زوال كل أثر للمدة التي انقضت، ويبدأ بعده تقادم جديد وهذا التقادم الجديد لا يكمل المدة الأولى السابقة على الانقطاع إذ أن هذه المدة تزول نهائياً من حساب التقادم"[٢].

الفرع الثاني: أسباب الانقطاع

نصت المادة (٢٧٢) تجارة أردني على أنه: "تسري على الشيك أحكام المواد (٢١٥ و٢١٦ و٢١٧ و٢٢٠) من هذا القانون المتعلقة بسند السحب".

وقد نصت المادة (٢١٥) تجارة أردني على أنه: "١- لا تسري مواعيد التقادم في حالة إقامة الدعوى إلا من يوم آخر إجراء فيها. ٢- ولا يسري هذا التقادم إذا صدر حكم بالدين، أو حصل إقرار به بموجب وثيقة مستقلة أو بتسديد الملتزم جزءًا منه"[٣].

(١) السيد، رباب عنتر، سقوط العقوبة بالتقادم بين الشريعة والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن جامعة المنصورة، مصر، العدد٤٣، السنة ٢٠٠٨م، ص١١١

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (١٩٧٢/٣٢٥ تاريخ ١٩٧٢/٩/٧م) منشورات موقع قسطاس، وبذات المعنى، انظر: أبو عرابي، غازي، مرور الزمان المسقط لدعاوى التأمين في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات والعلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد١٠، عدد١، ص١٨٠ .

(٣) في التشريع المصري تنقطع مدة التقادم الصرفي بالأسباب التي تقطع التقادم عموماً، وهي المطالبة الرسمية والتنبيه الرسمي على المدين بالوفاء، وتوقيع الحجز على المدين والتقديم في تفليسته، وإقراره صراحة أو ضمناً بالدين (المادة ٥٣١) من قانون التجارة المصري، وقد أشار القانون في باب الشيك إلى بعض أسباب انقطاع التقادم، وهي رفع الدعوى والإقرار، وأكد حكماً مستقراً أنه لا تسري مدة التقادم المنصوص عليها في الحالة السابقة في حالة رفع دعوى إلا من تاريخ آخر إجراء فيها (المادة ٥٣١) من قانون التجارة المصري وهي تقابل المادة (٣/٢٢٨، ٤) والمادة (١/٢٩٦ ، ٢) من مدونة التجارة المغربية.

ورد بنص المادة (٢١٥) تجارة أردني سببان لقطع مدة تقادم الدعوى الصرفية للشيك:

السبب الأول: المطالبة القضائية.

السبب الثاني: الإقرار بسند مستقل.

السبب الأول: المطالبة القضائية

المطالبة القضائية هي الوسيلة التي يلجأ إليها الدائن في الشيك في سبيل المطالبة بما له من حق[١]، وقد نصت المادة (٤٦٠) من القانون المدني الأردني على أنه: "تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية، أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه". والمطالبة القضائية قاطعة للتقادم حتى ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة[٢]، فكثيراً ما تكون قواعد الاختصاص بالغة الصعوبة والتعقيد، وليس من العدالة في شيء أن يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد الاختصاص، ألا تكون المطالبة القضائية قاطعة للتقادم في خصوص الحق المطالب به، وقد نصت المادة (١١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتعديلاته على أنه: "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها وجب عليها إحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة".

أما الإنذار العدلي فإنه لا يعتبر مطالبة قضائية بدعوى الشيك الصرفي، لعدم اشتراط القانون توجيه مثل هذا الإنذار لصحة الدعوى، وبالتالي لا يمكن اعتباره إجراءً قضائياً لغايات قطع التقادم، كما استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على ذلك[٣].

وإن المطالبة القضائية، وأن تقرر ردها لعدم الخصومة، فإنها تقطع التقادم[٤]. ويستمر الانقطاع طوال نظر الدعوى وإلى أن يصدر حكم نهائي فيها، ولا يسري التقادم في حال رفع الدعوى، إلا من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها (المادة ١/٢١٥) تجارة أردني. وعلى هذا إذا تقرر إسقاط الدعوى، أو وقف السير فيها، فيسري التقادم من آخر إجراء تم فيها؛ أي أن تقادم الدعوى الصرفية للشيك تنقطع

(١) عمران، محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه (التقادم المسقط)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن جامعة عين شمس، العدد٢، السنة ١٤، ١٩٧٢م، ص٤٠.

(٢) المصاروة، هيثم حامد، مرور الزمان المانع من سماع الدعاوى الناشئة عن عقد العمل في القانون الأردني: دراسة موازنة في القانون المدني وقانون العمل، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية التي تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا في جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني، ص٢١٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية، مدني رقم (٢٠١٥/١٩٥٩ تاريخ ٢٠١٦/١/٢٧م). منشورات مركز عدالة.

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٢٠١١/٣٩٥٢ تاريخ ٢٠١٢/٢/٢٩م)، منشورات مركز عدالة، ورقم (١٢٢٩/ ٢٠٠٩ تاريخ ٢٠٠٩/١١/٤م)، منشورات مركز عدالة.

بمجرد إقامة الدعوى، ثم يسري تقادم جديد من يوم آخر إجراء يتخذ فيها إذا حدث ووقف سيرها فلم تنته بحكم بالدين، والدعوى المرفوعة بطلب شهر إفلاس المدين يترتب عليها انقطاع التقادم كالدعوى بطلب قيمة الشيك، ويترتب هذا الأثر أيضاً على طلب قبول الدين في تفليسة المدين إذ أنه يقوم مقام المطالبة القضائية[١]. أما إذا شهر الإفلاس بناءً على طلب دائن آخر غير حامل الشيك، أو بناءً على طلب المدين ذاته، أو من تلقاء ذات المحكمة، فإن تقديم الحامل في التفليسة بالدين الثابت في الشيك يترتب عليه انقطاع التقادم؛ لأن التقديم في التفليسة يعتبر بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة بالدين[٢].

السبب الثاني: إقرار المدين بحق الدائن

تقول المادة (٤٥٩) مدني أردني[٣]: "إقرار المدين بالحق صراحة، أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى"، ومن الواضح أن النص لا يقيد الإقرار بشرط ما، وإنما يترتب أثره في قطع التقادم، سواء أكان صريحاً، أم ضمنياً، مكتوباً، أم غير مكتوب، وارداً على سند الدين ذاته، أم على سند منفرد. وقد ذكرت المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني بدورها الإقرار وهي في صدد الكلام في انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك، ولكنها ذكرته مقيداً بشرط أن يكون حاصلاً "بموجب وثيقة مستقلة"، أي الوثيقة المشتملة على الإقرار والمستقلة عن ورقة الشيك، والذي يترتب عليها تجديد الدين المبين في الشيك[٤].

وقد يتبادر إلى الذهن، أن المشرع الأردني أراد مخالفة القواعد العامة، فلم يجعل الإقرار سبباً لانقطاع التقادم إلا إذا كان حاصلاً بسند منفرد. غير أن هذا المعنى يجب أن يستبعد، لأن المشرع الأردني لم يشأ أن يتكلم في المادة (٢/٢١٥) عن أسباب انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك، قاصداً بذلك الإحالة في شأنها على القواعد العامة، وإنما قصر عنايته على بيان الأحوال التي يستبدل فيها التقادم العادي بتقادم الدعوى الصرفية للشيك بعد انقطاعه، أي الأحوال التي يترتب فيها على سبب الانقطاع تجديد الدين، وتغيير طبيعة التقادم تبعاً لذلك.

هذا هو الأصل، الذي يجب أن تفسر على ضوئه عبارة "أو حصل إقرار به بموجب وثيقة مستقلة"، الواردة في المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني، فيجب إذن أن تفسر هذه العبارة بالكيفية الآتية: يترتب على الإقرار في جميع الفروض قطع تقادم الدعوى الصرفية للشيك، كما هو الشأن في التقادم العادي، ومتى

(١) الشواربي، عبدالحميد، المرجع السابق، ص٣٨١.

(٢) شفيق، محسن، القانون التجاري المصري، الأوراق التجارية، ص٩٥٨.

(٣) تقابل المادة (١/٣٨٤) من القانون المدني المصري التي جاء نصها على النحو الآتي: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً".

(٤) شفيق، محسن، المرجع السابق، ص٩٦١.

انقطع تقادم الدعوى الصرفية للشيك بالإقرار، بدأ تقادم صرفي آخر طبقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة (١/٤٦١) مدني أردني التي تقول: "إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى".

غير أنه إذا حصل الإقرار بدين الشيك "بموجب وثيقة مستقلة"، فإن التقادم الجديد الذي يسري بعد انقطاع التقادم المنصوص عليه في المادة (٢٧١) تجارة أردني، يكون من النوع العادي، الذي مدته خمس عشرة سنة، وفقاً للمادة (٤٤٩) مدني أردني، بمعنى أن الإقرار القاطع لتقادم دعوى الشيك الصرفي على نوعين: إقرار عادي يترتب عليه انقطاع التقادم المنصوص عليه في المادة (٢٧١) تجارة أردني، وسريان تقادم جديد من النوع ذاته، وإقرار "بموجب وثيقة مستقلة" يترتب عليه بدوره انقطاع التقادم المنصوص عليه في المادة (٢٧١) تجارة أردني، ولكن لا يعقبه إلا تقادم من النوع العادي[١].

وقد ذكرت المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني بدورها تسديد الملتزم جزءًا من الدين، وهي في صدد الكلام في انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك، دون أن تقيد ذلك بأية شروط.

والسبب في انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك، وفقاً للحالات المذكورة في المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني، وتحول التقادم الصرفي إلى تقادم عادي تكون مدته خمس عشرة سنة، أن قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم الصرفي تزول بصدور الحكم، أو الإقرار بالدين في صك مستقل، أو الواقعة المثبتة للوفاء الجزئي، ويصبح المدين ملتزماً بناءً على الحكم الصادر ضده، أو الصك المشتمل على الإقرار، أو الواقعة المثبتة للوفاء الجزئي، لا بمقتضى السند، أي أن هناك تجديداً لمصدر الدين يترتب عليه خروج الدين من نطاق الديون الصرفية، ويدخل نطاق الديون العادية التي تتقادم وفقاً للقواعد العامة[٢].

الفرع الثالث: أثر الانقطاع على تقادم الدعوى الصرفية للشيك

إذا انقطع تقادم الدعوى الصرفية للشيك ترتب على ذلك زوال المدة السابقة على قيام سبب الانقطاع، وسريان تقادم جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي نفسها مدة التقادم الأول (المادة ١/٤٦١) مدني أردني[٣].

(١) هذا ما جرى على تفسيره الفقه المصري، انظر: شفيق، محسن، مرجع سابق، ص٩٥٩، كذلك الشواربي، عبدالحميد، مرجع سابق، ص٣٨٢.

(٢) العكيلي، عزيز، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٣) العكيلي، عزيز، مرجع سابق، ص٢٠٠.

فالأصل أن يكون التقادم الجديد من نوع التقادم الذي انقطع فيكون طويلاً، أو خمسياً، أو قصيراً، تبعاً لنوع هذا التقادم الأخير، ولا يستثنى من هذا إلا ثلاثة فروض نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) تجارة أردني، ويستبدل فيها التقادم الطويل الذي مدته خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسي، أو القصير الذي انقطع. هذه الفروض الثلاثة، هي:

١) إذا صدر حكم بالدين وحاز الحكم قوة القضية المقضية، إذ لا يتعلق التقادم عندئذ بالدين وإنما بالحكم.

٢) إذا حصل إقرار من المدين بالدين بموجب وثيقة مستقلة على الوجه السابق بيانه.

٣) إذا قام المدين بتسديد جزءٍ من الدين.

هذه هي الأحكام العامة التي وضعها القانون المدني بشأن انقطاع التقادم، ولم تهتم المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني بأحكام انقطاع الدعوى الصرفية للشيك إلاَّ من ناحية واحدة هي بيان الأحوال التي يستبدل فيها التقادم الطويل الذي مدته خمس عشرة سنة، بتقادم الدعوى الصرفية للشيك الذي انقطع، والذي حصرته المادة المذكورة في الثلاثة فروض السابق ذكرها.

فيجب إذن أن تطبق على انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك الأحكام الواردة بالقانون المدني بشأن الانقطاع وآثاره، على أن تضاف إليها الأحكام الخاصة التي ذكرتها المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني فيما يتعلق بنوع التقادم الجديد الذي يسري بعد انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

أما عن أثر انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك بالنسبة إلى الملتزمين المتضامنين: فإذا انقطع تقادم الدعوى الصرفية للشيك بالنسبة إلى أحد الملتزمين في ورقة الشيك، فهل ينقطع أيضاً بالنظر إلى الملتزمين المتضامنين معه في الالتزام الصرفي للشيك؟ هذا الموضوع محل جدل في فرنسا، وكان لهذا الجدل صدى في مصر، وهي في كنف القانون المدني القديم، لأن هذا القانون – كالقانون المدني الفرنسي– كان يقيم التضامن على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين، ولذا كان يرتب على انقطاع التقادم بالنسبة إلى أحدهم انقطاعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين[١].

(١) للمزيد ولزيادة في التفصيل، انظر شفيق، محسن، مرجع سابق، ص٩٦٧. ولم يأخذ المشرع المصري في القانون المدني الجديد بفكرة النيابة في التضامن إلا فيما يعود بالنفع على المدينين المتضامنين، ونبذها فيما يعود عليهم بالضرر. ولهذا نصت المادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري الجديد على أنه: "إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين".

هذا الجدل ليس له محل في تشريعنا، حيث تنص المادة (٢١٦) تجارة أردني على أنه: "لا يكون لانقطاع التقادم من أثر إلا بالنسبة لمن اتخذ اتجاهه الإجراء القاطع في سريانه"[١].

وعلى هذا، إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الملتزمين في الشيك، فلا يسري أثر هذا الانقطاع على الملتزمين الآخرين، وهذا الحكم تطبيق لمبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية[٢]، وفي ذلك يتفق حكم قانون التجارة مع حكم القانون المدني، حيث نصت المادة (٢/٤٣٤) مدني أردني على أنه: "وإذا انقطع مرور الزمان أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فليس للدائن أن يتمسك بذلك قبل الباقين".

بمعنى أن الدائن لا يمكنه أن يتمسك بهذا الانقطاع قبل باقي المدينين المتضامنين، وإن اكتملت مدة التقادم انقضى التزام المدينين بهذا السبب، حتى وإن لم ينقض بالنسبة للمدين الأول الذي تحقق في مواجهته سبب الانقطاع[٣].

المطلب الثاني: وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك

وسوف نعرض لموضوع وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك من حيث تعريفه، ثم أسباب الوقف، وأخيراً نعرض لأثر الوقف على تقادم الدعوى الصرفية للشيك، وذلك من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الوقف:

قد يحدث أثناء سريان مدة التقادم ما يحول بين الدائن وبين المطالبة بحقه، فيقال عندئذٍ إنَّ مدة التقادم قد أوقفت أثناء الفترة التي لم يكن باستطاعة الدائن فيها أن يطالب بحقه، ثم تعود هذه المدة إلى السريان من جديد عند زوال السبب الذي يكون قد أدى إلى الإيقاف[٤]، وقد عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "ميزة خولها القانون لبعض الأشخاص الذين يكونون في حالة تمنعهم من المراجعة القضائية بسبب عذر من الأعذار القانونية كالصغر، والجنون، والعتة، والغياب في ديار بعيدة، والتغلب (القوة القاهرة)، كما هو واضح من نص المادة (١٦٦٣) من المجلة، وقد رتب القانون على وقف التقادم

(١) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية مدني رقم (٢٠١٥/١٥١٩ تاريخ ٢٠١٦/٢/٢٩) منشورات مركز عدالة.

(٢) الشواربي، عبدالحميد، مرجع سابق، ص٣٨٣.

(٣) الفار، عبدالقادر، مرجع سابق، ص١٧٩، وانظر: كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص٤٧٥، حيث اعتبرت ذلك خروجاً عن فكرة النيابة التبادلية.

(٤) عمران، محمد، مرجع سابق، ص٢، كذلك أبو عرابي، غازي، مرجع سابق، ص١٧٩.

منع سريان مدة التقادم مع سريانها بعد زوال السبب الذي دعا إليه على أن تضاف المدة السابقة لإقامة الدعوى ويبدأ تقادم جديد من تاريخ إسقاط الدعوى(١).

الفرع الثاني: أسباب الوقف

تقول المادة (١/٤٥٧) من القانون المدني الأردني: "يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وُجِد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق". فلم يشأ المشرع المدني الأردني إذن أن يعين أسباب وقف التقادم على وجه الحصر كما فعل بالنسبة إلى أسباب انقطاعه، وإنما اكتفى بذكر الأصل الذي تجتمع عنده أسباب الوقف، وهو وجود العذر الشرعي الذي يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه، ولذلك فإننا سنكتفي بذكر أمثلة على العذر الشرعي الذي يتعذر معه المطالبة بالحق: في مقدمة الأعذار الشرعية التي يتعذر معها المطالبة بالحق القوة القاهرة، كما إذا نشبت حرب حالت بين الدائن وبين المطالبة بحقه، أو فيضان، أو زلزال، أو عزلت المنطقة التي يقيم فيها الدائن أو المدين لمرض وبائي فيها، ومنع الوصول إليها، أو الخروج منها، ففي مثل هذه الحالات يقف سريان التقادم ما بقيت هذه الاستحالة قائمة(٢).

ومن الأمور التي توقف سريان مدة التقادم المسقط للعذر الشرعي الذي يمنع من المطالبة بالحق الموانع الأدبية، كالصلة بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة، وبين الأشقاء(٣)، فإذا تحقق المانع الأدبي بالنسبة إلى حامل الورقة التجارية، وجب وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك حتى يزول المانع، وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية: "وبما أن المادة (١/٤٥٧) من القانون المدني أشارت للعذر الشرعي بشكل مطلق فهو يشمل العذر المادي والأدبي معاً، ومن شأنه أن يوقف سريان مدة مرور الزمن، وحيث إن الثابت بأن المدعي والمدعى عليه هما شقيقان فإن العلاقة التي تربطهما هي علاقة قرابة من الدرجة الثانية حسب أحكام المادتين (٣٦ و٣٧) من القانون المدني، وبالتالي فإن ذلك يشكل مانعاً أدبياً موقفاً لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى..."(٤). وتقدير وجود المانع الأدبي، متروك

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (١٩٧٢/٣٢٥ تاريخ ١٩٧٢/٩/٧م)، منشورات موقع قسطاس.
(٢) عمران، محمد، مرجع سابق، ص١٩.
(٣) الفرا، عبدالله خليل، الدفع بعدم سماع دعوى الميراث لمرور الزمن عليها، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية التي تصدر عن الجامعة الإسلامية، غزة، مجلد٢٠، عدد٢، ص٢٨٨
(٤) قرار محكمة التميز الأردنية (حقوق) رقم (٢٠١٣/٣٩٠٤ تاريخ ٢٠١٤/٣/١٧م)، ورقم (٢٠٠٥/٤٤٥٧ تاريخ٢٠٠٦/٧/١١م)، منشورات مركز عدالة.

لتقدير قاضي الموضوع، حيث أن المشرع تحاشى تعداد الموانع التي يقف بسببها سريان التقادم[١]، كذلك يتوقف سريان مدة التقادم المسقط للعذر الشرعي الذي يمنع من المطالبة بالحق بسبب نقصان الأهلية، حيث جرى الاجتهاد القضائي الأردني على أن: "القصر يوقف مرور الزمن وفق مقتضيات المادة (٤٥٧) من القانون المدني وبأن التقادم لا يسري بحق القاصر وتقف المدة حتى بلوغ سن الرشد ولو كان له نائب يمثله قانوناً"[٢].

الفرع الثالث: أثر الوقف في تقادم الدعوى الصرفية للشيك

عندما يتم وقف التقادم لأي سبب من الأسباب، فإن المدة التي تقررَ وقف التقادم خلالها لا تعتبر في سريان التقادم ولا تحسب من مدته[٣]، حتى إذا زال هذا المانع استأنف التقادم سريانه، وعند حساب المدة اللازمة للتقادم تستبعد فقط مدة الوقف ثم تضم المدة التي سبقت الوقف إلى المدة التي تلته[٤].

أما عن أثر وقف التقادم بالنسبة إلى الملتزمين المتضامنين، فإذا وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك بالنسبة إلى أحد الملتزمين فيه، فلا يترتب على ذلك وقفه بالنسبة إلى الملتزمين الآخرين، لأن التضامن أصبح لا يقوم في كنف القانون المدني الأردني على فكرة النيابة التبادلية إلا فيما يعود بالنفع على المدينين المتضامين (المادة ٢/٤٣٤). وبالمثل، إذا تعدد ساحبو الشيك، فإن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يحدث أثراً بالنسبة إلى الآخرين، فتظل المدة سارية فيما يتعلق بهم[٥].

(١) الفار، عبدالقادر، مرجع سابق، ص٢٤٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٢٠٠٧/٣٦٧م تاريخ ٢٠٠٧/٩/٣م) منشورات مركز عدالة، وانظر: عكس ذلك في القانون المصري حيث المستفاد من المادة (٣٨٢) مدني مصري أن التقادم الذي مدته خمس سنوات أو أقل من ذلك لا يوقف بسبب عوارض الأهلية بحيث يسري التقادم الصرفي في حق الحامل ولو كان قاصراً أو محجوراً عليه بسبب عته أو سفه أو غفلة أو جنون، وسواء في ذلك أكان له أم لم يكن له نائب يمثله قانوناً، أشار إلى ذلك شفيق، محسن، مرجع سابق، ص٩٧١.

(٣) عبداللطيف، محمد، التقادم المكسب والمسقط، ص٦٣، كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (٢٠١٣/٣٩٠٤ تاريخ ٢٠١٤/٣/١٧م)، منشورات مركز عدالة.

(٤) السيد، رباب، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٥) شفيق، محسن، مرجع سابق، ص٩٧٣.

الخاتمة:

تناول هذا البحث أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك في القانون الأردني، فقمنا بدراسة موضوعين، هما: الأحكام الخاصة بتقادم الدعوى الناتجة عن الشيك، وانقطاع ووقف مرور الزمان الصرفي للشيك والأثر الذي يترتب عليهما، وذلك من خلال مبحثين.

لقد اتضح لنا من استعراض جوانب هذا البحث أن نص المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني جعل من تقادم الشيك تقادماً معقداً أو غامضاً، ومثيراً للجدل والخلاف في الفقه والقضاء الأردني، وأن المشرع الأردني لم يتعرض لمسألة وقف التقادم في الدعوى الصرفية للشيك في المادة (٢١٦) من قانون التجارة. وقد خلص هذا البحث إلى العديد من النتائج والاقتراحات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١) مما يلاحظ على الفقرة الأولى من المادة (٢٧١) تجارة أردني، أنها قد أشارت إلى دعوى الحامل قِبَلَ المسحوب عليه، مع أن الأصل أن لا تشير إلى ذلك، والسبب أن الشيك –على خلاف سند السحب– لا يقدم للقبول، فلا ينشئ، والحال كذلك، التزاماً صرفياً في ذمة المسحوب عليه. بمعنى أن رجوع الحامل على المسحوب عليه في الشيك لا يقوم إلا على أساس ملكية الحامل لمقابل الوفاء الموجود عند المسحوب عليه، ولما كان قانون التجارة الأردني لا ينص على هذه الملكية، فقد كان من المنطق أن يقصي رجوع الحامل على المسحوب عليه عن نطاق التقادم الصرفي.

٢) إن صياغة الفقرة الثالثة من المادة (٢٧١) تجارة أردني بالنسبة إلى احتساب مدة التقادم قد جاءت بالنسبة إلى الوقت الذي يبدأ فيه سريان مدة التقادم على سبيل التخيير باستعمالها حرف (أو)، والحقيقة أن هذه الموقف منتقد لأن حق الملتزم بوفاء الشيك الذي يطالب به باقي الملتزمين، لا ينشأ إلا من تاريخ قيامه بوفاء قيمة الشيك.

٣) إنه في حال قيام الساحب بسحب كامل الرصيد أو بعضه بحيث لا يفي الباقي لوفاء الشيك، فإن الساحب لا يستطيع أن يستفيد من إثارة دفع الدعوى الصرفية بالتقادم، وقد اختلف القضاء والفقه الأردني في مدة تقادم هذه الدعوى بين التقادم الطويل، والتقادم الخمسي، وتقادم دعوى الإثراء بلا سبب (ثلاث إلى خمس عشرة سنة).

٤) إن تقادم دعاوى حامل الشيك في التشريع الأردني أصبح مزدوجاً، وإن نص المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني جعل من تقادم الشيك تقادماً معقداً، أو غامضاً، ومثيراً للجدل، والخلاف في الفقه والقضاء الأردني، إذ بينما لا تسمع الدعوى على الساحب، والمظهرين، وسائر الملتزمين

بمضي ستة شهور من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم في حين لا تسمع دعوى الحامل قبل المسحوب عليه بمضي خمس سنوات تبدأ من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء، وأن هذا الازدواج غير مرغوب فيه إذ من الخير توحيد مدة التقادم بالنسبة إلى جميع الملتزمين في الشيك.

٥) لم يتعرض المشرع الأردني–والفقه الأردني على حد علمنا واطلاعنا–لمسألة وقف تقادم الدعوى الصرفية للشيك، لذلك فإنه يخضع لأسباب الوقف وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني.

٦) إن إقرار المدين بحق الدائن صراحة، أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى الصرفية للشيك، بحيث تبدأ مدة جديدة كالمدة الأولى، غير أنه إذا حصل الإقرار بدين الشيك بموجب وثيقة مستقلة، فإن التقادم الجديد الذي يسري يكون من النوع العادي الذي مدته خمس عشرة سنة.

ثانياً: الاقتراحات:

نوصي في نهاية هذا البحث – المتواضع – بالنظر في هذه الاقتراحات ومدى إمكان دراستها وإعمالها، بإذن الله سبحانه وتعالى، والتي من شأنها أن تؤدي – من وجهة نظرنا الشخصية– إلى جمع أحكام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية للشيك، وهي:

١) نقترح على المشرع الأردني أن ينص صراحة في قانون التجارة الأردني على انتقال ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الشيك المتعاقبين، أو الإحالة إلى النص المتعلق بسند السحب؛ لأن ملكية مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه لا تنتقل من الساحب إلى المستفيد من الشيك، أو إلى حملته المتعاقبين باعتبار النص المتعلق بسند السحب لا ينطبق على الشيكات دون نص صريح، أو إحالة إلى النص، نرى أنه لا بد من النص.

٢) إننا نوافق بعض الفقه[١] في أنه: "حتى يستقر تفسير نص المادة (٣/٢٧١) تجارة أردني منطقياً، فإنه لا بد من إضافة عبارة (أيهما أسبق) إلى نهاية نص المادة المذكورة، بحيث يفهم منها أن المقصود هو أن رجوع أي من الملتزمين تجاه بعضهم البعض يسقط بمرور ستة شهور من تاريخ مخاصمته من قبل الحامل الشرعي أيهما أسبق، وعلى ضوء ما تقدم فإننا نوصي المشرع الأردني بالأخذ بذلك.

(١) القضاة، فياض، المرجع السابق، ص٤٤٥ .

٣) نقترح على المشرع الأردني أن يتعرض لتحديد تجارية الشيك، ونقترح، بل ندعو بشدة القضاء الأردني إلى إعمال القواعد العامة بحيث لا يعتبر الشيك تجارياً إلا إذا حرر بمناسبة عملية تجارية، وإن الشيك المسحوب من تاجر تنهض قرينة على أنه محرر بمناسبة نشاطه التجاري، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس؛ لأن لأهمية تحديد الصفة التجارية، أو المدنية للشيك دوراً مهماً في خضوع، أو عدم خضوع الشيك لأحكام قانون الصرف من حيث تقادم الحق الصرفي، وتفعيلاً واضحاً لنص المادة (٥٨) من قانون التجارة الأردني لأنه من غير المعقول –منطقاً أو قانوناً– أن نتجاهل نص المادة (٥٨) تجارة أردني إذا أنشئ الشيك بمناسبة عملية تجارية؛ لأنه – من وجهة نظرنا الشخصية– يجب أن يخضع للتقادم المنصوص عليه فيها وهو التقادم العشري.

٤) نقترح إدخال تعديل جذري على نص المادة (٢٧١) من قانون التجارة الأردني، وذلك بجعل مدة تقادم الدعوى الصرفية للشيك واحدة، ومحصورة في نص واحد، وأن تكون هذه المدة قصيرة، ونقترح أن تكون ستة شهور لتقادم جميع دعاوى الرجوع الناشئة عن الشيك بوصفه أداة وفاء تقتضي السرعة في المطالبة بالدفع وإقامة دعاوى عند الامتناع عنه، علماً بأن هذه المدة قد اختارها مؤتمر جنيف الموحد للشيك في المادة (٥٢) منه، وكثير من التشريعات التي سبق لنا الإشارة إليها في البحث، ومن الواضح أن الإبقاء على نص الفقرة الأولى من المادة (٢٧١) تجارة أردني يؤدي إلى ازدواج نظام التقادم في الشيك، إذ يخضع عندئذٍ رجوع الحامل على الساحب، والمظهرين، وغيرهم من الملتزمين للتقادم الصرفي الذي مدته ستة أشهر، بينما يخضع رجوعه على المسحوب عليه للتقادم الخمسي، ولا سبيل لتفادي هذا الازدواج إلا إذا عُدلت المادة (١/٢٧١) بتعديل نصها وفقاً لما اقترحناه.

٥) نقترح على المشرع الأردني أن يتعرض صراحة لمسألة وقف التقادم في الشيك وأثره، كما تعرض لذلك صراحة لمسألة انقطاعه.

نقترح على المشرع الأردني أن يطبق على انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك أحكاماً خاصةً يتم النص عليها في قانون التجارة الأردني، لأن نص المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني بشأن انقطاع تقادم الشيك وآثاره تثير إشكالاً قانونياً يتطلب الخروج منه تطبيق الأحكام الواردة بالقانون المدني على أن تضاف إليها الأحكام الخاصة التي ذكرتها المادة (٢/٢١٥) تجارة أردني فيما يتعلق بنوع التقادم الجديد الذي يسري بعد انقطاع تقادم الدعوى الصرفية للشيك.

المراجع

الكتــب:

الأغرقي، أشواق صياح، الوفاء بقيمة الشيك، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع: almerja.com/reading.php.

البريري، مختار، الأوراق التجارية، مصر، الناشر: دار النهضة العربية، لا يوجد رقم طبعة، ١٩٩٦م.

الجبوري، ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني (أحكام الالتزامات)، عمان، الناشر: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، ٢٠٠٣م.

الحاج، راستي إلياس، مرور الزمن الجزائي (دراسة مقارنة)، لبنان، الناشر، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

زايد، أحمد وآخرون، مبادئ القانون التجاري، عمان، الناشر: دار يافا، ٢٠٠٠م.

السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، بيروت–لبنان، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٠م.

السوايطة، حنان، تقادم الأوراق التجارية مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع: master.contentieux@gmail.com .

شفيق، محسن، القانون التجاري المصري، الأوراق التجارية، مصر، الناشر: دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٤م.

الشواربي، عبدالحميد، الأوراق التجارية، مصر، الناشر: المكتب الجامعي الحديث، دون تاريخ طبعة.

عبدالرحمن، نائل، تاريخ إصدار الشيك، عمان، لا يوجد دار نشر، ١٩٨٥م.

عبداللطيف، محمد، التقادم المكسب والمسقط، الطبعة الأولى، الناشر: دار النشر للجامعات المصرية، لا يوجد رقم طبعة، ١٩٥٧م.

العريني، محمد فريد، القانون التجاري، لبنان، الناشر: الدار الجامعية، بيروت، لا يوجد رقم طبعة، ١٩٨١م.

العطير، عبدالقادر، الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمان، الناشر: دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.

العكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، عمان، الناشر: مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٨م، دون تاريخ طبعة.

عيد، أدوارد، الإسناد التجارية، لبنان، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية، لا يوجد رقم طبعة، ٢٠٠٨م.

الفار، عبدالقادر، أحكام الالتزام، عمان، الناشر: دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.

قزمان، منير، الكمبيالة في ضوء الفقه والقضاء طبقاً للقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، مصر، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، لا يوجد رقم طبعة، ٢٠٠٠م.

القضاة، فياض، الأوراق التجارية، عمان، الناشر: دار وائل، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.

كرم، عبدالواحد، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دون دار نشر، لا يوجد رقم ولا تاريخ طبعة.

كريم، زهير عباس، مقابل الوفاء (الرصيد) في الشيك من الناحيتين المدنية والجزائية، عمان، الناشر: دار الثقافة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.

الكيلاني، محمود، القانون التجاري والأوراق التجارية، عمان، دون دار نشر، ١٩٩٠م.

مرقس، سليمان، في الالتزامات أحكام الالتزام، الناشر: دار الكتب القانونية شتات، مصر، صادر لبنان، الطبعة الثانية، لا يوجد تاريخ طبعة.

الأبحاث:

أبو الهيجاء، محمد إبراهيم، والرجوب، عبد السلام محمد عوض، النظام القانوني للرجوع القضائي لحامل الكمبيالة في قانون التجارة الأردني، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد٤، السنة٣٨، ربيع الأول ١٤٣٦هـ- ديسمبر ٢٠١٤م.

أبو عرابي، غازي، مرور الزمان المسقط لدعاوى التأمين في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات -العلوم الإنسانية والاجتماعية التي تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، مجلد ١٠، عدد١ .

بحار، عبدالرحيم، التقادم في المادة التجارية، مجلة الملف – المغرب، العدد٩، ٢٠٠٦م.

الحياري، أحمد إبراهيم، الاتجاهات الحديثة في تحديد بدء مدة تقادم دعوى الفعل الضار، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، المجلد٣٦، العدد٢، ٢٠٠٩م.

الخميس، محمد بن سعود، أثر التقادم في الواجبات المالية، مجلة العدل التي تصدر عن وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، العدد الواحد والخمسين، رجب ١٤٣٢هـ – السنة الثالثة عشرة.

السيد، رباب عنتر، سقوط العقوبة بالتقادم بين الشريعة والقانون الوضعي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن جامعة المنصورة، مصر، العدد ٤٣، السنة ٢٠٠٨م.

صابر، محمد، تقادم الأوراق التجارية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن التي تصدر عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المغرب، العدد ٣٨

عمران، محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه (التقادم المسقط)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس، العدد٢، السنة١٤، ١٩٧٢م.

المصاروة، هيثم حامد، مرور الزمان المانع من سماع الدعاوى الناشئة عن عقد العمل في القانون الأردني: دراسة موازنة في القانون المدني وقانون العمل، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية التي تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا في جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، عمان، الأردن، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني، ٢٠٠٨م.

الرسائل الجامعية:

المشافي، حسين أحمد، (١٩٩٧م): أحكام التقادم في القانون التجاري: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن.

سالم، محمود محمد، (١٩٧٧م): السقوط والتقادم في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، مصر، جامعة عين شمس.

التشريعات:

قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م وتعديلاته المنشورة في الجريدة الرسمية: صفحة (٧٣٥)، عدد (٣٥٤٥) تاريخ ١٩٨٨/٤/٢م.

قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م، المنشور في الجريدة الرسمية: صفحة (٤٧٢) عدد (١٩١٠) تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠م.

قانون التجارة القطري رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦م.

القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.

القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المنشور في الجريدة الرسمية، صفحة (٢) عدد (٢٦٤٥) تاريخ ١٩٧٦/٨/١م.

القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م الصادر عن مجلس قيادة الثورة في العراق بتاريخ ١٩٩٢/٤/٦م.

الأحكام القضائية:

قرارات محكمة التمييز الأردنية، من منشورات مركز عدالة (متاح للمشتركين: www.adaleh.com)، أو من منشورات مجلة نقابة المحامين الأردنيين، أو من موقع قسطاس (متاح للمشتركين: www.qistas.com)، ومجلة العلوم القانونية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الأول، السنة ١٩٦٩م.

النزاع في الصحراء الكبرى دراسة في سيناريوهات المستقبل ومعوقات الحل (١٩٧٥-٢٠١٧)

د. خالد حامد شنيكات *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٧/٥/١٠م. تاريخ القبول: ٢٠١٧/١٠/٣٠م.

ملخص

تتناول هذه الدراسة بالتحليل قضية نزاع الصحراء الغربية التي تعد أهم النزاعات الإقليمية في القارة الإفريقية، فقد استمرت أكثر من أربعين عاماً من الخلافات الجوهرية دون وجود حلٍ يرضي كافة الأطراف المتنازعة، وتهدف الدراسة إلى بيان التغيرات الدولية والإقليمية التي أثرت في أطراف النزاع، وفي ميكانزمات النزاع وتغيراته، التي أعاقت فرص الحل، وقد استخدمت الدراسة المنهج التاريخي والمقارن في الوصول والإجابة وقد استخدمت الدراسة المنهج التاريخي والمقارن والقانوني في الوصول والإجابة عن فرضية الدراسة، وهي أن هناك علاقة ارتباطية ما بين ترجيح سيناريو حل الصراع (التقسيم أو الحكم الذاتي، أو السيناريو الأممي) في نزاع الصحراء الغربية ومواقف أطراف الصراع، وطبيعة وجوهر السيناريو نفسه.

وتوصلت الدراسة إلى أن كل سيناريو له فرص وقيود، فالتقسيم هو السيناريو المستمر منذ الهدنة، وأما سيناريو الحكم الذاتي فهو مقترح حل على طاولة المفاوضات يتطلب موافقة البوليساريو، ولدى هذا السيناريو فرص وقيود أيضاً، أما السيناريو الأخير (الأممي) فيشير إلى المحاولات التي تقوم بها الأمم المتحدة والتي قد يكون لها فرصة على المدى المتوسط والطويل الأجل.

وبالنسبة للأسباب التي أعاقت الحل، توصلت الدراسة إلى أن هناك أكثر من سبب أعاق حل النزاع، منها: المواقف الدولية المرتبطة بغياب المصلحة الملحة لحل النزاع، بالإضافة لتصلب مواقف أطراف النزاع.

الكلمات الدالة: الأمم المتحدة، الجزائر، المغرب، النزاعات الدولية، البوليساريو.

* قسم العلوم الأساسية، كلية السلط للعلوم الإنسانية، جامعة البلقاء التطبيقية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Conflict in the Great Sahara: A study in Future Scenarios and Resolution Obstacles

Dr. Khaled H. Shenikat

Abstract

This study analyzes the issue of the Western Sahara conflict, which is the most important regional conflict on the African continent. The conflict lasted more than forty years without a solution that satisfies conflicting parties. The study shows international and regional changes that have affected the parties of the conflict and the conflict mechanisms and changes that have hampered the chances of a solution.

The study used the historical, comparative and legal approach in reaching and answering the hypothesis of the study, namely that there is a correlation between the weighting of the conflict resolution scenario (partition, autonomy, or the international scenario) in the Western Sahara conflict and the positions of the parties to the conflict, as well as the nature and essence of the scenario itself.

The study found that each scenario presented for solution has opportunities and limitations.

The latter scenario that is introduced by the United Nations may have an opportunity in the short and long term.

The reasons that hampered the solution. The study found out that is the international attitudes associated with the absence of urgent interest to resolve the conflict, as well as the hard positions of the conflicting parties.

Keyword: United Nations, Algeria, Morocco, International Disputes, Polisario.

النزاع في الصحراء الكبرى[١]: دراسة في سيناريوهات المستقبل ومعوقات الحل (١٩٧٥-٢٠١٧)

المقدمة:

تعد قضية نزاع الصحراء الغربية من أهم النزاعات الإقليمية في القارة الإفريقية التي استمرت أكثر من أربعين عاماً من الخلافات الجوهرية دون وجود حلٍ يرضي كافة الأطراف المتنازعة، وارتبط ذلك بتبني كل طرف طريقته في حل للصراع، وساهمت التدخلات الدولية في استعصاء الحل إبان الحرب الباردة، إذْ أصبح النزاع جزءا من سياسات الحرب الباردة، وضمن حلقات الصراع بين الاتحاد السوفييتي السابق والولايات المتحدة الأمريكية.

ولم يغير انتهاء الحرب الباردة من واقع الصراع كثيرا، رغم تدخل كل من الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي، لقد بقي الصراع دون حل، لكن الملاحظ أن الصراع انحصر شيئا فشيئا في ثلاثة سيناريوهات فقط: سيناريو التقسيم، الحكم ذاتي، وما اسميناه السيناريو الأممي (خيار الاستفتاء)، والذي تطورت فكرته بشكل كبير من مراقبة وقف اطلاق النار، إلى تقديم تقارير شاملة حول كل مضامين الصراع وأبعاده، وتعد بعثة الأمم المتحدة المينورسو أبرز أدواته، مع تراجع بشكل كبير لفكرة الاستقلال كسيناريو برز مع خروج الاستعمار الإسباني من الصحراء، واحتمال تدهور الأوضاع والعودة للخيار العسكري.

المشكلة البحثية:

تتلخص في دراسة وتحليل كل من سيناريو الحكم الذاتي والتقسيم، وما أسميناه السيناريو الأممي (خيار الاستفتاء) كسيناريوهات تهيمن على مستقبل الصراع، وستجيب الدراسة على تساؤلين رئيسيين: الأول: ما هو السيناريو المتوقع في حل نزاع الصحراء الكبرى؟ والثاني: ما الأسباب التي أعاقت حل النزاع رغم مرور أكثر من ٤٠ عاما على ظهوره؟

أهمية البحث:

الأهمية النظرية (العلمية): تعرف بما سيتم من معلومات جديدة إلى الظاهرة المبحوثة يكون لها أثر فاعل في توضيح بعض الظواهر التي لم يتم توضيحا، وتبرز في اعادة قراءة النزاع، وتوضيح

(١) هناك اختلاف في تسمية النزاع، إذْ تستخدم الدراسات الأكاديمية الأجنبية لوصف النزاع بـ "الصحراء الغربية Western Sahara"، وتستخدم المغرب الصحراء المغربية للدلالة على أن هذه الصحراء جزء من المغرب، وهناك ايضا من يستخدم مصطلح الساقية الحمراء ووادي الذهب كون النزاع يدور حول هذه المناطق فقط وليس الصحراء، وقد ارتأينا أن نستخدم مصطلح الصحراء الكبرى لأن المنطقة صحراوية وكذلك استخدمنا مصطلح الصحراء الغربية للدلالة على الجهة التي تقع بها منطقة النزاع، وبهذا نتفق مع الدراسات الأكاديمية التي تناولت الموضوع.

المستجدات والمتغيرات عليه والأسس الجديدة التي تتبناها الأمم المتحدة في التعامل مع النزاع، بالإضافة لإعادة تحديد العوامل التي تعيق حل النزاع.

الأهمية التطبيقية (العملية): تعرف بالإجابة عن سؤال ما الفائدة العملية التي سوف يحصل عليها الباحث من إجراء البحث؟ وإمكانية تطبيق نتائجها، وتظهر في البحث من خلال محاولات المزاوجة بين الدبلوماسية والممارسة في التطبيق، وبالإضافة إلى طرح المبادرات وتطبيق أساليب التفاوض كممارسة فعلية في حل الصراع، ومحاولة تعميم الرؤى والحلول لصناع القرار.

أهداف البحث:

١- تبيان وتوضيح دور الأمم المتحدة في حل النزاع في الصحراء الغربية الذي مازال قائماً إلى الآن (٢٠١٧) باعتبارها وسيطا في إنهاء التوترات والخلافات بين الأطراف المتنازعة.

٢- توضيح مواقف الأطراف المتنازعة في نزاع الصحراء الكبرى، وحيث مطالبة المغرب بوحدة التراب كجزء من الدولة باكتمال السيادة الكاملة بالامتداد الجغرافي لها، ومطالبة البوليساريو بالاستفتاء، ومطالبة الجزائر بامتلاك ممر على شواطئ المحيط وميناء يخصها، ومطالبة موريتانيا بامتلاك جزء من الصحراء الغربية.

٣- بيان التغيرات الدولية والإقليمية التي أثرت في أطراف النزاع، وفي ميكانزمات النزاع وتغيراته.

فرضية الدراسة:

هناك علاقة ارتباطية ما بين ترجيح سيناريو حل الصراع (التقسيم أو الحكم الذاتي، أو السيناريو الأممي) في نزاع الصحراء الغربية ومواقف أطراف الصراع، وطبيعة وجوهر السيناريو نفسه، بمعنى أن أطراف الصراع الأساسية وطبيعة تشخيص الصراع والمستجدات على الصراع تلعب دورا أساسيا في ترجيح أحد السيناريوهات الآتية (التقسيم، الحكم الذاتي، السيناريو الأممي).

منهجية البحث:

- المنهج القانوني: يساعد هذا المنهج في فهم موضوع الدراسة من خلال الاعتماد على البعد القانوني للموضوع كالمعاهدات وقرارات مجلس الأمن، أي دراسة القاعدة القانونية وتتبعها وإيجاد حلول للمشاكل القانونية المطروحة على أرض الواقع والتي يستخدمها الباحث في الوصولِ إلى مجموعةٍ من الاستنتاجات التي تساعدهُ في عمليّة البحث.
- المنهج التاريخي: سنستخدم هذا المنهج لفهم التتبع التاريخي لجذور النزاع وتطوره؛ وذلك لأخذ عامل الزمن بعين الاعتبار، ولوصف الموضوع باستفاضة للوصول إلى نتائج البحث، وجمع المعلومات

والمعطيات التي تهم الدراسة، والتركيز على مجمل المستويات المتعلقة بالنزاع من خلال سرد الوقائع وتحليل أبعاد المشكلة وتفاعلاتها الإقليمية والدولية، وتبيان مواقف أطراف النزاع وعرض الحلول المقترحة من قبل أطراف النزاع والأمم المتحدة والإجابة عن التساؤلات وفرصيات الدراسة، كما يفيد المنهج في الكشف عن العلاقات القائمة.

النطاق الزمني للبحث:

تتناول هذه الدراسة الموضوع منذ عام ١٩٧٥، أي خروج الاستعمار وظهور الصراع إلى العلن إلى عام ٢٠١٧، وانتهت الدراسة إلى هذا التاريخ أي تاريخ الانتهاء من البحث؛ لضمان إدخال كافة التطورات والتغيرات والمستجدات على الصراع، ومنها وفاة زعيم حركة البوليساريو محمد بن عبدالعزيز، بالإضافة إلى مقترحات وأفكار الأمم المتحدة حول النزاع.

الدراسات السابقة

أولاً: الدراسات العربية

١-عبد النبي مصطفى (٢٠١٤) استفتاء تقرير المصير في الصحراء الغربية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

تتناول الدراسة إشكالية تنظيم استفتاء تقرير المصير في الصحراء الغربية، وعوائق تطبيق مخطط التسوية للأمم المتحدة والعقبات السياسية التي اعترضت تطبيق ذات المخطط، فالإشكالية القائمة تتمثل في :هل يتجاوب المخطط المطروح للتسوية من قبل الأمم المتحدة مع قواعد القانون الدولي بشأنه؟

وانتهت الدراسة بخاتمة أشارت إلى أن أول تأجيل لاستفتاء تقرير المصير كان سببه المعايير الجديدة التي أدخلها الأمين العام السابق للأمم المتحدة" السيد بيريز دي كويلار "عبر مخطط التسوية في أخر ١٩٩١، وأدت هذه المعايير إلى إدخال عناصر جديدة لتحديد هوية الناخبين وتسجيلهم في القوائم الإنتخابية، وأدى هذا بطبيعة الحال إلى تأجيل استفتاء تقرير المصير الذي كان مقررا تنظيمه في ١٩٩٢، وبهذا تعرض مخطط التسوية الذي قبله طرفا النزاع خلال سنة 1988 إلى تعديلات عميقة أحادية الجانب وبدون إشراك جبهة البوليساريو، وكان ذلك تحت الضغط المغربي.

٢- كفيسي نجلاء (٢٠١٣) العلاقات الجزائرية المغربية آفاقها وواقعها وتطورها ومستقبلها ١٩٦٣-١٩٩٤، رسالة ماجستير، قسم التاريخ، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.

تطرح هذه الدراسة مجموعة من التساؤلات منها:

- ما هي محددات العلاقة بين الجزائر والمغرب في ضوء المتغيرات الدولية والإقليمية ما بين-1994 1963م؟ لماذا جاءت مطالب المغرب الحدودية في الوقت الذي كانت فيه المفاوضات مع فرنسا؟ ماهي أسباب حرب الرمال وأهم لقاءات التسوية؟

وتوصلت الدراسة إلى أن المشكلة الحدودية بين الجزائر والمغرب، مصدر توتر بل كانت سببا كافيا في أن تشعل فتيل الحرب في سنة 1963 هذه الحرب التي سميت بحرب الرمال، والتي راح ضحيتها الكثير من الجزائريين والمغاربة، أما مسألة الحدود فقد حسمت في سنة 1972 من خلال اتفاقية رسم الحدود التي وقع عليها الجانبان الجزائري والمغربي. كما لعب المجتمع الدولي دوراً فعالاً في حسم قضية الحدود الجزائرية المغربية.

٣- العايب، سليم (٢٠١١) الدبلوماسية الجزائرية في إطار منظمة الاتحاد الافريقي، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة/ الجزائر.

تتناول هذه الدرسة موضوع الدبلوماسية الجزائرية وانتشارها السريع في العالم، ودورها الريادي في دعم الحركات التحررية في إفريقيا، وفي تهدئة الأوضاع فيها وتوطيد أواصر التعاون بين الشعوب الإفريقية، وكذا دورها في وضع حد للحرب في القرن الإفريقي ومساهمتها في تفعيل منظمة الوحدة الإفريقية لتواكب التطورات الحاصلة في محيطها وتفعيل مؤسساتها للاستجابة أكثر للتحديات التي تواجهها القارة، وكيف صنع النشاط الدبلوماسي للجزائر مكانة ريادية في الاتحاد الإفريقي في ظل المحددات الداخلية والخارجية؟

وتوصلت الدراسة إلى أن الدبلوماسية الجزائرية عملت على بعث نشاطها من جديد إفريقيا ودوليا واستطاعت أن تحرز تقدما ملحوظا بعد ذلك في بعض الملفات، مثل ملف الصحراء الغربية، وإقناع المجتمع الدولي بضرورة التعاون من أجل التصدي لظاهرة الإرهاب، بالإضافة إلى الحضور الفعال على مستوى أجهزة ومؤسسات الاتحاد الإفريقي.

٤- محمد بوبوس قضية الصحراء ومفهوم **الحكم الذاتي:** وجهة نظر مغربية، سلسلة دراسات استراتيجية، العدد١٣٠، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، الطبعة الأولـــى ٢٠٠٨.

تناولت هذه الدراسة موضوع الحكم الذاتي كطريقة لحل توافقي ونهائي لنزاع الصحراء، وبيّنت مواقف أطراف النزاع سواء المباشرة أم غير المباشرة من الحكم الذاتي.

واستبعدت خيار الاستفتاء كحل لنزاع لكونه قد يؤدي إلى الاستقلال التام أو الانضمام التام، واعبرت ان نتائج هذا الاستفتاء غير واقعية وغير مقبولة، ورأت أن هناك فرصة للحل بسبب أن الحل أصبح مطلبا دولياً وإقليمياً ومحلياً.

٢- الدراسات باللغة الاجنبية

1-Jacob Mundy (2008) The Question of Sovereignty in the Western Sahara Conflict, International Conference of the Jurists for Western Sahara, Institute of Arab and Islamic Studies,University of Exeter27-28 June.

2-Hans Morten Haugen(2007) THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION AND NATURAL RESOURCES:THE CASE OF WESTERN SAHARA, LEAD Journal (Law, Environment and Development Journal), 3/1.

تتناول كل من الدراستين موضوع النزاع بوصفه صراعاً حول السيادة، ما بين رغبة المغرب في السيادة على الصحراء باعتبارها أراضي مغربية، وجبهة البوليساريو التي تسعى لتأسيس دولة مستقلة، وتناول الأمم المتحدة للنزاع بوصفه صراعا حول السيادة.

وأطلق طرفا الصراع –المغرب والبوليساريو– ادعاءات متبادلة حول الصحراء، وأن كليهما ادعى حقه الشرعي في السيطرة على الإقليم وحكمه، ونازعا الشرعية من حكم الآخر.

وتوصلت الدراسة إلى أن حل الصراع يتمثل بإيجاد تسوية حول مسألة السيادة لأنها العقبة التي وقفت باتجاه ايجاد الحل، وأن الاعتماد على قرار محكمة العدل الدولية باعتبار أن السيادة تعود للشعب الصحراوي سيكون مفتاح الحل.

وهناك دراسات تناقش موضوع السيادة وعلاقتها بالمصادر الطبيعية، وفي هذه الدراسات يتم تناول السيناريوهات المختلفة للتحكم بالمصادر الطبيعية للصحراء الغربية كحقول الغاز والبترول والمصائد السمكية وفقا لقرارات الأمم المتحدة وبشكل خاص مؤتمر الأمم المتحدة حول قانون البحار، وإن على الشعب الصحراوي الاعتماد على حقه في استغلال مصادر ثروته

3-Anna-Lena Hoh,(2010) 'THE LAST COLONY OF AFRICA' THE WESTERN SAHARA- MOROCCO CONFLICT ANALYZED THROUGH THE LANGUAGE PRAGMATIC APPROACH, Faculteit der Management wetenschappen, Radboud University Nijmegen.

تتناول هذه الدراسة موضوع الصراع وفق مقترب واقعي لإلقاء نظرة فاحصة على الإجراءات التي اتخذتها الجهات الفاعلة في الصراع، وقد استخدم هذا المنهج لتقديم رؤية حقيقية لأفعال أطراف الصراع الرئيسية (المغرب والبوليساريو (الجمهورية الديمقراطية العربية الصحراوية)) بالإضافة لبعثة الأمم

المتحدة بوصفها وسيطاً بين أطراف الصراع، وكذلك لأطراف التي لها دور غير مباشر في الصراع كالجزائر والولايات المتحدة.

وبدا واضحاً أن الوضع في الصحراء غير مستقر سياسيا بحكم الجغرافيا السياسية منذ ٣٥ عاماً، ورغم احتلال المغرب للصحراء منذ فترة طويلة فإن الصحراويين لم يقبلوا وبقي الصراع مستمرا.

وحاولت الدراسة تقديم إجابة حول لماذا استمر الصراع حتى هذه اللحظة؟ وربطت الإجابة على ذلك بالمجتمع الدولي ومصالحه، فضلا عن المجموعات والدول الإقليمية المعنية وهي الجزائر والمغرب وموريتانيا، التي ما زالت تقاتل من أجل المصالح الاقتصادية والسياسية الخاصة.

4- Mikael Simble(2009) EAST TIMOR AND WESTERN SAHARA – A COMPARATIVE STUDY OF THE DECOLONIZATION PROCESS OF TWO IBERIAN EX-COLONIES, 1 HIST 7602 Thesis paper.

تتناول هذه الدراسة موضوع النزاع بوصفه موضوعا من مواضيع تصفية الاستعمار وذلك بالمقارنة مع موضوع تيمور الشرقية بوصفه تركة من تركات الاستعمار، وأن إنهاء وضع تيمور الشرقية بإجراء الاستفتاء ثم الاستقلال يجب ان يكون مقدمة لإنهاء حالة النزاع في الصحراء الغربية نظرا لتشابه الحالتين من حيث الظروف الموضوع والذاتية.

إن حق تقرير المصير ومبدأ تصفية الاستعمار والتي تعد من الأسباب الأساسية التي على أساسها تأسست الأمم المتحدة يجب أن لاتخضع لاعتبارات الأيديولوجيا أو أية اعتبارات أخرى ترتبط بأطراف الصراع، وأن تطبيق مبادئ القانون الدولي هو الطريق الوحيد لحل الصراع.

5- Matthew Porges & Christian Leuprecht (2016) The Puzzle of Nonviolence in Western Sahara, Democracy and Security, 12:2, 65-84.

تعالج هذه الدراسة مسألة غياب العنف في الصراع الصحراوي من قبل السكان الأصليين منذ دخول القوات المغربية للصحراء الغربية عام ١٩٧٥.

وتحاول الدراسة تقديم إجابة عن تساؤلها الرئيسي حول مغزى غياب العنف في ضوء عدة عوامل منها الدعم الواسع للاستقلال والفوارق الاقتصادية والاجتماعية بين المغاربة والصحراويين والرفض المغربي لثقافة الصحراويين والمقاومة لتطلعات الصحراويين بالاستقلال، مستخدمة نماذج من نظريات اللاعنف وإجراء مقابلات مع الصحراويين من أجل فهم الظاهرة.

وتوصلت الدراسة إلى صعوبة فهم ظاهرة اللاعنف التي تعيشها الصحراء الغربية لعدة أسباب منها موقعها النائي، والغموض النسبي للمواقف الدولية.

مايميز هذه الدراسة عن غيرها من الدراسات السابقة

تم تغطية الفترة الزمنية الممتدة من(١٩٧٥م–٢٠١٧م)، وهي فترة نزاع الصحراء الغربية لبيان جذور الخلفية التاريخية لنزاع الصحراء الغربية، وعرض سيناريوهات الحل الأساسية، ومواقف أطراف النزاع مع كل الحلول، مع الأدوار التي قام بها مبعوثو الأمم المتحدة في حل النزاع وتخفيف شدة التوتر، ومحاولة إيجاد حل يرضي أطراف النزاع، وتوضيح دور الأمم المتحدة في حل النزاع القائم بالوسائل السلمية والدبلوماسية والإشارة لقرارات مجلس الأمن في فض نزاع الصحراء الغربية، والعوامل التي تعيق حل النزاع.

تقسيم الدراسة:

المبحث الأول: الخلفية التاريخية لتدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء الغربية

المطلب الأول: الخلفية التاريخية لتدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء الغربية أثناء الحرب الباردة.

المطلب الثاني: تدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء بعد الحرب الباردة

المبحث الثاني: سيناريوهات المستقبل ومعوقات الحل

المطلب الأول: سيناريو تقسيم الإقليم

المطلب الثاني: سيناريو الحكم الذاتي الموسع

المطلب الثالث: السيناريو الأممي

المطلب الرابع: العوامل التي تعيق حل النزاع

أخيرا: الخلاصة (اختبار الفرضية، ونتائج الدراسة)

المبحث الأول: الخلفية التاريخية لتدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء الغربية

المطلب الأول: المواقف القانونية لطرفي النزاع وتدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء الغربية أثناء الحرب الباردة.

تعد الصحرا الغربية آخر مستعمرة في إفريقيا، ومنذ عام ١٩٦٣ تم تسجيل قضية الصحراء الغربية كقضية تصفية استعمار لدى الأمم المتحدة، ولهذا تولت أمرها الأمم المتحدة بوصفها المسؤولة الأولى

عن حفظ السلم والأمن الدوليين، والمسؤولة عن تصفية الاستعمار ونيل الشعوب حق تقرير المصير بموجب قرار الأمم المتحدة رقم ١٥١٤[١].

وفي ١٩٦٥ اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (xxi 2072) الذي يطالب إسبانيا بإنهاء استعمارها للصحراء الغربية، وفي ١٩٦٦ ناقشت الأمم المتحدة في دورتها الـ ٢٢ قضية الصحراء الغربية، وقد قدمت كل من إسبانيا والمغرب وموريتانيا عريضة تدعي فيها أن الصحراء جزء منها. وفيه أيضا اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (XXI 2229) القاضي بتنظيم استفتاء في الصحراء لتقرير مصير المنطقة، حيث تضمن قرار الأمم المتحدة المتمثل في القرار السابق بالفصل بين إقليم إفني والصحراء الغربية، وإنهاء الاستعمار في إقليم إفني ونقل السلطات إلى حكومة المغرب، والتشاور مع حكومتى المغرب وموريتانيا والاسراع في إجراء استفتاء حول تقرير المصير تحت رعاية الأمم المتحدة[٢].

وتستند المغرب في مطالبتها بالصحراء الغربية إلى ما قدمته من حجج وأسانيد قانونية في أيلول ١٩٧٤ إلى الجمعية العامة للامم المتحدة التي بدورها أرسلته إلى محكمة العدل الدولية في لاهاي، لتبدي رأيا استشاريا لتعزيز مطالبته بما يسميه (حقوقه التاريخية على الإقليم[٣]):

١- ادعاء المغرب بوجود سيادة لها على الصحراء الغربية نابعة من حيازة تاريخية للإقليم، منها تعيين القيادات، وتحصيل الضرائب.... وغيرها من مظاهر السيادة.

٢- الهيكل التنظيمي للدولة المغربية في تلك الفترة التاريخية، وعلاقات المغرب بالدول الأخرى، وتشمل المراسلات الدبلوماسية، معاهدات واتفاقيات و.التي تتضمن اعترافا من الدول الأخرى بالسيادة المغربية على الصحراء الغربية.

٣- العلاقات الروحية والتبعية والدينية بين قبائل الصحراء الغربية والسلطان المغربي.

أما الحجج والاسانيد التي تستند عليها جبهة البوليساريو فهي تستند إلى ضرورة تطبيق القرار 1514(XV) الداعي إلى تصفية الاستعمار من الصحراء الغربية بتطبيق حق تقرير المصير، ورفضت المحكمة الحجج المغربية، وأكدت على حق الإقليم في الاستفتاء.

(1) Debeche, The international legality of the Western Sahara issue: The objective and nonnegotiable solution of a referendum, p. 179.

(2)http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2015/11/3/%D8%A3%D8%A8%D8%B1%D8%B2-%D8%A3%D8%AD%D8%AF%D8%A7%D8%AB-%D9%82%D8%B6%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9

(٣)./https://ar.wikipedia.org/wiki/الحالة_السياسية_للصحراء_الغربية

وقد بدأت حركة استقلال الصحراء الغربية قبل أكثر من ٤٠ عاماً كحركة تحرير وطنية ضد الاستعمار الإسباني، ومنذ ذلك الوقت، اعتبرت المغرب الصحراء جزءا من أراضيها، وقد ضمت المغرب الصحراء الغربية عام ١٩٧٥ وفقا لاتفاقية مدريد والتي قسّمت الصحراء الغربية بين المغرب وموريتانيا، وهذا أشّر إلى أن الصحراء هي جزء من أراضي المغرب، وقاد الملك الحسن الثاني المسيرة الخضراء التي قُدِر عددها بمئات الآلآف إلى الصحراء الغربية، وبعد أربع سنوات من الصراع بين موريتانيا والمغرب وجبهة البوليساريو، توقفت موريتانيا عن التدخل عسكريا في الصراع، مما أعطى المغرب فرصة التحكم بكامل أراضي الصحراء الغربية، ومهمة السيطرة على جبهة البوليساريو، وفي عام ١٩٧٩ شيّدت الحكومة المغربية بيرم (وهو ساتر ترابي طوله ٢٧٠٠ كم عمل به الاف من الجنود المغاربة)، ونجح الساتر في فصل السكان الصحراويين إما إلى الأراضي التي يسيطر عليها المغرب أو تخضع لجبهة البوليساريو، وهؤلاء يقيمون في مخيمات كلاجئين في منطقة تندوف الجزائرية[١].

تواترت الأحداث بعد ذلك؛ فقد أعلن المغرب قبوله الاستفتاء في الصحراء عام ١٩٨١، وأعاد الملك الحسن التأكيد على ذلك عام ١٩٨٣ والقبول بنتائج الاستفتاء مهما كانت، وأعلن رغبته في تولي الأمم المتحدة حل النزاع[٢].

وفي عام ١٩٨٥ عمل الأمين العام للأمم المتحدة بالتعاون مع منظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الافريقي حاليا) على إرسال بعثة للمساعي الحميدة توصلتْ إلى "مقترحات للتسوية" تم قبولها في ٣٠ آب ١٩٨٨ من المغرب وجبهة البوليساريو[٣]، أساسها خطة لتنظيم الاستفتاء في الصحراء، وسيؤدي إجراء هذا الاستفتاء إما الانضمام إلى المغرب أو الاستقلال عنه. وقد لاقت خطة ديكويلار تقدما في البداية حيث:[٤]

١- قَبِلَ الطرفان بالخطة في ٣٠ أغسطس/ آب ١٩٨٨ .

٢-الموافقة على وقف إطلاق النار، وقد طُبِّقَ فعليا في أيلول ١٩٩١.

المطلب الثاني: تدخل الأمم المتحدة في نزاع الصحراء بعد الحرب الباردة

(1) Murphy. **The Case of the Western Sahara and its Struggle for Independence),** Oct 18 2015, at http://www.e-ir.info/2015/10/18/the-case-of-the-western-sahara-and-its-struggle-for-independence/

(٢) http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2015/11/3/ أبرز -أحداث-قضية-الصحراء-الغربية

(٣) للمزيد انظر للموقع الرسمي لبعثة الامم المتحدة المينورسو

http://www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minurso/background.shtml

(٤) تقرير حول **المحاولات الدولية لحل مشكلة الصحراء الغربية**، موقع الجزيرة نت

http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/aa619a47-f5cb-4994-a158-828c20f0b1ab

أدى انهيار النظام الدولي الثنائي القطبية المرتبط بمجموعة من الأحداث والمتغيرات على الساحة الدولية وتحوله إلى نظام أحادي القطبية تهيمن عليه الولايات المتحدة، وبهذا انتهت الحرب الباردة بانهيار الاتحاد السوفياتي السابق في عام ١٩٩١, مُخلفة آثاراً على مواقف الأطراف المباشرة في منطقة النزاع, وخاصة الدول الداعمة لجبهة البوليساريو"الجزائر وليبيا".

فرض مجلس الأمن الدولي على ليبيا أيضا الحظر لاتهامها باسقاط طائرة "بان أمريكان" فوق "لوكربي" الاسكتلندية عام ١٩٨٨؛ مما دفع ليبيا إلى الابتعاد عن الشعارات الثورية؛ وتبني مواقف معتدلة من مشكلة الصحراء وفك تحالفها مع الجزائر في دعم حركة البوليساريو المطالبة باستقلال الصحراء، وكذلك دخلت الجزائر فيما يسمى بالعشرية السوداء، ومحاربة الإسلام السياسي، وهذه الظروف دفعت بالدولتين إلى الابتعاد عن دعم جبهة البوليساريو واقترابهم من الحياد مقارنة بمواقفهم السابقة، مما عزز موقف المغرب بالمطالبة بضم الصحراء الغربية إليه من خلال الوسائل الدبلوماسية ووسائل الإعلام والمحافل الدولية، أي أن التغيرات أعطت هامشاً للمناورة؛ فتحرك المغرب نحو المطالبه بحقه في الصحراء، معتمداً على حليفتها التقليدية الولايات المتحدة الأمريكية التي خرجت منتصرة من الحرب الباردة[١].

وببساطة، فقد أدى انهيار الاتحاد السوفياتي الذي أتى في خضم التحولات الدولية، بل هو جوهر التحول إلى فقدان البوليساريو حليفا قويا؛ مما أدى إلى استنزاف موارد البوليساريو وجعلها في موقف ضعف، وفي النهاية قبول البوليساريو وقف إطلاق النار[٢].

ولهذا اعتمد مجلس الأمن عام ١٩٩٠ تقرير الأمين العام (S/21360) الذي تضمن النص الكامل لمقترحات التسوية وإطار خطة الأمين العام لتنفيذها. في ٢٩ نيسان/ أبريل ١٩٩١، قرر مجلس الأمن في قراره ٦٩٠ (١٩٩١) أن ينشئ بعثة الأمم المتحدة للاستفتاء في الصحراء الغربية وفقا لتقرير الأمين العام (S/22464) والذي فصّل بشكل أكبر خطة التنفيذ[٣].

(١) شـــعلان، مشـكلة الصحراء الغربية وانعكاســها على مســتقبل الأمن القومي العربي (بحث في الجغرافية السياسـية)، ص ص ٦٨١-٦٨٢.

(2) Rubin, Is the Western Sahara dispute nearing an end? The American Enterprise Institute, February 5, 2016, p. 3 at https://www.aei.org/publication/is-the-western-sahara-dispute-nearing-an-end/

(٣) للمزيد انظر للموقع الرسمي لبعثة الامم المتحدة المينورسو

http://www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minurso/background.shtml

وقد تضمنت صلاحيات بعثة الأمم المتحدة للاستفتاء في الصحراء الغربية ما يلي[١]:

١- مراقبة وقف إطلاق النار.

٢- التحقق من تخفيض عدد القوات المغربية في الإقليم.

٣- رصد مرابطة القوات المغربية وقوات الجبهة الشعبية لتحرير الساقية الحمراء ووادي الذهب (جبهة بوليساريو) في المواقع المحددة.

٤- القيام بالجهود اللازمة مع الطرفين للإفراج عن كل الأسرى والمحتجزين السياسيين في الصحراء الغربية.

٥- الإشراف على تبادل أسرى الحرب (لجنة الصليب الأحمر الدولية).

٦- تنفيذ برنامج الإعادة إلى الوطن (مفوض الأمم المتحدة السامي لشؤون اللاجئين).

٧- تحديد هوية الناخبين المؤهلين وتسجيلهم؛ وتنظيم استفتاء حر ونزيه وكفالة إجرائه وإعلان نتائجه.

وقد باشرت لجنة الهوية العمل فعليا عام ١٩٩٤، وفي كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٧ استأنف الأمين العام إطلاق عملية التحقق من الهوية، وبالرغم من الصعوبات فإن عملية تحديد الهوية اقتربت من نهايتها في السادس من أيلول/ سبتمبر ١٩٩٨. ولكن الطرفين ظلا غير قادرين على الوصول إلى توافق في الرأي حول كيفية التعامل مع ثلاث مجموعات تم التنازع حولها، وفي محاولة لدفع العملية إلى الأمام قدم الأمين العام في تشرين الأول/ أكتوبر ١٩٩٨ مجموعة من الإجراءات للطرفين، وتضمنت بروتوكولا للتحقق من هوية أولئك الذين ظلوا متقدمين من المجموعات القبلية الثلاث وبروتوكولا حول عملية الطعون، وقبلت جبهة البوليساريو مجموعة التدابير في الشهر التالي، وبعد طلب حكومة المغرب استيضاح قبلت من ناحية المبدأ ذلك في آذار/ مارس ١٩٩٩، ومن ثم استمرت عمليات التحقق من هوية الأفراد الباقين من المجموعات القبلية الثلاث في ١٥ حزيران/ يونيه ١٩٩٩[٢].

وبعد وفاة الملك الحسن الثاني، وتولي الملك محمد السادس الحكم، بدأ العمل على مشروع الاستفتاء من جديد، عادت مسألة كيفية إنهاء النزاع بعد تمديد مهمة " المينورسو[٣].

(١) ولاية بعثة الأمم المتحدة للاستفتاء في الصحراء الغربية:
http://www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minurso/mandate.shtml

(٢) للمزيد انظر الى http://www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minurso/background.shtml

(٣) السلامي. مستقبل قضية الصحراء الغربية بعد تمديد مهمة " المينورسو. مجلة السياسة الدولية، ١٤/ايار ٢٠١٥، للمزيد انظر لمجلة السياسة الدولية http://www.siyassa.org.eg/NewsQ/5305.aspx

المبحث الثاني: سيناريوهات المستقبل ومعوقات الحل

المطلب الأول: سيناريو تقسيم الإقليم

تعود فكرة تقسيم الإقليم الصحراوي لأول مرة بين المغرب وموريتانيا لمعاهدة مدريد سنة 1975 ، لكن موريتانيا انسحبت منها بعد توقيعها لاتفاقية سلام مع جبهة البوليساريو عام ١٩٧٩[١].

تجددت الفكرة حينما طلب مجلس الأمن من الأمين العام الأسبق كوفي عنان القيام بمهمة أساسية، تتلخص بجمع أطراف النزاع وتشجيعهم للعودة إلى طاولة المفاوضات لإيجاد حل سلمي يرضي طرفي النزاع، وكان أساس هذا الحل إعادة تقسيم الصحراء الغربية بين المغرب وجبهة البوليساريو وفق اتفاقية مدريد سنة ١٩٧٥، إذ ينسحب المغرب من جنوب الصحراء ويمنح للبوليساريو المنطقة التي كانت توجد فيها موريتانيا.

وتنفيذا لهذه التوصية، عقد المبعوث الشخصي للأمين العام للأمم المتحدة جيمس بيكر سلسلة مشاورات وقدم مشروع الاتفاق الإطار الذي عرف بـ "مخطط بيكر الأول" في حزيران من سنة ٢٠٠١، الذي أيده مجلس الأمن في قراره رقم 1359الصادر في ٢٩ حزيران من ذات السنة، وقبله المغرب كأساس للتفاوض من أجل التسوية النهائية للنزاع، بينما رفضته كل من الجزائر والبوليساريو[٢]، ولاحقا تباحث الأمين العام السابق "كوفي عنان" مع الوفد الصحراوي، والرئيس الجزائري عبد العزيز بوتفليقة في مدينة هيوستن الأمريكية يوم02 تشرين الثاني 2001 ، وبعد المحادثات التي أجراها مع الطرفين، تأكد الأمين العام للأمم المتحدة، أن جبهة البوليساريو ترفض الاتفاق-الإطار جملة وتفصيلا، وهي غير مستعدة لمناقشته، أما الجزائر، فانها تتحفظ وتطلب من الأمين العام ومبعوثه الشخصي دراسة مقترحات جديدة، ثم بعدها قام المبعوث الشخصي للأمين العام" جيمس بيك" يومي ٢٤-٢٥ كانون الثاني 2002، بزيارة إلى المغرب والتقى بالملك محمد السادس، وأخبره بأن الجزائر وجبهة البوليساريو، مستعدان للتفاوض حول إمكانية تقسيم الإقليم بين المغرب وجبهة البوليساريو، وبذلك ظهرت من جديد فكرة تقسيم إقليم الصحراء الغربية بين الأطراف المتنازعة[٣]، ويتناقض سيناريو التقسيم مع فكرة تقرير المصير.

(١) مصطفى. استفتاء تقرير المصير في الصحراء الغربية. اطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر١، الجزائر ، ٢٠١٣/٢٠١٤، ص ٢١٤.

(٢) محمد الزهراوي (التحولات الراهنة في قضية الصحراء والسيناريوهات المحتملة)، اذار ٢٠١٦، للمزيد انظر للموقع الآتي: http://www.lakome2.com/opinion/12783.html

(٣) مصطفى. استفتاء تقرير المصير في الصحراء الغربية. اطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر١، الجزائر ، ٢٠١٣/٢٠١٤، ص ٢١٤، ص ٢١٣.

لكن تحليل السياق التاريخي لظهور سيناريو التقسيم يؤشر إلى علاقة واضحة بين الفشل في إيجاد حلول سلمية ترضي جميع الأطراف وظهور هذا السيناريو، فبعد اقتراح جيمس بيكر مخطط السلام الذي عرف بـ "مخطط بيكر الثاني"، وبعدها " بيكر ثلاثة" أو ما يسمى "الحل الثالث"، وتعاظمت الخلافات العميقة حوله بين أطراف الصراع، اعتبرها مجلس الأمن لاغية وتم سحبها كأساس للتفاوض لحل النزاع. وبعد استقالة جيمس بيكر في حزيران سنة ٢٠٠٤، اختار كوفي عنان الأمين العام للأمم المتحدة آنذاك "ألفارو دي سوتو" من أجل مواصلة العمل مع الأطراف بهدف التوصل إلى حل سياسي توافقي، ونتيجة رفض الجزائر للتعاون مع المبعوث الشخصي للأمين العام السيد ألفارو دي سوتو، اختار الأمين العام مبعوثاً جديداً هو بيتر "فان والسوم"[١] .

لقد ساعد فشل تنفيذ خيار إجراء استفتاء تقرير المصير إلى إحياء خيار التقسيم مع خيارات أخرى كما ذكرنا، وأدى إلى انتقال الصراع من سياسي–عسكري على الأرض الصحراوية إلى سياسي–دبلوماسي في المنتديات الدولية حيث التنافس الدبلوماسي القوي بين المغرب وجبهة البوليساريو المدعومة جزائريا[٢].

إن رواج فكرة التقسيم مرتبط بمقولة ليست بالضرورة صحيحة، وهي أنها ترضي ولو نسبيا الأطراف المنخرطة في النزاع، فالمغرب سيبقى في الصحراء، وجبهة البوليساريو سيكون لها وجودٌ قانوني وفعلي، وتصبح جزءا من المجتمع الدولي، وستستفيد الجزائر من تخفيف الضغط عليها من الجهة الغربية جيواستراتيجيا، وسيكون بين موريتانيا والمغرب دولة عازلة(buffer zone)، وستضمن فرنسا حليفة المغرب استمرار تواجد وسيطرة المغرب على جزء من الصحراء الغني بالثروات، وتضمن الولايات المتحدة السلام والاستقرار في المنطقة بين دول المنطقة والتفرغ للتصدي للارهاب في المنطقة، وضمان مصالحها الاقتصادية مع دول المنطقة، أما إسبانيا فستضمن استثماراتها والتعاون في المجالات الاقتصادية والسياسية مع الصحراء، وتصفية آخر منطقة استعمارية في افريقيا[٣].

إن حالة الفشل الذي وصل إليه مخطط التسوية والمفاوضات الثنائية بين الطرفين، هو ما يدفع بفكرة تقسيم الإقليم بين المغرب وجبهة البوليساريو، وذلك تطبيقا لمبدأ لا غالب ولا مغلوب، لكن بشرط إدخال تعديلات جوهرية على هذه الفكرة وإعطاء ضمانات واسعة للطرف المغربي علما أن المغرب سبق له أن اقتسم الإقليم مع موريتانيا بواسطة معاهدات مدريد 1975 ، وبالتالي فإذا كان المغرب قبل التقسيم في

(١) الزهراوي. التحولات الراهنة في قضية الصحراء والسيناريوهات المحتملة. مرجع سابق

(٢) مجدوبي (.أي حل لنزاع الصحراء الغربية: اقتسام أم فيديرالية؟) عرض لكتاب «مهامي في الصحراء» لدبلوماسي الاسباني أنخيل مانويل بايستيروس غارسيا،، الناشر: صحيفة القدس العربي، تشرين الثاني ٢٠١٤، للمزيد انظر الى http://www.alquds.co.uk/?p=243820

(٣) شعنان. نزاع الصحراء الغربية والشرعية الدولية: حقوق الإنسان وحق الشعوب المستعمرة في تقرير المصير. ص ص ٢٣٠–٢٣١

السابق، فلماذا لا يقبل به اليوم؟، كذلك فأن الجزائر وجبهة البوليساريو سبق لهما أن قبلا ضمنيا فكرة التقسيم حسبما جاء في تقرير الأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي عنان.

١- مواقف الأطراف المعنية بالنزاع من فكرة تقسيم إقليم الصحراء الغربية.

أ. المغرب

لقد رفضت المغرب فكرة التقسيم عبر وسائل الإعلام المغربية؛ وذلك خوفا من البلقنة (نسبة إلى البلقان) أي انتقال التقسيم والتفكك إلى المنطقة ككل, كما أن وزير الخارجية المغربي الأسبق محمد بن عيسى وحسب ما أوردته جريدة الشرق الأوسط، قال "بأن فكرة تقسيم الصحراء الغربية لايمكن أن تحظى بموافقة المغرب[١]، وذلك لاعتبارات استراتيجية واقتصادية' ويرى المغرب أن اتفاق الإطار الذي تقدم به بيكر والذي يتضمنه تقرير الامين العام المقدم إلى مجلس الأمن، يبقى هو الحل الواقعي لإيجاد تسوية سياسية تقوم على إعطاء سكان الأقاليم الصحراوية عددا من الاختصاصات في القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وذلك في نطاق السيادة المغربية.

ب- موقف جبهة البوليساريو والجزائر من تقسيم إقليم الصحراء الغربية.

لا تؤيد جبهة البوليساريو فكرة التقسيم لأنه لايمنحها دولة مستقلة على كامل التراب الصحراوي[٢]، وأما الجزائر من الناحية الرسمية فترحب بالفكرة؛ وذلك لأسباب متعلقة بالجيواستراتيجيا، بل إن النقاشات داخل مجلس الأمن كشفت أن الجزائر هي صاحبة اقتراح التقسيم (هناك بعض من الدراسات ترى أن المغرب صاحبة مقترح التقسيم، ولا يستطيع الباحث أن يحسم في الموضوع نظرا للغموض الذي يكتنف خيار التقسيم نفسه[٣])، وربما يقف كوفي عنان الامين العام السابق للامم المتحدة نفسه مع خيار لتقسيم)، ومما زاد من تأزيم الوضعية زيارة بوتفليقة لمخيمات تيندوف والتي عدت سابقة حيث لم يسبق أن قام بها رئيس جزائري منذ ١٩٧٦ وذلك نهاية شباط ٢٠٠٢، وعاد بعدها ليعلن أن قضية الصحراء ليست ملفا يطوى ومصير الاتحاد المغاربي مرهون بها، كما أكد في رسالة بعث بها إلى زعيم جبهة البوليساريو مواصلة الحكومة الجزائرية دعمها للجبهة وأن الجزائر متشبثة بخيار تقرير المصير كحل لنزاع الصحراء وما يستلزمه من تطبيق لخطة التسوية[٤].

(١) لمزيد من المعرفة انظر الى تصريح وزير خارجية المغرب لصحيفة الشرق الأوسط.
http://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=8435&article=89471#.WEHi1mX_rIW

(٢) للمزيد انظر للمركز المغاربي للدراسات الاستراتيجية http://www.cmesmr.org/etudes/8-2012-11-25-14-37-56.html

(٣) نجلاء.العلاقات الجزائرية المغربية: افاقها واقعها وتطورها ومستقبلها ١٩٦٣-١٩٩٤. ص ٥٢.

(٤) . الخلفي (أزمة العلاقات المغربية الجزائرية ومشكلة الصحراء المغربية) على الرابط الاتي:
http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/09d2f2cc-a1e7-4681-9c2e-d92da5e12078

المطلب الثاني: سيناريو الحكم الذاتي الموسع

بدا سيناريو الحكم الذاتي خيارا مقبولا للمغرب لحل مشكلة الصحراء الغربية دون التراجع عن المبادئ التي تقوم عليها وحدة التراب المغربي، ولذلك قام المغرب باقتراح مشروع الحكم الذاتي الموسع مراهناً على نجاحه نظراً للتأييد فرنسا وإسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية[١]، وأصبح المغرب يرفض أي تفاوض جديد خارج مشروع الحكم الذاتي الموسع الذي اقترحه.

ولقد تم تقديم هذه المبادرة من قبل الحكومة المغربية عام ٢٠٠٧، ويمكن تقسيم خطة الحكم الذاتي إلى ثلاثة أقسام[٢]:

١- إجراءات بناء الثقة

أ- تعديل الدستور المغربي لادخال نظام الحكم الذاتي فيه، ضمانا لاستقرار هذا النظام.

ب- تتخذ المغرب كافة الإجراءات اللازمة من أجل تأهيل الأشخاص الذين تتم عودتهم إلى الوطن، وبما يحفظ سلامتهم وحماية ممتلكاتهم.

ج-اصدار المغرب عفوا شاملا يوقف أي المتابعة التوقيف، والاعتقال والحبس.

د- بعد موافقة الأطراف المعنية على مشروع نظام الحكم الذاتي، يعمل مجلس انتقالي -مكون من ممثلي الأطراف- لعودة سكان المخيمات إلى مدنهم وقراهم، ونزع السلاح والتسريح، وإعادة تأهيل العناصر المسلحة للحياة المدنية.

٢- جوهر الحكم الذاتي وأهم اختصاصاته

أ- إن أساس الحكم الذاتي لإقليم الصحراء هو قبوله بسيادة المغرب، مع إعطاء السكان الصحراويين الحق في إدارة شؤونهم من خلال هيئات تمثلهم (تشريعية، تنفيذية، قضائية)، وتتمتع باختصاصات محددة وحرية اختيار من يمثلهم، وحقهم في الإسهام في التنمية والحياة الاقتصادية والثقافية.

---

(١) بوبوش. مبادرة الحكم الذاتي للصحراء. ص ٢.

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=97553

(٢) للمزيد انظر للمبادرة المغربية حول منح الإقليم الصحراء الغربية حكماً ذاتياً موسعاً".

http://www.sahara.gov.ma/ar/page/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%A7%D8%AF%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%AD%D9%83%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B0%D8%A7%D8%AA%D9%8A /

ب-احتفاظ المغرب بالاختصاصات السيادية كالدفاع والعلاقات الخارجية، مع جواز إدارة الحكم الذاتي للصحراء، بالتشاور مع الحكومة، إقامة علاقات تعاون مع جهات أجنبية بهدف تطوير الحوار والتعاون بين الجهات، وأما العلم والنشيد الوطني والعملة والاختصاصات الدستورية والدينية تبقى لملك المغرب.

ج- يكون لسكان الحكم الذاتي للصحراء حصة (كوتا) في البرلمان وبباقي المؤسسات الوطنية، ولهم الحق في المشاركة في كافة الانتخابات الوطنية.

د- يتم إجراء الاستفتاء على نظام الحكم الذاتي بعد التفاوض وفقا لحق تقرير المصير ولأحكام ميثاق الأمم المتحدة.

٣- أهم اختصاصات إقليم الحكم الذاتي للصحراء فهي:

أ- إدارة الإدارة المحلية والشرطة المحلية ومحاكم الإقليم.

ب-التنمية الاقتصادية والتخطيط الجهوي وتشجيع الاستثمارات والتجارة والصناعة والسياحة والفلاحة.

ج- للإقليم ميزانية خاصة ونظامه الجبائي.

د- البنى التحتية: الماء والمنشآت المائية والكهربائية والأشغال العمومية والنقل.

هـ- المسؤولية الاجتماعية والثقافية: السكن والتربية والصحة والتشغيل والرياضة والضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية؛ والنهوض بالتراث الثقافي.

و- تتضمن موارد إدارة الحكم الذاتي الضرائب والرسوم المتأتية من الإقليم، بالإضافة للعوائد المتحصلة من الموارد الطبيعية سواء من الدولة أو من إدارة الإقليم.

٤- صلاحيات مؤسسات الحكم الذاتي.

أ- يشكل رئيس حكومة الحكم الذاتي للصحراء حكومته، ويعين الموظفين الإداريين الضروريين لمزاولة الاختصاصات الموكولة إليه، بموجب نظام الحكم الذاتي. ويكون رئيس الحكومة الحكم الذاتي مسؤولا أمام برلمان الحكم الذاتي.

ب-حق برلمان الحكم الذاتي في انشاء محاكم تتولى البت في المنازعات الناشئة عن تطبيق الضوابط التي تضعها الهيئات المختصة لإقليم الحكم الذاتي للصحراء، وتصدر هذه المحاكم أحكامها بكامل الاستقلالية، وباسم الملك.

ج- تتولى المحكمة العليا في إقليم الصحراء- باعتبارها أعلى هيئة قضائية في إدارة الحكم الذاتي للصحراء- النظر في تأويل قوانين إدارة الحكم الذاتي، دون إخلال باختصاصات المجلس الأعلى والمجلس الدستوري للمملكة.

د- يجب أن تكون القوانين التشريعية والتنظيمية والأحكام القضائية الصادرة عن هيئات الحكم الذاتي للصحراء مطابقة لنظام الحكم الذاتي، وكذا لدستور المملكة.

هـ- يتمتع سكان الصحراء بكافة الضمانات التي يكفلها الدستور المغربي في مجال حقوق الإنسان، والمتعارف عليها دوليا.

وفي محاولة لجعل هذا الخيار أكثر قبولا لدى أطراف الصراع، ولدى المجتمع الدولي، أعلن العاهل المغربي محمد السادس في تشرين الثاني ٢٠١٤، وبمناسبة الذكرى ٣٩ للمسيرة الخضراء، عن ما سماه "الإقليمية المتقدمة"، أي الحكم الذاتي الكامل للصحراويين تحت السيادة المغربية، وفي الذكرى ١٦ لتولي محمد السادس الحكم أعلن عن خطط أخرى لتمكين المناطق بدلا من الحكم المركزي(١).

٥- موقف جبهة البوليساريو: الرفض لفكرة الحكم الذاتي

رفضت جبهة البوليساريو مشروع الحكم الذاتي الذي تقدّمت به المغرب إلى هيئة الأمم المتحدة، جاء ذلك في رسالة بعثها رئيس جبهة البوليساريو محمد عبد العزيز إلى الامين العام للأمم المتحدة عن نص مقترحات البوليساريو، والتي تعتبر في الحقيقة مبادرة تقابل مقترح الحكم الذاتي المغربي، وتتضمن تنظيم استفتاء لحق تقرير المصير، ومخطط التسوية للأمم المتحدة، وترى في مبادرة المغرب "هروباً إلى الأمام"، يدخل في إطار التحدي المستمر من طرف المغرب لقرارات الأمم المتحدة(٢).

وفي الحقيقة إن جوهر خطاب جبهة البوليساريو يرتكز على الاستقلال والرغبة بتأسيس علاقة ودية وتعاون مع كل الدول، وعلى أساس الاحترام المتبادل للسيادة الوطنية، وتطالب بدعم نضالها ضد الدول التي تعتدي على الصحراء حتى تحقق النصر النهائي(٣).

وتلتزم جبهة البوليساريو بقبول نتائج الاستفتاء مهما كانت، وإذا أدى الاستفتاء إلى الاستقلال فانها ملتزمة بالتفاوض مع المملكة المغربية برعاية الأمم المتحدة حول الضمانات المستعدة لتقديمها للمملكة

(1) . Michael Rubin, op.cit, p.4

(٢) مفتاح، البوليساريو تعلن رفضها لفكرة الحكم الذاتي وتدعو المغرب للعودة للمشروعية الدولية لحل نزاع الصحراء الغربية، ص ص ٢-٣

(3) Anna-Lena Hoh, 'THE LAST COLONY OF AFRICA' THE WESTERN SAHARA-MOROCCO CONFLICT ANALYZED THROUGH THE LANGUAGE PRAGMATIC APPROACH.,p. Xxvi.

المغربية، وذلك بخصوص الجوانب السياسية والأمن ية والاقتصادية، وكذلك للسكان المغاربة في الصحراء الغربية لمدة عشر سنوات[١].

٦- الموقف الأمريكي والفرنسي

رغم تبني الولايات المتحدة رسميا الموقف الأممي المطالب بحق الشعب الصحراوي في تقرير مصيره عن طريق استفتاء شعبي، إلا أن الموقف الأمريكي يتبنى مقاربة تنازلات من طرفي النزاع تؤدي إلى حل وسط يخدم مصلحتهما، ولهذا أيدت الولايات المتحدة الاقتراح المغربي بإقامة حكم ذاتي ضمن السيادة المغربية، وكذلك دعمت فرنسا الحل المغربي باقامة حكم ذاتي للصحراء الكبرى ضمن السيادة المغربية، وفي زيارة الرئيس الفرنسي فرانسوا هولاند في شهر نيسان ٢٠١٣، أعلن صراحة تأييده للخطة المغربية حيث قال"إنه يفضل الخطة المغربية التي ترفض فكرة الاستقلال وتقترح بدلاً منها الحكم الذاتي في إطار السيادة المغربية"[٢] رغم أن تقارير الأمم المتحدة تعتبر أن الاستفتاء هو الطريق الأمثل لحل الأزمة[٣].

لكن الموقف الأمريكي بقي متوافقا مع الرؤية المغربية للحل، وهذا الموقف بقي ثابتا منذ الحرب الباردة إلى عهد إدارة أوباما، فقد دعمت الولايات المتحدة المغرب عسكريا وسياسيا في النزاع، رغم ان مبررات وأسباب الموقف الأمريكي تبدو مختلفة بين الحرب الباردة وما بعدها، فالرؤية الأمريكية يمكن فهمها باعتبارها جزءاً من الصراع والتنافس بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفييتي إبان الحرب الباردة، وبعد الحرب الباردة وأحداث أيلول ٢٠٠١، أصبحت المغرب في موقع متقدم لمحاربة الإرهاب، ونموذجا في تجذير الديمقراطية في المغرب نفسها، ومع ذلك، أعلن وزير الخارجية الأميركية جون كيري أن مراقبة حقوق الإنسان يجب أن تجرى داخل الصحراء الغربية [٤].

وبالنظر إلى ما يقرب من 40 عاماً من الدعم المتواصل للمملكة، فإنه من المتوقع أن تكون سياسة الولايات المتحدة هي نفسها، لأن الولايات المتحدة ستقف إلى جانب واحد من أقرب حلفائها، وسيستمر تأثير الدوافع والمصالح الأمريكية عبر المغرب في عهد إدارة ترامب.

(١) عبدالنبي. مرجع سابق، ص(٢٣٠).

(٢) شارف (أزمة الصحراء الغربية: حلول غائبة وسياق أمني اقليمي متغير) ص ٥، وذلك نقلا عن الموقع الالكتروني للمركز http://studies.aljazeera.net/ar/reports/2013/04/201341812274362934.html

(٣) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(4) Yousfi .Aiding and Abetting: The Illegality of Morocco's Nationalist Expansion into Western Sahara and their Support from the United States. pp.60-73.

أخيرا؛ قد يتطلب نجاح سيناريو المقترح المغربي المتضمن إعطاء الإقليم الصحراوي حكما ذاتيا موسعا باعتباره واحدا من أهم الحلول، وأساساً للتفاوض الذي قد تحظى بقبول جبهة البوليساريو، مع الأخذ بعين الاعتبار التفاوض حول مطالب البوليساريو في مجال السيادة والعلاقات الدبلوماسية والثروات الطبيعية، وأن تكون هناك آلية مشتركة تسمح بخلق آلية تفاهم، أي تقسيم هذه المجالات بين المغرب وجهة الحكم الذاتي، فلو تم مناقشة كل هذه القضايا مجددا بين الأطراف المتنازعة، يمكن أن تؤدي فكرة الحكم الذاتي الموسع إلى الحل النهائي للنزاع، والذي قد يقبله المجتمع الدولي، وكذلك فإن نهاية نزاع الصحراء الغربية سيؤدي إلى إزالة أبرز العقبات التي تواجه العلاقات الجزائرية المغربية، وبالتالي تجسيد فكرة بناء المغرب العربي الكبير والتكامل الاقتصادي لاحقا.

المطلب الثالث: السيناريو الأممي (أساسه خيار الاستفتاء، والتفاوض)

في ظل تعثر السيناريوهين السابقين ينبثق سيناريو ثالث، ويمكن أن نطلق عليه السيناريو الأممي (نسبة إلى الأمم المتحدة)، وقد يكون امتداداً للسيناريوهين السابقين، أو يحمل بعض خصائصهما.

وهذا السيناريو له جذوره وامتداده التاريخي الذي أشرنا اليه سابقا، فوفقا لقرار مجلس الأمن رقم ٦٢١ لسنة ١٩٨٨[١]، أيّد تقرير الامين العام عن عقد استفتاء لتقرير المصير لشعب الصحراء الغربية، وعلى توفير كل السبل والوسائل اللازمة لضمان التنظيم والإشراف على هذا الاستفتاء من قبل الأمم المتحدة بالتعاون مع منظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الافريقي حاليا)، وجاء قرار مجلس الأمن الدولي رقم ٦٥٨ لعام ١٩٩٠[٢] والذي يتضمن إرسال بعثة فنية (المينورسو) إلى الصحراء لجمع المعلومات ودعم خطة الأمين العام بالبيانات، وتنفيذ خطة الأمم المتحدة للاستفتاء، ويكون الخيار إما الاستقلال أو الانضمام للمغرب.

وحتى أيلول عام ٢٠٠٠، كانت المينورسو أبعد ما تكون عن تحقيق هدفها بإجراء الاستفتاء بعد الفشل في الاتفاق على كيفية تسجيل الناخبين، عيّن كوفي عنان وزير الخارجية الأمريكية الأسبق جيمس بيكر كمبعوث شخصي للتأسيس للاستفتاء الجديد الذي من الممكن أن يوافق الطرفان عليه، وطرح "بيكر" خطته الأولى للسلام المتضمنة حكما ذاتيا لخمس سنوات، ولم تتضمن خطته هذه إشارة واضحة للاستقلال، وبعد قبول المغرب لها، امتنعت البوليساريو عن قبولها، ونتيجة لذلك قدم "بيكر"

(١) للمزيد حول القرار ٦٢١ نفسه

https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/541/08/IMG/NR054108.pdf?OpenElement

(٢) للمزيد حول القرار ٦٥٨ انظر الى نص القرار

https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/574/34/IMG/NR057434.pdf?OpenElement

خطته الثانية وهي مشابهة للسابقة، ولكنه اضاف عليها عمل استفتاء فيما إذا كان الشعب الصحراوي يريد البقاء تحت السيادة المغربية أو الاستقلال، أو الحكم الذاتي، قبلتها البوليساريو، ورفض المغرب فكرة الاستقلال، فتعثرت الخطة بسبب قلة الدعم الأمريكي والفرنسي لها، وبالتالي لم يدعمها مجلس الأمن، واستقال "بيكر" في ٢٠٠٤[١].

ويلاحظ أن أساس مقترح بيكر الثاني مشروط بقبول جبهة البوليساريو بالتخلي عن الاستقلال مرحليا مقابل تخلي المغرب عن المطالبة بحكم كامل لصحراء الغربية وكحل وسط القبول بمرحلة انتقالية، وعلى اية حال كان الامين العام للامم المتحدة السابق "كوفي عنان" متلهف لهذه المبادرة، من أجل إنهاء المهمة الأممية (المينورسو) التي كلفت حوالي٦٠٠ مليون دولار[٢].

وكذلك دعمت الجزائر إجراء الاستفتاء في قضية الصحراء الغربية، وأصبح محور تحالفها في علاقاتهما الدولية يعتمد على موقف الدول الأخرى من الصحراء الغربية[٣].

وتغير السيناريو الأممي للحل مع غياب حوار مفتوح ومباشر حول قضية الصحراء الغربية بين طرفي النزاع، اذ سعت الأمم المتحدة لاتخاذ طريق وسط لتلبية مطالب كل من المغرب وجبهة البوليساريو، وهذا هو أساس وجوهر السيناريو الأممي.

وقد أوصى مجلس الأمن في جميع قراراته الأخيرة حول النزاع في الصحراء الغربية بالمفاوضات الثنائية دون شروط مسبقة بهدف حل نهائي للنزاع، وخاصة إذا تواصلت في أجواء نزيهة وصريحة وتدخلت الدول الكبرى مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبدرجة أقل إسبانيا، من أجل دفع الطرفين المتنازعين إلى قبول حل من الحلول المقترحة من قبل الأمم المتحدة، لكن في حالة فشل المفاوضات الثنائية بين الطرفين، فنصبح ندور في حلقة مفرغة ويتعين على المجتمع الدولي وعلى رأسه منظمة الأمم المتحدة والدول الكبرى الفعالة تكثيف العمل السياسي من أجل إيجاد حلول أخرى يمكن أن تطبق بصدور قرار من مجلس الأمن يلزم الطرفين المتنازعين بتنفيذه، تحت التهديد بتفعيل الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة كما طالب بذلك المبعوث الشخصي السابق للأمين العام للأمم المتحدة السيد جيمس بيكر.

(1) Yousfi. Op.cit, pp.6-7.

(2) Beardsworth, Maria Kredlow.The Last African Colony: A look at the History and Modern Day Conflict of Morocco and Western Sahara**. P.29 AT** *https://web.stanford.edu/.../The%20Last%20African%20Colony%20*

(٣) كفيسي نجلاء. مرجع سابق. ص ص ٤٧-٤٨.

وتبدو ملامح هذا السيناريو بشكل جليّ في إشارة تجديد مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة ولاية البعثة في ٢٨ نيسان ٢٠١٥ تحولا في نهج الأمم المتحدة تجاه نزاع الصحراء الغربية، في ظل عدم قدرة المغرب أو جبهة البوليساريو في التفاوض حول الصحراء الغربية وتقرير مصيرها، سواء عبر الحكم الذاتي أو الاستقلال، وظهر أن دور الأمم المتحدة يقتصر إلى حد كبير على دور وسيط في سياق ما هو موجود، إن لم يكن على قضايا هامشية. ونتيجة لذلك، تحول نزاع الصحراء الغربية على أرض الواقع بين المغرب وجبهة البوليساريو إلى التركيز على القضايا الجانبية منها دور بعثة الأمم المتحدة في الصحراء الغربية (مينورسو)، وخاصة في مراقبة حقوق الإنسان، ومناقشة التقارير التي يرسلها الأمين العام للامم المتحدة لمجلس الأمن [١].

وعلى نحو متزايد، تدرك الجزائر بأن ولاية كاملة لحقوق الإنسان لبعثة الأمم المتحدة ستكون شكلاً من أشكال التفاوض حول الصحراء، رغم أن الجزائر يرفض بشكل ثابت اعتباره طرفا في النزاع، وأن المغرب والبوليساريو هم طرفا النزاع ويجب عليهما التفاوض، وعلى أية حال فإن أية مراقبة شاملة لحقوق الإنسان في الصحراء الغربية ومخيمات اللاجئين ستجعل الجزائر –الدولة الأكبر في استضافة اللاجئين–وبالتالي المحاور المباشر للمغرب بدلاً من البوليساريو، مما يستلزم أن تأتي بشكل رسمي للمفاوضات[٢].

في هذا السياق، فإن بعثة الأمم المتحدة هي الوعاء لمراقبة حقوق الإنسان بين المغرب وجبهة البوليساريو، وتكررت دعوتها للمغرب والجبهة بالتعاون وفق آليات وإجراءات حقوق الإنسان، ويبقى هذا الجهد متواضعا في ظل عدم التوصل إلى آلية مناسبة لحل الصراع.

لذلك، هناك حاجة إلى جهود وساطة حقيقية من قبل الوسيط الدولي مع دعم مجلس الأمن الكامل والحاسم لطلب من كلا الجانبين ببدء مفاوضات حقيقية تستند على قاعدة الأخذ والعطاء المتبادل، وكذلك إذا أصرت الولايات المتحدة وفرنسا على الدعوة ببساطة لاعتبار العرض المغربي المتعلق بالحكم الذاتي "جاداً وذا مصداقية"، دون مطالبة المغرب الدخول في مفاوضات حقيقية مع الجانب الآخر، فإن على الدولتين أن توضح ما إذا كانت تعترف بسيادة المغرب على الصحراء الغربية، التي هي أساس عرض استقلاليته، وتقع على الأمين العام للامم المتحدة مسؤولية التعامل مع صراع

(1) Jacques Roussellier(A New Role for the UN in Western Sahara) May 26, 2015, at http://carnegieendowment.org/sada/60197

(2) Ibid,

الصحراء الغربية، وتوضيحه لمجلس الأمن، ودفع مجلس الأمن لاتخاذ قرارات صعبة، خاصة في ظل نمو انعدام الأمن الإقليمي ببقاء الصراع دون حل[١].

وعلى نحو متزايد أصبح لدى سيناريو الأمم المتحدة هامش القدرة على إدارة التوازن بين إصرار المغرب بأن تكون مهمة المينورسو مراقبة اطلاق النار ومطالبة البوليساريو بالاستقلال من خلال التركيز على مراقبة استفتاء حق تقرير المصير، والإبلاغ عن قضايا حقوق الإنسان والرعاية للشعب الصحراوي، والبحث عن حل وسط بين الأطراف المتنازعة، وقد أصبح لدى الأمم المتحدة قراءة جديدة للوضع وتوسيع التحاور بين أطراف الصراع، وهذا يتوقف على ولاية المينورسو، والدعوة للمينورسو لأن تقوم بملء الفراغ على الأرض ومنع المزيد من الاستقطاب على الأرض، ورغم ذلك فإن توسيع هذا الدور ينظر إليه بشئ من الشك خاصة ما يتعلق باعتبار المهمة كمصدر للمعلومات حول الصحراء، وكذلك خوفا من أن يؤدي توسيع دورها وتفويضها إلى مزيد من التعقيد، وبالتالي قد تصبح اللاعب الحقيقي على الساحة[٢].

ولكن من جهة أخرى، لانه لايوجد يوجد إطار واضح للتفاوض، أي مناقشة موضوعية بشأن الحكم الذاتي وتقرير المصير، وضعف الرغبة الحقيقية للتوصل إلى حل من أي طرف في النزاع أو الدول ذات المصالح الرئيسية، وبالتالي دخول الإقليم مرحلة هشة، فإن هذا يتطلب اتخاذ خطوات شجاعة في المقام الأول، وإعادة تعريف دور وسيط الأمم المتحدة في ضوء الحاجة لإبلاغ نزيه حول التطورات السياسية الراهنة في الإقليم ومخيمات اللاجئين .ثانيا، ينبغي تقييم حالة حقوق الإنسان من خلال آليات مبتكرة، ربما عن طريق وضع نظام الإبلاغ حول حقوق الإنسان خارج إجراءات حقوق الإنسان الرسمية للأمم المتحدة (كوجود مقرر مسؤول مباشرة ليبلغ مجلس الأمن للأمم المتحدة بها)[٣].

وعليه، فإن التوصل لحل سياسي متفق عليه في هذا الملف الشائك مرتبط بقبول الطرفين للمفاوضات دون شروط مسبقة وبحسن نية، وهو ما يدعونا للقول إن هذه المفاوضات، بصيغتها الحالية والمبنية على محادثات ترعاها الأمم المتحدة، قد تحرز تقدماً، حتى، رغم أن عملية التفاوض لن تكون ناجعة إلا إذا ارتبطت بصدام عسكري على الأرض، يفرض على الطرفين التنازل، وفق المعطيات الميدانية، وهو ما حدث مع القرار ٦٩٠ وما يغيب حاليا عن مجريات النزاع.

(1) Anna Theofilopoulou(**Ban's Misstep in Western Sahara) foreign policy in focus,** March 28, 2016m at http://fpif.org/bans-misstep-western-sahara/.
(2) Jacques Roussellier.op.cit. at http://carnegieendowment.org/sada/60197
(3) Ibid.

وتبدو مقاربة الأمم المتحدة لحل الصراع ظاهرة، فرغم الصعوبة الأساسية في أن كل طرف يأتي إلى طاولة المفاوضات لديه رؤية مختلفة، فالمغرب يرى أن الصحراء الغربية هي بالفعل جزء من المغرب، وأن الأساس الوحيد للمفاوضات هي مبادرة الحكم الذاتي تحت السيادة المغربية، والتي يجب أن تكون الجزائر طرفا في تلك المفاوضات، في حين تعتبر جبهة البوليساريو أن الوضع النهائي للصحراء الغربية يبقى بيد السكان الأصليين من خلال الاستفتاء، ويكون الاستقلال أحد خياراتهم، إلا أن عناصر الحل لهذا السيناريو أن تجلس أطراف الصراع على طاولة المفاوضات اي البوليساريو والمغرب وعلى أساس مفاوضات جادة دون شروط مسبقة وبحسن نية للوصول إلى "حل سياسي مقبول من الطرفين"، وهذا الحل يرتكز على قرارارت الأمم المتحدة حول وضع الصحراء الغربية أي السيناريو الأممي، بما في ذلك الاتفاق على طبيعة وشكل وجوهر الحل نفسه، ويجب أن تكون المفاوضات مفتوحة للطرفين الأخرين أي موريتانيا والجزائر في مجال توفير المقترحات والأفكار(١).

إن من نقاط قوة هذا الخيار أنه يحظى بدعم الاتحاد الافريقي، بل أن الاتحاد الأفريقي ينسق جنبا إلى جنب مع الأمم المتحدة وبعثتها المينورسو فيما يتعلق بإدارة وحل النزاع، وانتهاك حقوق الإنسان، والاستغلال غير القانوني المستمر للموارد الطبيعية للأراضي(٢).

ولكن هذا السيناريو قد يعترضه بعض مواقف الأمم المتحدة كما كان في تصريح "بان كي مون" الأمين العام السابق للامم المتحدة حينما زار مخيم اللاجئين الصحراويين في الجزائر، ووصفه الوجود المغربي بالاحتلال، وقد أعقبه رد مغربي حاسم، حيث اتهمت الرباط الأمم المتحدة بعدم الحياد في النزاع، وأعقبه توضيح أن الأمم المتحدة لن تقف مع جانب ضد الآخر في نزاع الصحراء الغربية(٣).

وكذلك يواجه هذا السيناريو كما السيناريوهين السابقين عقبات، فجبهة البوليساريو ترى عجزا في أداة هذا الخيار اي عجز في وظائف البعثة الذي سيكون له عواقب بعيدة المدى على الإطار الحالي للمفاوضات الجارية وشكلها، وبينما يتوقع المغرب استقلالية الإقليم الذي سيعقبه استفتاء على الطبيعة الدقيقة لوضع الحكم الذاتي النهائي، فإن بوليساريو والجزائر لازالتا تتشاركان في فكرة إجراء استفتاء لتقرير المصير بشأن الاستقلال أو الاندماج مع المغرب، وبالنسبة للمغرب، فإن ذلك يترجم إلى استمرار

(1) for more details: Report of the Secretary-General on the situation concerning Western Sahara for the information of the members of the Security Council, 18 April 2016,at http://www.un.org/en/sc/documents/sgreports/2016.shtml, pp. 18-21.

(2) The African Union hails the United Nations Secretary General's visit to Western Sahara in order to end the prolonged suffering of the territory's people,2016, at http://www.peaceau.org/en/article/the-african-union-hails-the-united-nations-secretary-general-s-visit-to-western-sahara-in-order-to-end-the-prolonged-suffering-of-the-territory-s-people#sthash.qVqRT34C.dpuf.

(3) Report by Africa Research Bulletin (**ALGERIA, MOROCCO – WESTERN SAHARA / UN: Row Over Disputed Territory Status) at** http://onlinelibrary.wiley.com/enhanced/doi/10.1111/j.1467-825X.2016.06920.x, 7 April 2016

المفاوضات بشأن اتفاق سياسي قائم على خطة الحكم الذاتي فقط، أما البوليساريو/ الجزائر، فيسعيان للحفاظ على ولاية بعثة الأمم المتحدة للاستفتاء في الصحراء الغربية بشأن استفتاء تقرير المصير في المستقبل. وحتى الآن، تمكنت أطراف الصراع من السعي إلى تحقيق كل هدف دون الإخلال بالآخر، ولكن الأزمات المتتالية في المنطقة أضعفت احتمالية الاستفتاء، وتمكنت المغرب أيضا من إيقاف محاولات البوليساريو والجزائر لتوسيع ولاية البعثة لتشمل رصد حقوق الإنسان(١).

المطلب الرابع: العوامل التي تعيق حل النزاع

رغم كل الجهود المبذولة من الأمم المتحدة والمجتمع الدولي إلا إن الصراع لازال يراوح مكانه ويمكن فهم ذلك من خلال:

١- أن التوازنات الكبرى لأزمة الصحراء الغربية لم تتغير، وبالتالي يتعامل معه مجلس الأمن وفق إجراءاته التقليدية، ومنها تمديد مهمة الأمم المتحدة، بالإضافة إلى بعض التوصيات المتعلقة بضرورة احترام حقوق الإنسان.

وتبدو المتغيرات الخارجية مؤثرة والتي يستخدمها كل طرف لتحقيق المزيد من المكاسب، فقد عادت قضية "الصحراء الغربية" للواجهة عام ٢٠١٥ بعدما قررت محكمة العدل الأوروبية، في 11 كانون الأول 2015 ، إلغاء اتفاق تجاري بين الاتحاد الأوروبي والمغرب، وذلك نتيجة دعوى رفعتها جبهة البوليساريو إلى المحكمة بشأن الاتفاق الذي قد يشمل منتجات زراعية من أراضيها، وذلك بسبب الوضع "غير القانوني"g هذه المنطقة المتنازع عليها(٢).

فمثلا جعلت أحداث ١١ أيلول ٢٠٠١ في الولايات المتحدة تغير أولويات السياسة الأمريكية وأثر ذلك على نزاع الصحراء الغربية، اذ اكتسب موضوع مكافحة الإرهاب صفة شرعية دولية عندما تبنى مجلس الأمن الدولي قراراً بهذا الخصوص. وطالبت الولايات المتحدة دول العالم أن تتبنى موقفاً واضحاً من هذا الموضوع فأما أن تكون مع الإرهاب أو ضده وليس هناك موقف محايد ولذلك سارعت الدول المغاربية وبالذات الجزائر والمغرب إلى اتخاذ الإجراءات والمواقف التي ترضي الولايات المتحدة في حملتها لمكافحة الإرهاب.

وفي إدراك مغربي لأهمية الموقف الدولي وتغير البيئة الدولية، وتأثيره على مسار الصراع، فإن المغرب اتخذ مواقف لإرضاء الولايات المتحدة وفرنسا، ونتيجة لهذه الإجراءات والمواقف داخلياً فقد

(1) Roussellier. 2016 The Gaffe that Hurt Multilateralism in Western Sahara. p.3

(٢) مزاحم (نزاع" الصحراء الغربية "يعود إلى الواجهة بعد فشل عملية السلام) مركز بيروت لدراسات الشرق الاوسط، ٢٠١٦، للمزيد انظر لموقع المركز على الرابط الاتي: http://www.beirutme.com/?p=16271

حصلت مجموعة من التفجيرات استهدفت المصالح الأمريكية واليهود في الدار البيضاء في المغرب وفي جزيرة جربة التونسية وردت الولايات المتحدة الجميل إلى المغرب عندما تدخلت وطلبت من إسبانيا سحب قواتها التي احتلت مؤقتاً جزيرة ليلى خريف عام ٢٠٠٢[١].

وكذلك ردت الولايات المتحدة الجميل في تصريح المتحدث باسم الخارجية الأمريكية في أيار ٢٠٠٨م، للمغرب آنذاك هو اعتبار استقلال الصحراء كخيار غير واقعي، وان الخيار الممكن يكون من خلال الاستقلال الذاتي ضمن السيادة المغربية، واعتبر المتحدث المغرب في الجبهة الأولى في مكافحة الإرهاب، وأن المغرب حليف أساسي للولايات المتحدة، بعد أعضاء حلف الناتو[٢].

وتميز الدعم الأمريكي والفرنسي بالثبات النسبي، إذ فرض حظرا على مجلس الأمن منع تقديم الدعم الضروري للجهد الديبلوماسي ورفض الضغط على الحكومة المغربية، وما لم يتغير شرط الفيتو فإن الصحراء الغربية قد تبقى طي النسيان حتى يتغير الوضع في مجلس الأمن والحصول على مزيد من الدعم الدولي، وحتى وقت قريب، افتقرت الصحراء الغربية إلى داعم حقيقي لخيار الاستفتاء، وأخيراً، ومنذ نهاية عهد أوباما وبداية عهد ترامب شهدت العلاقة مع الولايات المتحدة درجة أقل من التحالف مع المغرب، وأكثر التزاما بقرار للصحراء الغربية، وهذا قد يعني مساعدة الولايات المتحدة في إدارة الاستفتاء وإقناع أعضاء مجلس الأمن الدائمين(P5) بعدم استخدام الفيتو ضد إجراء الاستفتاء (كما هددت فرنسا)، أما روسيا فوافقت على حق الصحراء الغربية في تقرير المصير، والصين أيضاً وافقت كذلك[٣].

٢- لايتوفر لمبعوث الأمم المتحدة وسائل الضغط التي من الممكن أن تغير ميزان القوى في المنطقة لدفع مختلف الأطراف إلى تقديم تنازلات يمكن أن تفتح بابا لحل النزاع، عكس ذلك، يستعمل المغرب ورقة الصحراء لتعزيز فكرة الوحدة الوطنية، أما البوليساريو، فإنها تتشكل من رجال الصحراء الذين يعرفون أن الوقت سلاح، لا يجب محاربته، وأن التسرع من أكبر الأخطاء التي يمكن أن يقعوا فيها، مثلما حدث مع الطوارق وتنظيم أنصار الدين حين أرادوا أن يستولوا على السلطة في باماكو فخسروا كل شيء وينتظر قادة البوليساريو أن تتبلور الأمور لتفرز معطيات جديدة تسمح لقضيتهم أن تخطو خطوة جديدة، بينما يراهن المغرب على تطبيع الوضع في الصحراء الغربية لصالحه، وتحرك كل هذه الأطراف في مرحلة لم تتغير فيها المعطيات الأساسية لقضية الصحراء الغربية، مما يؤكد أن الوقت

(١) شعلان .مرجع سابق. الصفحات: ٦٧٤-٦٨٤.

(2) Report o .Human Rights in Western Sahara and in the Tindouf Refugee Camps,Human Rights Watch, , U.S.A,2008, pp.32-33.

(3) Jones. State-Seeking Nations: Critical Success Factors, Including Moderate UN Security Council Reform.p36.

لم يصل بعد لحل الأزمة، وأن ما يحدث يقتصر على احتوائها في إطار تفاوضي سلمي إلى أن تتدخل عوامل جديدة تغير طبيعة القضية أو تؤثر على ميزان القوى[١].

٣-ورغم الحديث بأن وفاة زعيم جبهة البوليساريو(توفي في ايار ٢٠١٦) قد تسهل حل النزاع[٢]، إلا إن الحل لا يمكن أن يأتى إلا حينما تجد كل الأطراف أن أهدافها تحققت، اي المغرب، وجبهة البوليساريو ومن يحتضنها مباشرة أو من وراء ستار، وكذلك الأميركيون والأوروبيون وغيرهم ربما، أي أن ملف النزاع مكمن لحسابات إقليمية ودولية تتقارب وتتباعد أولوياتها حسب المصالح الآنية والمستقبلية في المنطقة، وحسب أجندات الدول المشتركة بالنزاع سواء المباشر أم غير المباشر أيضا[٣].

وحتى الخطوات أحادية الجانب التي يتخذها أحد طرفي النزاع تبدو مرفوضة من الطرف الآخر، فانسحاب المغرب من منطقة الكركرات الحدودية في آذار ٢٠١٧ رفضتها البوليساريو باعتبارها خطوة لا تحل النزاع[٤].

٣- العلاقات المغربية الجزائرية؛ إذْ لعبت العلاقات بين الطرفين دورا معيقا في حل الصراع، ومارس الإعلام في كلا البلدين دورا سلبيا، فما إن يبدأ إعلام أحد الطرفين بالهجوم يبدأ الطرف الآخر بالهجوم عليه[٥]، بالإضافة إلى الاتهامات المتبادلة بين الطرفين حول إعاقة الحل، إذْ ترد الجزائر

(١)عابد شارف (أزمة الصحراء الغربية: حلول غائبة وسياق أمني اقليمي متغير) مرجع سابق، ص ٦

(٢) . وفاة محمد عبد العزيز زعيم جبهة البوليساريو بعد صراع مع المرض،
http://www.france24.com/ar/20160531-%D9%88%D9%81%D8%A7%D8%A9-%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF-%D8%B9%D8%A8%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B2%D9%8A%D8%B2-%D8%B2%D8%B9%D9%8A%D9%85-%D8%AC%D8%A8%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%B3%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D9%88-%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%B6

(٣) يحيى اليحياوي (عن أفق الصراع في الصحراء بعد رحيل عبد العزيز)، ٢٠١٦،
http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2016/6/15/%D8%B9%D9%86-%D8%A3%D9%81%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%B9-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D8%A1-%D8%A8%D8%B9%D8%AF-%D8%B1%D8%AD%D9%8A%D9%84-%D8%B9%D8%A8%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B2%D9%8A%D8%B2

(٤) انسحاب المغرب من الكركرات.. آمال لحل نزاع الصحراء، للمزيد انظر إلى

http://www.aljazeera.net/news/reportsandinterviews/2017/3/1/%D8%A7%D9%86%D8%B3%D8%AD%D8%A7%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%BA%D8%B1%D8%A8-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%B1%D9%83%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A2%D9%85%D8%A7%D9%84-%D9%84%D8%AD%D9%84-%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%AD%D8%B1%D8%A7%D8%A1

(٥) عابد شارف (أزمة الصحراء الغربية: حلول غائبة وسياق أمني اقليمي متغير) مرجع سابق، ص ٦.

لتؤكد أن قضية الصحراء قضية تصفية استعمار، وأن الجزائر ليست طرفا فيها، وأنه على المغرب أن يلتزم بالشرعية الدولية المتمثلة في قرارات الأمم المتحدة التي تطالب بتنظيم استفتاء حر لتقرير مصير الشعب الصحراوي خلال أيام أو بضعة أسابيع.

إن البعد الإقليمي لمشكلة الصحراء معيق لحل الصراع، فكلا الدولتين المغرب والجزائر بحثتا توسيع حدودهما والتأثير داخل المغرب العربي الكبير، وقد استخدمت قضية الصحراء لخلق حالة من التماسك والوحدة الوطنية داخل كل دولة ضد بعضهما البعض، والتي أدت لاحقا إلى الحرب بين الطرفين، ثم تحول إلى خلاف مستعصٍ بين الطرفين، حيث لعبت الجزائر دور الداعم الأساسي لجبهة البوليساريو منذ المسيرة الخضراء، وسمحت بإقامة اللاجئين الصحراويين في منطقة تندوف في أقصى الجنوب الغربي من الجزائر، ولم تساهم الصراعات التاريخية بين البلدين في إعاقة حل الصراع فقط، وإنما في إضعاف مسيرة التعاون والاتحاد في المغرب العربي لأن كليهما يرى إمكانية تحوله إلى قوة كبرى في المنطقة(١).

٤- المتغيرات الداخلية التي حصلت في الجزائر والمتمثلة بتنامي التيار الاسلامي السياسي، وكذلك الأزمة الاقتصادية، وتزايد معدلات البطالة جعلت قضية الصحراء لاتشكل الأولوية في سلم اهتماماتها الداخلية والخارجية(٢).

٥- غياب أي مقاربة لحل اقتصادي للنزاع، ويبدو أن الموقف السياسي للجزائر والمغرب تجاه الصحراء له بعد اقتصادي يتمثل في كون الصحراء منطقة غنية بالفوسفات، وهناك دراسات حول تواجد النفط البحري، وتبدو اليوم المشاكل الاقتصادية كالبطالة والفقر(٣)، فضلاً عن احتمالية رغبة الجزائر في الحصول على ممر عبر الصحراء لنقل الحديد من تندوف إلى المحيط الاطلسي حيث لاتزيد المسافة عبر هذا الممر على ٤٠٠ كم في حين تكون المسافة أكثر من ١٦٠٠ كم على سواحل البحر المتوسط. ولذلك فإن وجود خامات الحديد في تندوف واحتمال اكتشاف النفط فيها يشكلان واحدة من اهتمامات الجزائر بقضية الصحراء لإنها تريد ومن خلال البوليساريو

(1) Michael D. Jacobs(Hegemonic Rivalry in the Maghreb: Algeria and Morocco in the Western Sahara Conflict) thesis, Graduate School at Scholar Commons,University of south florida, 2012, p.57.

(٢) شعلان. مرجع سابق. الصفحات: ٦٧٤-٦٨٤.

(3) Wainscott, Without Reform, UN's Western Sahara Mission Risks Failure,11 may, 2015, at https://theglobalobservatory.org/2015/05/western-sahara-morocco-united-nations/

الموالية لها ضمان الحصول على ذلك الممر إلى تندوف التي ضمتها إلى الأراضي الجزائرية وخاضت بسببها نزاعاً عسكرياً مع المغرب عام ١٩٦٣[١] .

وبالتالي موقع الصحراء البحري له أهمية كبيرة يمكن توظيفها لتعزيز الأمن القومي لكلا دولتين، والذي يتمثل بالمساحة الجغرافية وماتحتويه من موارد اقتصادية وتنوع مناخي وتداخل ثقافي وتكامل سكاني يوفر مزايا كثيرة للامن سواء كانت اقتصادية أو عسكرية.

الخلاصة:

اختبار الفرضية والإجابة على أسئلة الدراسة:

وجدت الدراسة ان هناك علاقة ارتباطية ما بين ترجيح سيناريو حل الصراع (التقسيم أو الحكم الذاتي، أو السيناريو الأممي) في نزاع الصحراء الغربية ومواقف أطراف الصراع، وطبيعة وجوهر السيناريو نفسه، بمعنى أن أطراف الصراع الأساسية وطبيعة تشخيص الصراع والمستجدات على الصراع لعبت دورا في ظهور او تراجع بعض السيناريوهات، وقد تم تحليل كل من سيناريو الحكم الذاتي والتقسيم، والسيناريو الأممي (خيار الاستفتاء والتفاوض)، وسلطت الدراسة الضوء على دور المتغيرات والمحددات التي أعاقت التوصل إلى الحل، والتغيرات التي أصابت مواقف أطراف النزاع، وحاولت الدراسة الإجابة عن التساؤل الرئيسي الأول وهو ما السيناريو المتوقع في حل نزاع الصحراء الكبرى؟ وأشارت الدراسة إلى أن كل سيناريو له فرص وقيود، فالتقسيم هو سيناريو واقعي ومستمر منذ الهدنة، واما سيناريو الحكم الذاتي هو حل على طاولة المفاوضات يستلزم الحل موافقة البوليساريو ولدى هذا السيناريو فرص وقيود أيضاً، أما السيناريو الأخير فيشير إلى المحاولات التي تقوم بها الأمم المتحدة والتي قد يكون لها فرصة على المدى المتوسط والطويل الأجل، أما السؤال الثاني حول الأسباب التي أعاقت حل النزاع رغم مرور أكثر من ٤٠ عاما على ظهوره؟ فقد أشارت الدراسة بالتفصيل لها ومنها أن المتغيرات الدولية والإقليمية زادت من تفاقم حدة التنافس والانقسام بين أقطار المغرب العربي وهي الأطراف المباشرة في النزاع حول الصحراء وعدم اتفاقها على ثوابت مشتركة تبعد الإقليم عن الاستقطاب الدولي، وكذلك عدم حل النزاع ليس نتاج اعتبارات تاريخية أو قانونية فقط، ولكن انعكاس لقيمتها الإستراتيجية أيضاً.

(١) شعلان. مرجع سابق. الصفحات: ٦٧٤-٦٨٤.

نتائج الدراسة

١- شكلت السياسات الدولية (الولايات المتحدة والاتحاد السوفييتي السابق) والاستقطاب الناجم عنها عامل من عوامل إعاقة حل النزاع إبان الحرب الباردة، وبعد الانتهاء من الحرب الباردة أصبحت الحرب على الإرهاب الأساس للسياسات الأمريكية بشكل خاص والغربية بشكل عام منذ ٢٠٠١، ولم تأخذ بشكل جدي حل النزاع بقدر ما كان يعنيها الحرب على الإرهاب.

٢- ان جميع الخطط والمبادرات السلمية سواء التي طرحتها الأمم المتحدة أو الاتحاد الافريقي فشلت لغياب القوة اللازمة لفرضها، وغياب تنفيذ الجزاءات فيها الموجودة في الخطط نفسها.

٣- أدى ثبات موقف طرفي النزاع النسبي وعدم تزحزحه، إلى جمود حل النزاع، وبقي النزاع كما بدأ تقريبا.

٤- غياب حل النزاع يرتبط بغياب التهديد الذي يمثله على مصالح الدول الكبرى، بل قد يكون استمرار النزاع وعدم حله هدفا بحد ذاته لكثير من القوى؛ وذلك لغاية إثارته عند الضرورة لتحقيق مصالح متمثلة ببيع صفقات السلاح وما شابه.

٥- استبعاد خيار الحرب، لعدم قدرة أطراف النزاع على الدخول في الحرب حاليا لأسباب اقتصادية، وكذلك ليس لدى الدول الكبرى مصلحة في إشعال حرب في تلك المنطقة على الأقل حالياً، إلا إن على الأمم المتحدة والدول الكبرى عمل التدابير اللازمة لحل النزاع، خوفا من دخول تنظيمات إرهابية.

وأخيراً، قد تشكل المتغيرات المستجدة، ومنها اضطراب الوضع الأمني في منطقة الساحل الافريقي، وانتشار المجموعات المسلحة، وتفشي تجارة الأسلحة وزيادة التنظيمات الإرهابية عوامل ملحة لتسوية النزاع.

المراجع

أولاً: الرسائل العلمية

العايب، سليم،٢٠١١، الدبلوماسية الجزائرية في إطار منظمة الاتحاد الافريقي، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة/ الجزائر.

كفيسي، نجلاء، ٢٠١٣، العلاقات الجزائرية المغربية آفاقها وواقعها تطورها ومستقبلها ١٩٦٣-١٩٩٤، رسالة ماجستير، قسم التاريخ، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر.

شعنان، مسعود،٢٠٠٧، نزاع الصحراء الغربية والشرعية الدولية: حقوق الإنسان وحق الشعوب المستعمرة في تقرير المصير، اطروحة دكتوراه، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر (بن يوسف بن خدة)، الجزائر.

مصطفى، عبد النبي،٢٠١٤، استفتاء تقرير المصير في الصحراء الغربية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.

ثانياً: مقالات

بوبوش، محمد،." مبادرة الحكم الذاتي للصحراء الحوار المتمدن-العدد: ١٩٢٤-٢٠٠٧/٥/ ٢٣، ٢٠٠٩

http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=97553

السلامي، سامي، مستقبل قضية الصحراء الغربية بعد تمديد مهمة " المينورسو) مجلة السياسة الدولية، ١٤/ ايار، مجلة السياسة الدولية، ٢٠١٥.

\http://www.siyassa.org.eg/NewsQ/5305.aspx

شارف، عابد، أزمة الصحراء الغربية: حلول غائبة وسياق أمني اقليمي متغير) تقارير مركز دراسات الجزيرة، ١٨ نيسان ٢٠١٣، ص ٥ .

http://studies.aljazeera.net/ar/reports/2013/04/201341812274362934.html

شعلان، جاسم، مشكلة الصحراء الغربية وانعكاسها على مستقبل الأمن القومي العربي (بحث في الجغرافية السياسية)، مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية، المجلد ١٩، العدد ٤، ٢٠١١.

مجدوبي، حسين، أي حل لنزاع الصحراء الغربية: اقتسام أم فيديرالية؟) عرض لكتاب «مهامي في الصحراء» لدبلوماسي الاسباني أنخيل مانويل بايستيروس غارسيا، الناشر: صحيفة القدس العربي، تشرين الثاني ، ٢٠١٤،

http://www.alquds.co.uk/?p=243820

مزاحم، هيثم (٢٠١٦) نزاع" الصحراء الغربية "يعود إلى الواجهة بعد فشل عملية السلام، مركز بيروت لدراسات الشرق الاوسط، للمزيد انظر لموقع المركز على الرابط الاتي:

http://www.beirutme.com/?p=16271 .

مفتاح، السالك، البوليساريو تعلن رفضها لفكرة الحكم الذاتي وتدعو المغرب للعودة للمشروعية الدولية لحل نزاع الصحراء الغربية، الحوار المتمدن– العدد: ١٤٥٤، ٢٠٠٦.

ثالثا: المراجع باللغة الانجليزية

Books

Debeche, Smail. 2011. The international legality of the Western Sahara issue: The objective and nonnegotiable solution of a referendum, 2009, Western Sahara Conference Proceedings, Faculty of Political Sciences and Information, University of Algiers, 14 June.

Hoh, Anna-Lena, 2010. 'THE LAST COLONY OF AFRICA' THE WESTERN SAHARA- MOROCCO CONFLICT ANALYZED THROUGH THE LANGUAGE PRAGMATIC APPROACH, Faculteit der Management wetenschappen, Radboud University Nijmegen

Jacobs, Michael D.2012. Hegemonic Rivalry in the Maghreb: Algeria and Morocco in the Western Sahara Conflict) thesis, Graduate School at Scholar Commons,University of south florida.

Jones, David 2014. State-Seeking Nations: Critical Success Factors, Including Moderate UN Security Council Reform) Master Thesis of Arts in Diplomacy and International Relations, Seton Hall University.

Mundy, Jacob. 2008. The Question of Sovereignty in the Western Sahara Conflict, International Conference of the Jurists for Western Sahara, Institute of Arab and Islamic Studies,University of Exeter27-28 June.

Murphy, Anna.2015. The Case of the Western Sahara and its Struggle for Independence, Oct 18, at http://www.eir.info/2015/10/18/the-case-of-the-western-sahara-and-its-struggle-for-independence.

Articles

Beardsworth, Mariana.2005. Maria Kredlow(The Last African Colony: A look at the History and Modern Day Conflict of Morocco and Western Sahara, REAEARCH PAPER, JUNE, P.29 AT https://web.stanford.edu/.../The%20Last%20African%20Colony%20

Haugen, Hans Morten. 2007. THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION AND NATURAL RESOURCES:THE CASE OF WESTERN SAHARA, LEAD Journal (Law, Environment and Development Journal), 3/1.

Porges, Matthew & Christian Leuprecht. 2016. The Puzzle of Nonviolence in Western Sahara, Democracy and Security, 12:2, 65-84.

Simble, Mikael. 2009. EAST TIMOR AND WESTERN SAHARA – A COMPARATIVE STUDY OF THE DECOLONIZATION PROCESS OF TWO IBERIAN EX-COLONIES, 1 HIST 7602 Thesis paper.

Roussellier, Jacques.2016.The Gaffe that Hurt Multilateralism in Western Sahara, April 08, at Carnegie endowment for International peace, http://carnegieendowment.org/sada/63284, p.3

Rubin, Michael. 2016. Is the Western Sahara dispute nearing an end? The American Enterprise Institute, February 5, p. 3 at https://www.aei.org/publication/is-the-western-sahara-dispute-nearing-an-end/

Theofilopoulou, Anna.2016. Ban's Misstep in Western Sahara) foreign policy in focus, March 28, at http://fpif.org/bans-misstep-western-sahara/.

Wainscott, Ann Marie.2015. Without Reform, UN's Western Sahara Mission Risks Failure,11 may, at https://theglobalobservatory.org/2015/05/western-sahara-morocco-united-nations/

Yousfi, Rachid H.2014. Aiding and Abetting: The Illegality of Morocco's Nationalist Expansion into Western Sahara and their Support from the United States), Master's Theses, University of San Francisco, pp.60-73.

رابعا: المواقع الالكترونية

١- الجزيرة نت

http://www.aljazeera.net/

٢- المغربية

http://www.almaghribia.ma

٣- الموقع الرسمي لبعثة الأمم المتحدة المينورسو

http://www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minurso/background.shtml

٤-تصريح وزير خارجية المغرب لصحيفة الشرق الأوسط

http://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=8435&article=89471#.WEHi1mX_rIW

٥- المركز المغاربي للدراسات الاستراتيجية

http://www.cmesmr.org/etudes/8-2012-11-25-14-37-56.html

٦- موقع الصحراء المغربية http://www.sahara.gov.ma/ar

٧- نص القرار ٦٢١

https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/541/08/IMG/NR054108.pdf?OpenElement

٨- نص القرار ٦٥٨

https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/574/34/IMG/NR057434.pdf?OpenElement

٩- موقع اخبار لكم http://www.lakome2.com/opinion/12783.html

١٠- فرانس ٢٤ http://www.france24.com/ar

١١-اراء، http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions

خامسا: تقارير

Report of the Secretary-General on the situation concerning Western Sahara for the information of the members of the Security Council, 18 April 2016,at http://www.un.org/en/sc/documents/sgreports/2016.shtml, pp. 18-21.

The African Union hails the United Nations Secretary General's visit to Western Sahara in order to end the prolonged suffering of the territory's people,2016, at http://www.peaceau.org/en/article/the-african-union-hails-the-united-nations-secretary-general-s-visit-to-western-sahara-in-order-to-end-the-prolonged-suffering-of-the-territory-s-people#sthash.qVqRT34C.dpuf.

Report by Africa Research Bulletin (ALGERIA, MOROCCO – WESTERN SAHARA / UN: Row Over Disputed Territory Status) at http://onlinelibrary.wiley.com/enhanced/doi/10.1111/j.1467-825X.2016.06920.x, 7 April 2016

Report o .Human Rights in Western Sahara and in the Tindouf Refugee Camps,Human Rights Watch, , U.S.A,2008, pp.32-33.

معايير الإبداع في المصنف ومحورية محل حماية حق المؤلف

(دراسة تحليلية في إطار المبادئ القضائية الأمريكية)

د. إبراهيم محمد عبيدات *

تاريخ تقديم البحث: ١٠/٥/ ٢٠١٧م. تاريخ القبول:١٩/١١/٢٠١٧.

ملخص

يتحقق الإبداع من خلال ترجمة الأفكار الناشئة في ذهن المؤلف إلى حقائق وانماط وأساليب يمكن تطبيقها والاستفادة منها لتطوير الحياة البشرية على الصعد كافةً، فالإبداع ينبع من الشخصية الإنسانية التي تكون قادرة على الوصول إلى نتائج أصيلة مغايرة لما هو سائد، أو قادرة على تطوير ما هو قائم أصلاً، لذا فإن العمل الإبداعي يعد تعبيراً عن شخصية المؤلف وحريته. ويرتكز الإبداع على أسس ومعايير حددتها الأحكام التشريعية والمبادئ القضائية التي واكبت نشوء وتطور مفهوم حق المؤلف وهي: الأصالة التي تعكس استقلالية طريقة التعبير عن الفكرة؛ والجدّة التي تحدد تفرّد وتميّز طريقة التعبير عن الفكرة حتى لو كانت هذه الفكرة متداولة غير جديدة. وبهذا انصبّت الحماية القانونية للمؤلف على مصنفه على طريقة التعبير عن الفكرة وليست على الفكرة ذاتها. تتناول هذه الدراسة تحليلاً دقيقاً لمعياري الأصالة والجدّة في إطار المبادئ القضائية الأمريكية يسبقه تمهيد يحدد مفهوم الإبداع.

الكلمات الدالة: حقوق الملكية الفكرية، حق المؤلف، الإبداع، الأصالة، الجدّة

* كلية القانون، جامعة اليرموك.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Creativity Standards in the Work and the Qualification for Copyright Protection (Analytical Study with in framework of the American judicial principles)

Dr: Ibrahim M. Obeidat

Abstract

Creativity is achieved through the translation of ideas which originate in the mind of the author to facts , patterns and styles that can be applied and utilized for the development of human life at all levels. Creativity springs from the human personality that is able to reach the original results contrary to what is prevalent, or able to develop what exists originally. It is based on the principles and criteria set by the legislative provisions and judicial principles that have accompanied the emergence and evolution of the concept of copyright, namely: originality and novelty. So, the legal protection of the copyright depends on the way to express an idea, but not on the idea itself. This study focuses on analysis of the standard of originality and novelty with in frame of American judicial principles, preceded the concept of creativity.

Keywords: Intellectual property rights, Copyright, Creativity, Originality, Novelty.

مقدمة:

بالنظر إلى الإبداع كمفهوم مجرد بعيداً عن ارتباطه بأي من مجالات الفكر الإنساني، فيمكن القول إن تحققه يتم من خلال عمليات ذهنية معقدة تتبلور في عقل الإنسان تترجم إلى أفكار قابلة للتنفيذ تساهم في تطوير أنماط الحياة البشرية، ويتأثر الإبداع –بهذه الصورة– بالبيئة المحيطة بالعقل الحاضن لتلك الأفكار بما يجمّعه العقل البشري من معطيات ومقدمات وتصورات، تتفاعل فيما بينها بإدارة ذهنية متميزة تخرج الى الوجود كأفكار قابلة لتطوير نمط معين، أو ابتكار أنماط جديدة لم تكن قيد الوجود. وإذا ما أسقط هذا المفهوم على المؤلف، فيمكن القول إن المؤلف تتراكم في ذهنه الأفكار المستمدة من مشاعره وأحاسيسه وخبراته ومستواه الفكري فتتحول جميعها إلى مصنف ابداعي، فهذه الخلاصة الإنسانية هي التي يجب أن تكون موضع حماية حتى تميز المبدع عن غيره.

أهمية الدراسة:

يعتبر الإبداع الركيزة الأساسية التي تستند عليها تشريعات حق المؤلف لتقديم الحماية للمؤلف على مصنفه، لهذا يجب أن يحقق المصنف شرط الإبداع بكل ما يتضمنه من معايير حتى يستحق الحماية القانونية، على هذا الأساس تركز هذه الدراسة على الإبداع المطلوب لاستحقاق الحماية، ولهذا كان لا بد من البحث في معياريه الأصالة والجدّة لبيان مدى الأسس الواجبة لتحققهما من جهة؛ ولبيان التطور الذي لحق بهما نتيجة تطور النظرة التشريعية والقضائية لمفهوم حق المؤلف من جهة أخرى. كذلك الحال تهدف هذه الدراسة لبيان التطورات التي لحقت بالحماية القانونية لحق المؤلف ومستوى الحماية التي يقدمها القضاء الأمريكي للمؤلف على مصنفه، حتى يتسنى الإفادة من هذه الخبرات والتجارب القضائية التي تهتم بالحفاظ على قواعد الحماية الأساسية للحماية وتبني عليها بما يتوائم مع التطورات التي تلحق بهذا الحق، وذلك لأجل تحقيق التوازن بين حقوق المؤلف من جهة؛ وحقوق المجتمع بالإفادة من الإبداعات من جهة أخرى.

مشكلة الدراسة:

تتمثل إشكالية هذه الدراسة بتساؤل محوري حول تحقق الإبداع المطلوب في المصنف لضمان الحماية القانونية للمؤلف، ويتفرع عن ذلك عدة تساؤلات وهي: مدى الإبداع المطلوب؛ ثم ماهية المعايير التي يجب أن تتحقق في الإبداع كي يمكن ضمان الحماية القانونية للمؤلف.

المنهج:

تتسم هذه الدراسة بالصبغة التحليلية لأنها تركز على وصف وتحليل القواعد والمبادئ التي أقرها القضاء الأمريكي من أجل الوصول إلى غايات الدراسة لتحقيق النتائج المرجوة، لهذا تم اعتماد المنهج

الوصفي والمنهج التحليلي كأساس لتحليل القرارات القضائية للوقوف على حيثياتها وأسبابها ونظرتها للإبداع ومعاييره لإسباغ الحماية عليه، وكذلك الحال لوصف وتحليل الآراء الفقهية المختلفة وبعض النصوص التشريعية التي تناولت هذا الموضوع باتجاهاتها المختلفة. وفي سبيل ذلك فقد تم تقسيم الدراسة إلى مطلبين؛ الأول يتناول معيار الأصالة، والثاني يتناول معيار الجدة، هذا ويسبق هذين المطلبين تمهيد يتناول مفهوم الإبداع في نطاق حق المؤلف كتوطئة للدخول إلى المطلبين الأساسيين. أو انتهت الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج التي تم التوصل اليها، وكذلك التوصيات التي تبلورت نتيجة هذه الدراسة.

تمهيد: مفهوم الإبداع في نطاق حق المؤلف

عند الحديث عن الإبداع؛ غالباً ما يتبادر للذهن ارتباطه بالتميز والتفرد والابتكارية، فهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشخصية الانسان ويعد نتاجاً لتفاعلات داخلية كامنة في العقل البشري تمتزج بالخبرات والتجارب التي يمر بها لتظهر بصورة متميزة تعكس الأداء الإنساني القابل للتطور، فهناك تلازم بين الإبداع و العبقرية، بمعنى أن العمل الإبداعي ينشأ من خلال استحضار تام للعبقرية التي تسمو عن اعتيادية التفكير، ولهذا تتمخض عن الإبداع أفكار جديدة تساهم في تطوير الحياة البشرية بكل روافدها وروابطها مع الطبيعة المحيطة بالإنسان، فهو ينبع من الشخصية الانسانية التي تكون قادرة على الوصول إلى نتائج أصيلة مغايرة لما هو سائد، أو قادرة على تطوير ما هو قائم أصلاً، فالعمل الإبداعي يعد تعبيراً عن شخصية الفرد وحريته، وبالتالي فإن العمليات الإبداعية ستؤدي بالنتيجة إلى الوصول إلى مرحلة أكثر تركيزاً؛ أي إلى مرحلة الابتكار.

وبهذه الصورة يعتبر الإبداع مفهوماً أكثر شمولية من الابتكار؛ ذلك أن الأخير يتجسد بالتوصل الى طرق وأساليب متميزة وجديدة مختلفة عما هو سائد، وغالباً ما يرتبط بالعمليات الإنتاجية وأساليب الأداء ووسائل العمليات التي تؤدي لذلك، وهذا يتطلب بالضرورة وضع الأفكار الابتكارية في إطار معايير صارمة تخضع للفحص والتدقيق لإثبات قدرتها وجدارتها لتجاوز المرحلة القائمة[1].

ويرتكز الإبداع في مجال حق المؤلف على أسس ومعايير حددتها النصوص التشريعية والأحكام القضائية التي واكبت مفهوم حق المؤلف، فقد كانت النظرة إلى الإبداع في بدايات نشوء مفهوم حق المؤلف تختلط كثيراً بالمفهوم العام للإبداع الذي يرتبط بالعبقرية والسمعة والشرف، بعيداً عن القواعد الحاكمة للملكية التي تستمد من الأسس الاقتصادية. والحقيقة أن البدايات التاريخية للحماية التشريعية

(١) للتوسع؛ انظر: الكسندرو روشكا، الإبداع العام والخاص، ترجمة غسان عبد الحي أبو فخر، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨٩، ص١١-٢٢.

لحق المؤلف المستندة إلى الإبداع تبلورت عند إقرار قانون الملكة آن (Statute of Anne 1710) في بريطانيا، وهو القانون الذي قدم الحماية للمؤلفين على مؤلفاتهم المنشورة، ناقلاً هذه الحماية من الصبغة التجارية إلى الصبغة الادبية، وكما يرى البعض أن قانون الملكة آن "لم يقتصر دوره على تحفيز وتطوير المفهوم الحديث لحق ملكية المؤلف؛ ولكنه نقل هذا الحق من تشريعات التجارة واقتصاديات السوق إلى ثقافة ومفهوم الملكية الفردية للمؤلف"(١)، ثم توالت بعد ذلك التشريعات الناظمة لحق المؤلف؛ ضامنة بذلك الحماية القانونية لحقوقه على مصنفه، والحقيقة أن هذه التشريعات لم تسن من فراغ؛ إنما كانت نتيجة طبيعية لحماية الإبداعات التي أثرت الحياة الاجتماعية والعلمية والثقافية في الدول التواقة نحو التقدم وما لعبته من دور في اقتصاديات هذه الدول.

ولهذا انتقل محل الحماية من حماية المجهودات الفكرية وما ترتبه من آثار اقتصادية الى حماية الإبداع وتحديداً طرائقه، حيث شملت الحماية الإبداع وما يرتبه من نتائج، ولهذا؛ فإن حماية حق المؤلف في مصنفه تنصب على التعبير عن الفكرة أو المفهوم أو الحقيقة، وليس على الفكرة ذاتها، ذلك أن قانون حماية حق المؤلف لا يحمي الحقائق والأفكار، ولكنه يحمي طريقة التعبير عنها(٢)، وقد ترتبت الحماية القانونية للمؤلف على مصنفه من جانبين؛ مالي وأدبي، فحماية الجانب المالي تهدف إلى تحفيز المؤلف مالياً لقاء مجهوداته الفكرية التي كشف عنها لفائدة المجتمع، أما الجانب الأدبي فهو مقرر لحماية الإبداع المقترن ببصمة المؤلف وشخصيته، وبالتالي يعتبر هذا الجانب صعب الانتقال إلى الغير لأنه يقترن بشخص المؤلف.

وقد كان مصطلح الإبداع ومفهومه القانوني موضع خلاف بين المشرعين في الولايات المتحدة عند اقرار قانون حق المؤلف لعام ١٩٧٦، حيث كانت مسودة هذا القانون تتضمن مصطلح الإبداع كمعيار لحماية المصنف، إلا أن هذا وجد معارضة لدى غالبية المشرعين الذين فضلوا النص على مصطلح الاصالة بدلاً من مصطلح الإبداع، وقد كانت حجتهم تستند إلى عدّة أسباب، من أهمها: أن هذا المصطلح (الإبداع) يظهر في حقيقته مفهوماً شاملاً يستند في أساسه للعبقرية التي يصعب تحديدها، لذلك لا يمكن بشكل من الأشكال تحديد مفهوم دقيق للإبداع، وهذا بالتالي يدخل القضاء في متاهات واسعة ترتبط بمدى إثبات وجوده في العمل الإبداعي، كما أنه يشكل ذريعة للمعتدي على العمل الإبداعي

(1) Rose, M., *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, (London, MA: Harvard University Press, 1993), p: 142, in: Graham Dutfield, Uma Suthersanen, Global *Intellectual Property Law*, p.68.

(2) Video pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., 342 F.3d 191 (3d Cir. 2003), in: Patrick J. Flinn, *Handbook of Intellectual Property*, §2.03[A], pp.2-22.

للتنصل من فعله بسبب صعوبة إثبات وجود الإبداع بهذا المفهوم(١)، وكذلك فإنه من الصعوبة بمكان تضمين التشريعات نصوصاً غامضة توجب حماية المصنف استناداً إلى –على سبيل المثال – العبقرية أو الإبداع أو الجمالية أو غيرها التي يمكن من خلالها الالتفاف على التشريع، وبالتالي فإن متطلبات الأصالة لا تعتمد على هذه المعايير بقدر اعتمادها على استقلالية الإبداع والابتعاد عن النسخ، واستجابة لذلك فقد تم النص على مصطلح الأصالة بدلاً من الإبداع.(٢)

والملاحظ من هذه الاتجاهات أن مفهوم الإبداع في مجال حق المؤلف لم يُحمل على إطلاقه، فالأصل –كما أسلفنا– أن الإبداع مفهوم عام ينضوي تحته مفاهيم فكرية متعددة، فالاتجاه القضائي في الولايات المتحدة يجعل من الإبداع شرطاً لتحقيق الأصالة(٣)، مما يوحي بوجود خلط في مجمل النظر الى هذا المفهوم، ولكن النظرة الفاحصة للمبادئ القضائية الأمريكية تشير إلى اتجاه القضاء الواضح بضرورة اشتمال العمل على سمات إبداعية كي تميزه عن غيره من الأعمال، وكأن هذه المبادئ تعتبر الإبداع شرطاً من شروط تحقق أصالة العمل، وهذا بطبيعة الحال يتناقض مع المفهوم العام للإبداع الذي ينضوي تحته مفهوم الأصالة والجدّة وغيرها من المفاهيم المرتبطة بحق المؤلف. وعلى هذا الأساس أصبح الجانب الإبداعي محل حماية التشريعات لما يحققه هذا المفهوم من مردودات فكرية واجتماعية واقتصادية أصبح يقاس عليها تقدم الدول ونهضتها، لهذا يجب أن يشتمل العمل الإبداعي على معايير واجبة التحقق كي يستحق الحماية القانونية. ومن أهم هذه المعايير؛ الأصالة ثم الجدّة.

(1) Peter K. Yu, *Intellectual Property and Information Wealth*, Vol1, pp.9-10.

(2) US Copyright Act, 17 USC § 102(a), "Copyright protection subsists, in accordance with this title, **in original works** of authorship fixed in any tangible medium of expression..".

(3) see: Goldstein v. California, 412 U.S. 546, 561, 93 S.Ct. 2303, 2312, 37 L.Ed.2d 163 (1973), "To be the original work of an author, a work must be the product of some "creative intellectual or aesthetic labor."", quoted in: West Publishing Co. v. Mead Data Cent., 799 F.2d 1219, 1228 (8th Cir. 1986), available at: https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/799/799.F2d.1219.85-5399.html, (last visit; 30 august,2016); Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S. 340, 345(1991),available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/case.html, (last visit; 31 august,2016); ***Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises,*** 471 U. S. 539, 471 U. S. 546 (1985), available at: https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm. (last visit; 31 august,2016).

المطلب الأول: الأصالة

إن من أهم متطلبات حماية حق المؤلف أصالة المصنف، بمعنى أن كينونة العمل الأدبي أو الفني أو العلمي نابعة من فكر المؤلف حتى لو كان يستند في أفكاره إلى مصادر فكرية سابقة، ولكن يشترط أن يضع هذه الأفكار في قالب متميز تظهر فيه شخصيته وأسلوبه الفكري المستقل والمتميز، وتظهر الأصالة كذلك حتى لو تشابهت أفكار المؤلف مع أفكار سابقة طالما أنها وليدة الصدفة شريطة ألا تكون نقلاً عن تلك الأفكار، لهذا تختلف الأصالة في حق المؤلف عن الجدّة المطلوبة في براءة الاختراع لعدم وجود معيار محدد لها من حيث الأعمال السابقة التي يجب أن يتجاوزها المصنف كما هو الحال في جدّة الاختراع التي تقوم على تجاوز الفن الصناعي السابق.

وتعتبر الأصالة من أهم المعايير التي يجب أن تتوافر في العمل كي يمكن وصفه بالعمل الإبداعي، وهذا يعني بالضرورة أن يكون العمل من إبداع المؤلف ذاته، أي أن الافكار التي يطرحها في مصنفه يجب أن تكون من إنتاجه الفكري؛ فلا تكون منقولة عن غيره أو مقتبسة من أعمال سبقته[١]. وهذا يقتضي بالضرورة أن يتضمن العمل على درجة من الإبداع توحي باستقلالية العمل، وبأنه يتمخض عن النتاج الفكري لمؤلفه بعيداً عن النقل أو النسخ[٢].

والحقيقة أن مفهوم الأصالة لا ينتهي إلى هذا الحد، بل هو يعد من الأسس الهامة التي يقوم عليها الإبداع، لأنه يعبر عن شخصية المؤلف في عمله، أي أن أصالة المصنف تقتضي إظهار شخصية المؤلف وذلك بإسباغه أسلوبه الخاص على المصنف من خلال طريقة التعبير عنه، ولهذا يرى البعض أن أهمية العمل وأصالته تكمن في أنها تعكس شخصية المؤلف وتؤدي رسالته في الوقت نفسه. [٣]

وفي ذات الاتجاه ينظر البعض إلى الأصالة باعتبارها أساساً ومعياراً هاماً لحماية الحقوق الفكرية، ذلك أن المؤلف يصبغ عمله بروحه الشخصية الفريدة التي تظهر ارتباطه به، لذا تعد الأصالة مبدأ يمكن الاستناد اليه لحماية العمل الإبداعي حتى لو أصبح هذا العمل في دائرة التعامل العام، ولهذا فإن الطابع الشخصي للمؤلف في عمله يعكس تفرد العمل وتمييزه عن غيره من الأعمال، والتفرد هو الذي يظهر الروح الإبداعية التي تعكس أصالة العمل.[٤]

(1) Richard Stim, Patent, copyright & trademark, 10th ed, p.190.

(2) Feist Publications Inc. v. Rular Telephone Service Company Inc, 340-49, supra note 6.

(3) Alina Ng, Literary Property and Copyright, p. 537.

(4) Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 250 (1903), available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/188/239/case.html, (last visit: 8 september,2016).

وبالنظر للواقع التشريعي عموماً نجد التشريعات في الدول المتقدمة اتجهت نحو تطلّب الأصالة كأحد المعايير الهامة التي تستند عليها الحماية، فقد تبنى توجيه الاتحاد الأوروبي* بشأن حماية برامج الحاسب هذا المعنى للأصالة في معرض الحديث عن برامج الحاسب الآلي التي تكون موضع حماية، حيث اشترط أصالة البرنامج الحاسوبي للحماية، وأن الأصالة لا تتأتى إلا إذا كان هذا البرنامج من نتاج الإبداع الفكري لمؤلفه(١).

وبدوره؛ لم يتطرق المشرع الفرنسي لمصطلح الأصالة تحديداً حينما نص على حماية المصنف، ولكن يستنتج من نص المادة (L 112/1) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي المعدل لعام ٢٠١٦ أن العمل الخاضع للحماية يجب أن يكون من انتاج المؤلف الفكري بصرف النظر عن نوعه وطريقة التعبير عنه أو غايته أو الهدف منه(٢)، وفي هذا إشارة واضحة إلى ضرورة توافر الأصالة في العمل تتأتى من النتاج الفكري المستقل للمؤلف بصرف النظر عن شكله أو مضمونه، مما يعني أن الحماية تنصب على طريقة التعبير التي يجب أن تتسم بالأصالة، وهو ما يعد انعكاسا لنصوص اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية(٣)، وعلى الرغم من ذلك فقد تطرق المشرع الفرنسي لمصطلح الأصالة بالنص

* وهو تشريع يقره البرلمان الأوروبي يهدف إلى تحقيق غاية معينة على أعضاء الاتحاد تحقيقها، ولكن الدولة العضو لها حرية اختيار الطريقة التي تنفذ فيها هذا التوجيه في إطار تشريعاتها لتحقيق تلك الغاية. راجع في ذلك موقع الاتحاد الأوروبي الإلكتروني:
https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en

(1) Article 1/3, Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs, (91/250/EEC, OJ 1991 L 122/42)" A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation", available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0250&from=BG, (last visit:6 may ,2016).

(2) (Article L.112-1, Intellectual Property Code (consolidated version of April 25, 2016), France, available at: http://www.wipo.int/wipolex/en/profile.jsp?code=FR, (last visit: 13 September,2016).

(٣) تنص المادة (٢) من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية تعديل باريس (١٩٧٩) على" المصنفات المتمتعة بالحماية: ١- المصنفات الادبية والفنية...تشمل عبارة "المصنفات الادبية والفنية" كل انتاج في المجال الادبي والعلمي والفني أياً كانت طريقة أو شكل التعبير عنه مثل الكتب...."

حينما قرر حماية عنوان المصنف شريطة أن يتصف بالأصالة[١]، وذات الوصف أصبغه على أعمال الترجمة والاقتباس والتحوير شريطة عدم المساس بحقوق المؤلف في المصنف الاصلي. [٢]

وفي المقابل نجد القضاء الفرنسي قيّد هذه العمومية وأقر بضرورة أن يكون العمل أصيلاً حتى ينال الحماية القانونية، وهذا يعني بأن لا يكون مأخوذاً عن الغير أو منسوخاً من مصنفات أخرى، ولهذا يجب أن يعكس شخصية من قام به، وفي تقرير معيار الأصالة –أي مدى اعتبار المصنف أصيلاً من عدمه– فقد أقر القضاء الفرنسي بضرورة أن يصبغ العمل بشخصية مؤلفه من خلال طريقة التعبير عنه وغايته وهدفه، كما يجب أن يؤخذ بالاعتبار مستوى حرية المؤلف في ممارسة خياره الإبداعي. [٣]

أما المشرع البريطاني فقد اشترط توافر الأصالة في الأعمال الأدبية والدراما والأعمال الموسيقية والتمثيلية كي تعتبر حق ملكية تستحق من خلالها الحماية القانونية[٤]، بينما اتجه القضاء البريطاني نحو تضييق دائرة الأصالة حينما قرر أن العمل المستحق الحماية يجب أن ينضوي على الجهد والتميّز(العبقرية) والمهارة، وكذلك معرفة إن كان العمل من انتاج وخلق فكر مؤلفه وليس مقتبساً أو منسوخاً من غيره[٥]، ليس هذا فحسب؛ بل اشترط القضاء البريطاني كذلك في الأصالة كمعيار هام من معايير الإبداع والابتكار أن تتجاوز الأعمال القائمة[٦]، وهذا يقتضي بالضرورة البحث عن الجدّة، بمعنى أن تكون الأفكار جديدة لم يسبق الوصول إليها.

أما فيما يتعلق بالنظام التشريعي والقضائي في الولايات المتحدة، فقد اختلفت الرؤيا لمفهوم الأصالة في قانون حق المؤلف لسنة ١٩٧٦ عنها في القانون القديم (١٩٠٩)، إذْ كان المشرع في القانون القديم ينظر إليها باعتبارها ترتبط بالجهد الفكري المبذول، وقد فسر القضاء ذلك أنه في ظل قانون حق المؤلف لسنة ١٩٠٩ كانت الأصالة تتضمن عنصرين: أولهما؛ الإبداع المستقل، وثانيهما؛ بعض الجهد أو العمل

(1) Articles L.112-4, Intellectual Property Code(consolidated version of April 25, 2016), France, supra note.
(2) Articles L.112-3, Intellectual Property Code(consolidated version of April 25, 2016), France, supra note.
(3) CA paris, 21.11.1994(1995) RIDA 381; (1996) 170 RIDA 174 Cour de Cass., 29 May(1996), in: Graham Dutfield, Uma Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*, supra note 2, p.82.
(4) Part I, Chapter I, Art 1, Copyright, Designs, and Patents Act (1988), UK.
(5) MacMillan & Co Ltd v. Cooper (1923) 40 TLR 186 (PC), See: Cambridge University website at: http://www.cipil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/macmillan-v-cooper-1924-40-tlr-186-188. (last visit: 14 May,2016).
(6) Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (football) Ltd (1964) 1 All ER 465, HL. See, Cambridge University website at: http://www.cipil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/ladbroke-v-william-hill-1964-1-all-er-465. (last visit: 14 May,2016); see also: Angela Adrian. *Intellectual Property or Intangible Chattel*, pp. 56-57.

الفكري الإبداعي[١]، أما الأصالة بالمفهوم التشريعي الحديث التي نص عليها قانون حق المؤلف ١٩٧٦، فتقتضي أن يكون العمل أصيلاً بصرف النظر عن الشكل أو الطريقة التي قُدّم فيها المصنف[٢]، والأصالة هنا لم يفسرها المشرع ولكن المذكرات الإيضاحية للقانون الواردة في تقرير الكونجرس تشير إلى عدم حصر هذا المفهوم بضرورات الجدّة والإبداع والابتكارية[٣]، إذْ أفادت أن "مصطلح الأصالة الذي لم يعرّف يهدف إلى الدمج دون تغيير لمعايير الأصالة التي أقرتها المبادئ القضائية في ظل التشريعات الحاضرة، وأن هذه المعايير لا تشمل متطلبات الجدّة أو المهارة (الإبداع)، أو الميزات الجمالية، وليس هناك نية لتوسيع معايير حماية حق المؤلف لتشملها"[٤]. بل تبقى على إطلاقها بوصفها مفهوماً يعبر عن الأسلوب أو الطريقة التي يعرض بها المؤلف أفكاره الخاصة التي تبرز طابعه الشخصي.

أما القضاء الأمريكي فقد اتجه نحو منحى آخر يعد أساساً مفسراً للقواعد التشريعية عندما أقر أن أصالة المصنف تعتبر مطلباً دستورياً واجب التحقق، لأنه يعني استقلالية العمل عن غيره من الأعمال السابقة، وفي هذا تحقيق لمبدأ احترام أفكار الآخرين، فلا يستحق المصنف الحماية إلا إذا كان أصيلاً، وتتأتى الأصالة من خلال ترتيب الأفكار وتنظيمها بطريقة تجعل من العمل النهائي عملاً مستقلاً يتضمن إبداعاً يعبر عن شخصية صاحبه.[٥]

وقد أكدت الأحكام القضائية الحديثة نسبياً هذا التوجه، حيث وسعت مفهوم الأصالة في نطاق حق المؤلف حينما وصفتها بأنها مجهودات شخصية لا يشترط أن تتضمن على الجدة أو أية ميزة جمالية، وأن كل ما في الامر أن العمل يجب أن يكون بعيداً عن السرقة الأدبية.[٦]

(1) Goldstein v. California, 412 U.S. 546, 561, 93 S.Ct. 2303, 2312, 37 L.Ed.2d 163 (1973), supra note 6.

(2) US Copyright Act, 17 USC § 102.

(3) HR Rep No 1476, 94th Cong, 2d Sess 51 (1976), available at: http://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf (last visit: 23 may,2016).

(4) HR Rep No 1476, 94th Cong, 2d Sess 51 (1976), supra note.

(5) Feist Publications Inc. v. Rular Telephone Service Company Inc, 340, supra note 6; see also: Howard B. Abrams, *Originality and Creativity in Copyright Law*, pp. 4-5.

(6) L. Batlin & Son v Snyder, 536 F2d 486, 490 (2d Cir 1976), ("Originality means that the work owes its creation to the author and this in turn means that the work must not consist of actual copying."), available at: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/536/486/139661/, (last visit: 13 June,2016); Alfred Bell & Co. v Catalda Fine Arts, Inc., 191 F2d 99, 102 (2d Cir 1951) (" 'Original' in reference to a copyrighted work means that the particular work ,owes its origin' to the 'author.'"), available at: https://casetext.com/case/alfred-bell-amp-co-v-catalda-fine-arts, (last visit: 13 June,2016); Hoague-Sprague Corp. v Frank C. Meyer Co., 31 F2d 583, 586 (EDNY 1929) ("[T]he originality required in case of copyright means little more than a prohibition of actual copying."), available at: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/F2/31/583/1496490/, (last visit: 13 June,2016). See also: Howard B. Abrams, *Originality and Creativity in Copyright Law*, supra note, p. 7.

وهذا بالطبع يؤكد على أن اهتمام القضاء وقانون حق المؤلف ليس منصباً على الفكرة ذاتها؛ ولكن على طريقة التعبير عنها، فالأصالة يجب أن تتحقق في طريقة التعبير هذه، وهذا لا يعني بالضرورة أن يكون التعبير عن الفكرة جديداً، ولكنه يجب أن يتضمن طريقة إبداعية في التعبير تظهر طابع المؤلف حتى وأن كانت الأفكار متداولة مسبقاً، شريطة ألا تكون منسوخة أو منقولة عن غيره.(١)

ويرى البعض(٢) أن الاصالة المقصودة في مجال حق المؤلف تعني أن يتضمن العمل على درجة بسيطة من الإبداع، وأن يتم التوصل إليه بشكل مستقل بصرف النظر عن أهمية الأفكار أو الحقائق، وبصرف النظر عن جدّتها، ولهذا فإن الأصالة يمكن أن تتوافر في العمل حتى لو تم الاستعانة بالأفكار والحقائق الموجودة أصلاً والتي تعتبر من الملاك العام، طالما أن هذه الأفكار قد تم إخراجها بصورة مستقلة دون أن تكون وليدة النسخ أو النقل الحرفي.

ولهذا تبقى الأصالة متوافرة في العمل حتى لو تم نقل الأفكار والحقائق طالما كان هنالك اختلاف بين العملين في اختيار وتنظيم تلك الأفكار والحقائق، وبما أن الأفكار والحقائق تعتبر حرة يستطيع كل شخص استعمالها واللجوء إليها لإبراز إبداعاته حتى لو كانت تلك الأفكار والحقائق قد توصل إليها سابقوه، ولكن الأصالة هنا تكمن في كيفية إظهار هذه الأفكار بطريقة متميزة عن العمل المنقول منه بحيث تعكس شخصية وذاتية صاحبها.

والحقيقة أن بناء أساس الحماية لحق المؤلف على طريقة التعبير عن الفكرة وليس على الفكرة ذاتها يعود إلى الاختلاف الكبير بين المفهومين، فالمؤلف حينما يكرس مهاراته وجهده للتعبير عن أفكاره فإنه يستحق الحماية، ذلك أن الفكرة حرّة يستطيع كل شخص الوصول إليها، على العكس تماماً من طريقة التعبير عنها، حيث تكمن المعضلة في كيفية الشكل أو الطريقة التي تصاغ بها، فالأفكار بحد ذاتها بسيطة وسهلة، ولكن صعوبتها تكمن في كيفية إخراجها بأسلوب مختلف يتسم بذاتية وشخصية من يعبر عنها، وهنا نستحضر قول الفقيه كورنش الذي رسم الحدود الدقيقة بين الفكرة وطريقة التعبير عنها، الذي اعتبر بأنه "ليس هناك صيغة عامة أو شكلاً عاماً لتأسيس الفارق بين الفكرة العامة وتعبير المؤلف عن الفكرة، لأن الفكرة العامة لا تكون بالضرورة بسيطة، إذ يمكن أن تكون معقدة أو قد تكون شيئاً ابتكارياً او خلافه، ولكن الطريقة التي يتعامل بها المؤلف مع الموضوع؛ وكذلك الشكل الذي يستعمله للتعبير عن

(1) British Northrop Ltd v. Texteam Blackburn Ltd (1974) RPC 57 at 68. in: Peter Groves, *Sourcebook on Intellectual Property Law*, p. 343.

(2) James Boyle; Jennifer Jenkins, *Intellctual Property*, 1sted, pp.302-06; Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 547 (1985), available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html, (last visit: 13 June,2016).

هذه الفكرة يخرجها من دائرة البساطة والسهولة ويدخلها إلى دائرة أضيق تتسم بالتعقيد والترتيب المتضمن على العديد من الأفكار".[١]

ولكن هذا المفهوم للأصالة طرأ عليه تغييرات تناولته في جوهره، وقد كان لقرار محكمة اللوردات البريطانية أثر كبير في تغيير النظرة لهذا المفهوم حينما أقر القاضي (Peterson) أن مفهوم الأصالة "لا يعني أن يكون العمل أصيلاً أو تفكيراً إبداعياً، ذلك أن تشريعات حق المؤلف لا تهتم كثيراً بأصالة الفكرة؛ ولكنها تهتم بالتعبير عن التفكير، وفي حالة الأعمال الأدبية يكون التعبير عن التفكير بالطباعة أو الكتابة"[٢]، وقد أخذ هذا المفهوم الحديث للأصالة أبعاداً هامة حينما تبنته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لاحقاً، حيث أقرت اتفاقية تربس هذا المفهوم كأهم معايير حماية حق المؤلف.[٣]

وعلى ذلك يمكن القول إن الأصالة في جوهرها تعد انعكاساً لرد فعل طبيعي للشخص تظهر كأفكار متميزة تتفرد بسمات شخصيته حتى لو كانت تنطوي على درجة بسيطة من المهارة أو الجدّة.

المطلب الثاني: الجدّة

الحقيقة أن مفهوم الجدة في حق المؤلف كان موضع خلاف بين الفقه، ذلك أن تشريعات حق المؤلف تحمى العمل إذا كان أصيلاً يعكس شخصية مؤلفه؛ ثم تجسيد هذا العمل على دعامة مادية لإيصاله إلى الجمهور، بمعنى أن الأفكار المجردة أو تلك التي لا زالت في ذهن مؤلفها لا يمكن أن تكون موضع حماية؛ لأن الفكرة حرة طليقة يستطيع كل شخص الحصول عليها.

(1) Cornish, *Intellctual property*, (UK: Sweet&Maxwell, 1996), 3rd ed, in: Peter Groves, Sourcebook on Intellectual Property Law, supra note 26, p. 289.

(2) University of London Press v. University Tutorial Press (1916) 2 Ch. 601, (" The word "original" does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought, and, in the case of "literary work", with the expression of thought in print or writing") available at: http://wikijuris.net/cases/university of london press v university tutorial press 1916; and: http://swarb.co.uk/university-of-london-press-ltd-v-university-tutorial-press-ltd-1916/, (last visit: 15 may,2016), also note the more succinct restatement in L.B. Plastics Ltd v. Swish Products Ltd. (1979) RPC 551 ("Under copyright ideas are not protected"), available at: http://swarb.co.uk/lb-plastics-ltd-v-swish-products-ltd-chd-1979/, (last visit: 15 may,2016); See also: George Wei, *An Introduction to Genetic Engineering*, pp.27-28.

(٣) تنص المادة ٢/٩ من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تربس)، (١٩٩٤) على "تسري حماية حقوق المؤلف على التعبير (النتاج) وليس على الأفكار أو الاجراءات أو أساليب العمل أو التصورات الرياضية بحد ذاتها".

See also: US Copyright Act, 17 USC § 102(b): "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work"; Part I, Chapter I, Art 1, Copyright, Designs, and Patents Act (1988), UK; Article L.112-1, Intellectual Property Code(consolidated version of April 25, 2016), France.

ولكن هذه المبادئ الأساسية لحماية المصنفات تحمل في طياتها مفاهيم عميقة ترتبط بالإبداع، لاسيما اذا كانت الفكرة هي الأساس الذي تعتمد عليه، من هنا يمكن القول أن مدار الحديث عن الفكرة وكيفية إظهارها للوجود وما تنطوي عليه من عناصر أساسية تؤهلها لأن تكون موضع حماية التشريعات[١] يعود في أساسه الى كيفية ادارة آلية التوازن بين حقوق المؤلف من جهة؛ وبين حقوق المجتمع في الإفادة من الأفكار الإبداعية التي يقدمها المؤلف من جهة أخرى، وتطبيقاً لهذا المفهوم فقد فسرت المحكمة العليا الأمريكية منطوق حماية حق المؤلف ضمن اطار هذا التوازن، فقد اعتبرت أن الهدف المباشر لتشريعات حق المؤلف هو حماية الجهد الإبداعي للمؤلف؛ ولكن الهدف الأساسي البعيد يتمثل في تحفيز الإبداع الخلّاق من أجل الصالح العام.[٢]

واعتماداً على هذه المفاهيم، هل يجب أن تكون الأفكار التي يقدمها المؤلف جديدة لم يسبقه اليها أحد كما هو الحال في الاختراع؟؛ أم أنه يكفي أن تتضمن نوعاً من الجدة التي تميزها عن غيرها من الأفكار؟؛ وبالتالي هل ينتفي الإبداع عن الأفكار المتداولة –غير الجديدة–؟.

قبل الخوض في بيان الجدة المطلوبة في حق المؤلف، فلا بد من بيان هذا المفهوم في مجال الاختراعات لأنها تجسد القيمة الحقيقة للجدّة وتعبر عن تفاصيلها الدقيقة، فالجدّة تعني التوصل إلى أفكار جديدة لم تكن متداولة قبل ذلك على الرغم من ارتباطها بما سبقها من أفكار؛ وبعض الأحيان استنادها اليها لأجل الوصول إلى أفكار مختلفة عما كان سائداً قبل ذلك، فلا يعد الاختراع جديداً إذا كان متاحاً للعامة قبل إيداعه للحصول على البراءة[٣]، بمعنى أن يكون الاختراع جديداً في ذاته يضيف شيئاً جديداً إلى الحالة الفنية السائدة؛ وأن لا يكون معروفاً من قبل الجمهور المعني بالمعرفة، لذلك يجب البحث عن مضمون الجدة وأصالة الفكرة الابتكارية المتمثلة بما يحققه النشاط الذهني للمخترع من نتيجة لم تكن معروفة في حدود النشاط الفني السائد؛ تؤدي بالضرورة إلى تطوير ما هو قائم أصلاً أو إيجاد شيء جديد لم يكن موجوداً في الفن الصناعي الحالي[٤]، ولهذا تعتبر جدّة الاختراع مطلقة من حيث المكان والزمان.

أما فيما يتعلق بالجدّة المطلوبة في حق المؤلف فهي تختلف عنها في الاختراع، وقبل الخوض فيها فلا بد من الحديث عن الأبعاد القانونية لحماية حق المؤلف، وهنا يجب النظر إلى الحقوق المالية التي تثبت للمؤلف باعتبارها محور التوازن في علاقة المؤلف بالمجتمع، وتعد كذلك انعكاسا هاماً لتمتع

(1) US Copyright Act, 17 USC § 102(b).
(2) Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975), available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/151/case.html, (last visit: 8 September,2016).
(3) US Patent Law, 35U.S.C §§ 102, 103.
(4) David Pressman, Patent it Yourself, 13th Ed, p. 10.

المؤلف بالحقوق الأدبية، مما يمكن معه القول إن الحق المالي الذي يتخذ صفة الحصرية ما هو إلا مكافأة من المجتمع للمؤلف على إبداعاته الفكرية، وبالتالي فإن تحقق الإبداع لدى المؤلف يستند في أساسه على قاعدة التحفيز لما ينتجه من أعمال إبداعية[١]، واستبعاد هذا المنطق سيؤدي بالضرورة إلى عزوف المؤلفين عن الإبداع لأن هذه الإبداعات ستكون عرضة للتداول بكل سهولة من قبل الآخرين[٢]، وهذا بالطبع يعكس درجة الجدّة في الأفكار التي يطرحها المؤلف وضرورة مراعاتها بما يتوافق مع مبدأ الحصرية والتحفيز.

واستناداً إلى قاعدة التحفيز هذه فقد استقرت المبادئ القضائية على إرساء قواعد هامة ترتبط بجدّة الفكرة ومدى إصباغ الحماية التشريعية عليها، فقد وضع القضاء الأمريكي معيارين هامين يمكن من خلالهما اعتبار الأفكار العامة المتداولة أعمالاً قابلة للحماية.

المعيار الأول: وهو معيار الجهد المبذول في إخراج الأفكار بطريقة متميزة جديدة تختلف عن الأفكار التي تحتويها، وقد أطلق على هذا المعيار "sweat of the brow" ويعتمد هذا المعيار على مدى قدرة المؤلف وجهده المبذول لإخراج الأفكار بأسلوب مختلف يتسم بالأصالة والجدّة والتميّز[٣]، وقد أقرت الكثير من الأحكام القضائية في الولايات المتحدة هذا التوجه، فقد اعتبرت أن المهارة والجهد المبذول في تجميع المعلومات والبيانات من قبل المؤلف لإبراز العمل بشكل جديد متميز من شأنه أن يكون مبرراً لشمول هذا العمل بالحماية القانونية بموجب تشريعات حق المؤلف، ولقياس هذا الأسلوب فقد اعتمد القضاء الأمريكي على معطيات هامة يجب أن تتوافر في العمل؛ منها: الجهد المبذول، الوقت المكرس لإنجاز العمل، وأيضا الأموال التي تم إنفاقها لإنجاز هذا العمل. [٤]

(1) Fogerty v. Fantasy, Inc., 510 U.S. 517, 527 (1994) ("[C]opyright law ultimately serves the purpose of enriching the general public through access to creative works . . . ."). available at: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/517/. last visit: (9 September, 2016).

(2) Alina Ng, Literary Property and Copyright, supra note 9, pp. 539-40.

(3) Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression*, pp. 1540-83; Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, pp. 296-330.

(4) West Publishing Co. v. Mead Data Cent., 799 F.2d 1219, 1228, supra note 6; Illinois Bell Tel. Co. v. Haines & Co., 905 F2d 1081, 1086 (7th Cir. 1990), available at:http://www.leagle.com/decision/19901986905F2d1081_11773/ILLINOIS%20BELL%20TELEPHONE%20CO.%20v.%20HAINES%20AND%20CO.,%20INC. (last visit, 30 Augest,2016) ; Hutchinson Tel. Co. v. Fronteer Directory Co., 770 F.2d
128, 131-32 (8th Cir. 1985), available at: https://casetext.com/case/hutchinson-telephone-co-v-fronteer-directory, (last visit, 30 Augest,2016); Schroeder v. William Morrow & Co., 566 F.2d 3, 5 (7th Cir.1977); Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co., 281 F. 83, 88 (2d Cir.), cert. denied, 259 U.S. 581 (1922), in: Jay Dratler, Jr., Stephen M. McJohn, *Intellectual Property Law*, vol1, §5.02[2], pp. 5-38.6-7.

وقد أقرت محكمة الدائرة الثانية هذا المعيار في قضية دليل الهواتف حينما اعتبرت "أن الشخص الذي يذهب إلى الشوارع ليحصل على أسماء السكان ومواقع سكنهم وأرقام شوارعهم، فإنه يستحق أن يكون مؤلفاً لأنه أنتج عملاً بجهده".(١)

يشير هذا النهج إلى الاستناد على معيار الجدة لحماية المصنفات، لأن اختيار الأفكار المتاحة عموماً وترتيبها وتنظيمها يعكس بالضرورة نوعاً من الجدّة التي تتطلبها أصالة العمل، فاختيار الافكار والخيال والعمليات العقلية المختلفة والمعقدة التي تنتج افكاراً متميزة يحمل في طياته مفهوم الجدّة التي تعبر في ذاتها عن أصالة هذه الأفكار، وهذا يعني أن الجدّة تتحقق في طريقة التعبير عن الفكرة – التي هي موضع حماية تشريعات حق المؤلف – وليس بالضرورة توافر الجدّة في ذات الأفكار أو الحقائق، والحقيقة أن هذا المفهوم يعكس مدى ضرورة توافر الجدّة لحماية المصنفات ما دمنا نتحدث عن موضع الحماية.

وعلى الرغم من وجاهة هذا النهج في تطلب معيار الجدّة للحماية، إلا أنه يؤخذ عليه ذهابه إلى إلحاق الجدّة بالأصالة باعتبارها عنصراً من عناصرها، وهذا بطبيعة الحال يخلق لبساً كبيراً، لأن مفهوم كل منهما مستقل عن الاخر، فالأصالة –كما تم بيانه– تختلف عن الجدّة، ولكن هذا لا يعني انتفاء العلاقة بينهما، فكل منهما مكمل للأخر باعتباره ضرورة لا بد من توافرها لإضفاء صفة الإبداع على المصنف، وفي هذا الاتجاه أقرت المحكمة الفيدرالية الأمريكية في قضية فيست(Feist)، بأن العمل يعتبر أصيلاً ما دام أن المؤلف قد أبدعه بشكل مستقل بعيداً عن النسخ أو النقل وينم عن إبداع ولو بدرجة بسيطة، "وأن الأصالة هذه لا تتطلب شرط الجدة لتحققها طالما أن العمل لم يكن منسوخاً عن الغير، فالأصالة لا تدل على الجدّة، لأن العمل يكون أصيلاً على الرغم من تشابهه مع أعمال أخرى طالما كان هذا التشابه وليد الصدفة وليس النسخ".(٢)

وعلى الرغم من أن هذا التوجه في مضمونه العام يشير إلى معيار الاصالة الذي أكده القضاء، إلا أن الإشكالية تكمن في اعتبار العمل جديداً من عدمه، فاشتراط عدم النقل أو النسخ عن الغير لا يعني

(1) Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co. 281 F 83, 88 (2d Cir 1922), quoted in Hutchinson Telephone Co. v Fronteer Directory Co., 770 F2d 128, 131-32 (8th Cir 1985), 770 F2d at 131, available at: https://casetext.com/case/hutchinson-telephone-co-v-fronteer-directory, (last visit: 30 August,2016); Leon v. Pacific Telephone and Telegraph Co., 91 F.2d 484, 485-486 (9th Cir. 1937)(Use of alphabetical telephone directory listings to prepare listings by street and number was infringement),in: Jay Dratler, Jr., Stephen M. McJohn, *Intellectual Property Law*, supra note, pp. 5-38.6; Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S, 352-53, supra note 6.

(2) Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S, 345, supra note 6, (" Originality does not signify novelty; a work may be original even though it closely resembles other works, so long as the similarity is fortuitous, not the result of copying").

بالضرورة توافر الجدة، ذلك أن الأفكار والبيانات والمعلومات التي يرتكز إليها المؤلف هي بالقطع ليست جديدة بمعنى الجدة المطلقة التي لم يسبق التوصل إليها.

وقد واجه هذا المعيار عديد الانتقادات لاسيما من القضاء الأمريكي نفسه، وفي معرض الحديث عن هذه الانتقادات؛ فقد تعرضت المحكمة العليا لهذا المبدأ بالنقد في قضية فيست (Feist)، حيث اعتبرت أن أهم الأخطاء التي تضمنها هذا المبدأ أنه شمل الحقائق المكونة للبيانات المجمعة بالحماية القانونية دون النظر لكيفية اختيارها أو تنظيمها، مما يقصر الحماية على الحقائق التي تم التوصل إليها بشكل مستقل، وهذا يعني أنه لا يجوز لأي مؤلف لاحق الاستناد إلى المعلومات التي تم تأليفها سابقاً، بل عليه أن يتوصل إليها بشكل مستقل من المصادر العامة نفسها لكي يتوصل إلى النتائج التي سبقته.[١] لهذا اتجه القضاء الأمريكي لإقرار معيار آخر يبتعد عن معيار الجهد المستند للجدّة يعتمد على الإبداع.

المعيار الثاني: معيار الإبداع والمهارة، وقد أقرته محكمة الدائرة الثانية الأمريكية أيضاً ولكن بقرارات حديثة نسبياً، فقد اعتبرت المحكمة أن الأفكار والبيانات تستحق الحماية بتشريعات المؤلف شريطة أن تكون أصيلة في الاختيار والإبداع والمهارة، والملاحظ أن هذا المعيار يتعارض مع المعيار الأول من حيث أن الجهد وحده لا يمكن أن يعطي للأفكار والبيانات صبغة العمل المحمي بتشريعات حق المؤلف[٢]. كما أن معيار الجهد يختلف عن معيار الإبداع، ذلك أن الأول يستند الى فلسفة جان لوك في الأفكار التي تتبلور نتيجة التجربة والخبرة، بينما يتميز الثاني بمقدرة العقل البشري على إيجاد الفكرة وبلورتها وإظهارها للوجود على الرغم من أنها تعتبر نتاج الخبرات المتكدسة فيه نتيجة الموروثات الثقافية والعلمية[٣]، لهذا فلا بد أن يتميز الإبداع بارتباطه بشخصية مبدعه. [٤]

(1) Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S, 353, supra note 6.

(2) Eckes v. Card Prices Update 736 F2d 859, 863 (2d Cir 1984) (We have no doubt that appellants exercised selection, creativity and judgment in choosing among the 18,000 or so different baseball cards in order to determine which were the 5,000 premium cards. Accordingly, we believe that the Guide merits protection under the copyright laws.), available at: http://openjurist.org/736/f2d/859/eckes-iii-v-card-prices-update, and: https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/736/736.F2d.859.83-7920.1150.html, (last visit: 4 September,2016); Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service 808 F2d 204 (2d Cir 1986), available at: https://www.leagle.com/decision/19861012808F2d204_1974/FINANCIAL%20INFORMATION%20v.%20MOODY'S%20INVESTORS%20SERVICE.

(3) Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression*, supra note 37, pp. 1563-64.

(4) Lawrence C. Becker, *Deserving To Own Intellectual Property*, p. 609; Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, supra note 37, pp. 330-65; Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, p. 957.

وفي معرض نفي اقتران الأصالة بالجدة فقد أقر القضاء الامريكي بأن أصالة المصنف لا تتحدد بجدّة أو تفرد العمل، ولكنها تعكس تماماً الإبداع الذاتي للمؤلف بصرف النظر عن قيمة العمل الإبداعي أو العبقرية أو التفرد في التوصل إليه[١]، وما يعنينا هنا أن القضاء الأمريكي اتجه إلى عدم تطلب الجدّة في العمل الإبداعي حتى يستحق الحماية القانونية بموجب قواعد تشريعات حق المؤلف، لأن الجدة لا تعبر بالضرورة عن الإبداع، والحقيقة أن تطلب الجدة في الأعمال الأدبية والفنية كمعيار للحماية صعب التحقق عملياً، والسبب في ذلك أن هذه الأعمال –لاسيما الأدبية – في غالبها تعتمد على الخبرات والأفكار والتجارب السابقة، وتستند في اساسها إلى أفكار إبداعية متنوعة، وعلى الرغم من أن الافكار التي يضعها المؤلف في العمل هي نتاج العمليات الذهنية والمخاضات العقلية المرتبطة بطريقة افكاره وبنمط شخصيته، إلا أن هذا النتاج لا بد من أن يتأثر بالبيئة المحيطة وما تكدس من أفكار ومعلومات حصل عليها المؤلف، سواء من خلال التجربة الشخصية أو الممارسة العملية، أو الاعتماد على التجارب والأفكار التي طرحها من سبقه.

واعتمادا على هذا التوجه، فلو فرضنا أن مؤلفاً ما أنتج عملاً أدبياً أو علمياً أو فنياً وكان هذا العمل يشبه عملاً سابقاً عليه، بيد أن المؤلف لم يطلع على العمل السابق مطلقاً ولم يكن على دراية به ولكنه أخرجه بأسلوبه الخاص، كبرامج الحاسوب وتطبيقات الهواتف الذكية التي تؤدي وظائف متشابهة، فإن مثل هذه الأعمال يعد كل واحد منها مصنفاً محمياً بموجب تشريعات حق المؤلف على الرغم من عدم جدّته ما دامت تتسم بالأصالة، وتبقى المسألة هنا مسألة إثبات عدم معرفة المؤلف بالعمل السابق. والحقيقة أن هذا الوضع يشير بشكل لا لبس فيه إلى إسقاط معيار الجدّة من متطلبات الحماية، وهذا ما أكده القضاء حينما أوجب الحماية للعمل شريطة أن لا يكون منقولاً عن الغير.[٢]

وخلاصة القول إن الاتجاهات الحديثة –سواء على مستوى التشريع أو القضاء– ذهبت إلى تجاوز معيار الجدّة كشرط من شروط حماية العمل الإبداعي، مكتفية بالاعتماد على معيار الأصالة. وعلى الرغم من ذلك نرى ضرورة الاعتماد على معيار الجدّة لحماية المصنفات لأنه يعد انعكاساً هاماً للإبداع الواجب توافره في العمل، وهذا يشير حقيقة إلى تعاضد الجدّة والأصالة في خلق بيئة إبداعية تتماهى مع مبدأ التحفيز وتحقق الحماية الفضلى للمؤلف من خلال منع التعدي على أعماله، والتفسير المنطقي لهذه

(1) Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l, 740 F. Supp. 37, 48 (D. Mass. 1990). Available at: http://digital-law-online.info/cases/15PQ2D1577.htm (last visit, 28 August,2016).

(2) Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S, 345-46, supra note 6; L. Batlin & Son v Snyder, 536 F2d 486, 490 (2d Cir 1976), supra note 25; MacMillan & Co Ltd v. Cooper (1923) 40 TLR 186 (PC), supra note 18; CA paris, 21.11.1994(1995) RIDA 381, supra note 16.

الرؤية يتوافق مع التوجهات التشريعية والقضائية التي تقدم الحماية للمؤلف مستندة على طريقة التعبير عن الفكرة وليست على الفكرة ذاتها، وهذا بطبيعة الحال يشير إلى ضرورة تحقق الجدة في طريقة التعبير دون ذلك في الفكرة ذاتها.

الخاتمة:

خلصت هذه الدراسة الى أن الإبداع يعتبر المعيار الأساسي الذي يرتب الحماية القانونية لحق المؤلف، ويتحقق الإبداع بتوافر معيارين هما؛ أصالة العمل الذي يعكس شخصية المؤلف وطريقة تعبيره عن الأفكار التي تتميز بالإبداع الذاتي، وكذلك الجدّة التي تعطي للعمل نوعاً من التفرّد في طريقة التعبير عن الأفكار حتى لو استمدت هذه الأفكار من مصادر فكرية متداولة طالما صاغها بأسلوبه الخاص. وبناء على ذلك فقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أبرزها:

- يعتبر الإبداع شرطاً أساسياً لاستحقاق العمل للحماية القانونية بموجب تشريعات حق المؤلف، ولهذا نصت معظم التشريعات وكذلك الاتفاقيات الدولية الناظمة لحق المؤلف على حماية المصنفات الإبداعية.
- كانت المبادئ القضائية الأمريكية تعتمد على معيار الجهد المبذول كأساس لإسناد الحماية القانونية، ولكن مع تطور النظرة التشريعية والقضائية لحق المؤلف طور القضاء هذا المعيار ليصبح أساس الحماية معتمداً على الإبداع ومعاييره المتمثلة بالأصالة والجدّة.
- انقسمت الاتجاهات القضائية الأمريكية بالنظر إلى ضرورة تطلب جدّة العمل لشموله بالحماية القانونية، والحقيقة أن استناد بعض الأحكام القضائية على معيار الجدة يفسر على أساس الحماية ومحلها (طريقة التعبير)، لذلك فإن الأصل أن تكون طريقة التعبير جديدة تختلف عن سابقاتها على الرغم من تشابه الأفكار، ولا ضير من تطلب الجدّة لأنها بالضرورة تعكس الأسلوب الإبداعي للمؤلف، فالجدّة هنا ليست مطلقة بمقدارها المطلوب في الاختراعات. وعلى الجانب الآخر لم تتطلب بعض الأحكام القضائية معيار الجدّة مكتفية بضرورة توافر الأصالة في العمل، لأن الجدّة ليست من ضروريات الحماية بسبب أن الأفكار المطروحة لا يمكن بحال من الأحوال أن تتميز بالجدّة المطلقة فهي تعتمد بالضرورة على ما سبقها من أفكار، وأن تطوير الأفكار المتداولة يحقق غاية العدالة ويوسع من دائرة الحماية لفائدة تحقيق التوازن بين حقوق المؤلف وحقوق المجتمع ويؤدي إلى التطور الثقافي والعلمي والاقتصادي.

التوصيات:

- من خلال ما توصلت له هذه الدراسة من نتائج ومعطيات، فإنه يمكن تقديم التوصية للقضاء العربي عموماً بضرورة مواكبة التطورات التي تلحق بآلية الحماية القانونية لحق المؤلف، وهذا يتطلب منه التوسع في تفسير هذه الحماية بما يعرض عليه من قضايا تتعلق بحق المؤلف، والمأمول منه أن يفسر النصوص القانونية تفسيراً أوسع بما يحقق هذه الحماية، وبما يحقق أيضاً مصلحة المجتمع بالإفادة من الإبداعات الفكرية لأجل تحقيق التقدم الفكري على كافة الصعد.
- ولتحقيق ذلك؛ على الجهات المعنية بالشؤون القانونية وكذلك المعنية بقضايا الملكية الفكرية عموماً إفادة العاملين في سلك القضاء بالتطورات الحاصلة في هذا المجال وذلك من خلال الدورات والندوات والمؤتمرات التي تعزز قضايا الملكية الفكرية وتحقق التعاون بين كافة الجهات المعنية على المستوى الوطني والدولي.
- نأمل من القضاء الأردني على وجه الخصوص والقضاء العربي عموماً أن ينتهج في أحكامه المفهوم الحديث لتفسير الإبداع الذي يرتكز على معياري الأصالة والجدّة، لاسيما أن تشريعات حق المؤلف –ومنها قانون حق المؤلف الأردني الذي أقر الحماية للمصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم في المادة الثالثة منه بعد أن عرّف المصنف على أنه كل إبداع أدبي أو فني أو علمي في المادة الثانية منه– ربطت حماية المصنف بالإبداع، بمعنى أن الإبداع لا ينتفي عن المصنف حتى لو لم يكن جديداً في موضوعه لأننا لسنا أمام جدّة مطلقة في مجال حق المؤلف؛ بل المعيار الأهم هو معيار الأصالة التي تتأتى من أسلوب التعبير الذي انتهجه المؤلف في مصنفه ويعكس من خلاله طابعه الخاص وشخصيته المستقلة، وبهذا تكون الأصالة والجدّة متحققة في أسلوب التعبير المميز الذي يستحق المصنف على أساسه الحماية القانونية.
- أتمنى على المشرع الأردني تعديل نص الفقرة (أ) من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وذلك بإبدال مصطلح "المصنفات المبتكرة" بمصطلح "المصنفات الأصيلة"، لتصبح "تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون المصنفات الأصيلة في الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها". لأن مفهوم الابتكار يتسم بالعمومية والغموض كما أنه يرتبط بمفهوم الاختراع أكثر من ارتباطه بمفهوم المؤلف، ولهذا يكون مصطلح الأصالة أكثر دقة وتحديداً وارتباطاً بمفهوم المؤلف ويعكس الصورة الحقيقة لمنطوق حماية حق المؤلف في مصنفه، لأن مفهوم الأصالة يعد ركيزة ومعياراً من معايير الإبداع الذي اعتبره المشرع الأردني المصنف ذاته حينما عرّفه بالمادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

الكسـندرو روشـــكا، الإبداع العام والخاص، ترجمة غســـان عبد الحي أبو فخر، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨٩.

ثانياً: المراجع الاجنبية

A- Books

David Pressman. 2008. Patent it Yourself, 13thed. Nolo Consolidated Printers INC, USA

Cornish. 1996. Intellectual property, 3rd ed. Sweet&Maxwell, UK.

George We. 2002. An Introduction to Genetic Engineering, Life Sciences and the Law. National University of Singapore Press (NUS), Singapore.

Graham Dutfield; Uma Suthersanen. 2008. Global Intellectual Property Law. Edward Elgar, UK, USA.

James Boyle; Jennifer Jenkins. 2014. Intellectual Property: Law & The Information Society, Cases & Materials. An Open Course Book, First ed.

Jay Dratler, Jr., Stephen, M. McJohn. 2006. Intellectual Property Law: Commercial, Creative, and Industrial Property. Law Journal Press, vol1, New York.

Patrick J. Flinn. 2004. Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies. Aspen publishers, New York.

Peter Groves. 1997. Sourcebook on Intellectual Property Law. Cavendish Publishing, London.

Peter K. Yu. 2007. Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age, Copyrights and related rights, Vol1. Greenwood Publishing Group, USA.

Richard Stim. 2009. Patent, copyright & trademark, 10th ed. Delta Printing Solution Inc, CA, USA.Rose, M. 1993. Authors and Owners: The Invention of Copyright. Harvard University Press, London, MA.

B- Researches and studies

Alina Ng. 2012. Literary Property and Copyright, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Volume 10, Issue 7, Article 4, 531.

Angela Adrian. 2006. Intellectual Property or Intangible Chattel, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 1, Issue 2.

Howard B. Abrams. 1992. Originality and Creativity in Copyright Law, Law and Contemporary Problems, Vol. 55: No. 2, Page 3: Spring.

Justin Hughes. 1988. The Philosophy of Intellectual Property, 77 GEO. L.J. 287, 296-330.

Lawrence C. Becker. 1993. Deserving To Own Intellectual Property, 68 CHI.-KENT L. REV. 609.

Margaret Jane Radin. 1982. Property and Personhood, 34 STAN. L. REV. 957.

Wendy J. Gordon. 1993. A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 YALE L.J. 1533, 1540-83.

C- Judicial Decisions and principles

Alfred Bell & Co. v Catalda Fine Arts, Inc., 191 F2d 99, 102 (2d Cir 1951).

Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 250 (1903).

British Northrop Ltd v. Texteam Blackburn Ltd (1974) RPC 57 at 68.

CA paris, 21.11.1994(1995) RIDA 381; (1996) 170 RIDA 174 Cour de Cass., 29 May(1996).

Eckes v. Card Prices Update 736 F2d 859, 863 (2d Cir 1984).

Feist Publication, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S. 340, 345(1991).

Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service 808 F2d 204 (2d Cir 1986).

Fogerty v. Fantasy, Inc., 510 U.S. 517, 527 (1994).

Goldstein v. California, 412 U.S. 546, 561, 93 S.Ct. 2303, 2312, 37 L.Ed.2d 163 (1973).

Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539, 471 U. S. 546 (1985).

Hoague-Sprague Corp. v Frank C. Meyer Co., 31 F2d 583, 586 (EDNY 1929).

Hutchinson Telephone Co. v Fronteer Directory Co., 770 F2d 128, 131-32 (8th Cir 1985).

Illinois Bell Tel. Co. v. Haines & Co., 905 F2d 1081, 1086 (7th Cir. 1990).

Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co. 281 F 83, 88 (2d Cir 1922).

Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (football) Ltd (1964) 1 All ER 465, HL.

L. Batlin & Son v Snyder, 536 F2d 486, 490 (2d Cir 1976).

Leon v. Pacific Telephone and Telegraph Co., 91 F.2d 484, 485-486 (9th Cir. 1937).

Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l, 740 F. Supp. 37, 48 (D. Mass. 1990).

MacMillan & Co Ltd v. Cooper (1923) 40 TLR 186 (PC).

Schroeder v. William Morrow & Co., 566 F.2d 3, 5 (7th Cir.1977).

Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975).

University of London Press v. University Tutorial Press (1916) 2 Ch. 601.

Video pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., 342 F.3d 191 (3d Cir. 2003).

West Publishing Co. v. Mead Data Cent., 799 F.2d 1219, 1228 (8th Cir. 1986).

D- Codes and Agreements

Agreement on Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)(1994).

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, amended on September 28, 1979.

Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs, (91/250/EEC, OJ 1991 L 122/42).

English Copyright, Designs, and Patents Act (1988) Part I, Chapter I.

French Intellectual Property Code L.112.

HR Rep No 1476, 94th Cong, 2d Sess 51 (1976).

US Patent Law, 35U.S.C §§ 102, 103.

US Copyright Act, 17 USC § 102.

to mechanisms of international dispute settlement, which demonstrates that states have accepted the notion that internationaleconomic relations necessarily demand internationally agreedruleswith their guaranteed enforcement within the domestic system of states.Whilethe international investmenthas its basis in domestic legal systemas applied by the regulators, this domestic framework is regularly tightenedby the decisions of international tribunals.

The treaty-basedrules for foreign investment have ushered in a new legal regime that governs most of the essential aspects of foreign investment.In relation to thesovereign rights of host state (as commonly understood), these rules operate asbarriers and create checks within the domestic regulatory space. These rules are to be given full respect while the domestic policies or legislations are formulated by the host state. For foreign investors,it is exactly this decreasein sovereign regulatoryspace that allows them to make up their mind regarding the investment. Such a system ensures a fair return to the investors, which is in keeping with their legitimate expectations.

Essentially, the normative order, disciplines andthe obligations laid down for host states underthe bilateral investment treatiescreate and contribute to the cause of good governance. It is no denying the fact thatunder certain situations, the focus on administrative and regulatorysovereignty wouldclash with the legitimate expectations of the foreigninvestor and with the notion of good governance itself. Thoughno single and uniform set of guidelines currently exists to direct states to strike a balance between BITs' rules and domestic laws, the contemporary international trend demonstratesa growing emphasis on an investment-friendlyclimateleading to spur in economic growth, rather than on rigid concept of legal andpolitical sovereignty. This trend certainly augurs well for the future of bilateral investment treaties by creating confidence in the current and future foreign investors.

Many investment treaties preserve the regulatory regimes of the host state by confining the scope of the treaty or by defining the foreign investment that is protected in a restrictive manner. This point bears repetition. In most Southeast- Asian treaties, the practice has been to extend protection only to "investments specifically approved in writing". This ensures that only investments that are regarded as particularly beneficial to the state are given approval for the purposes of protection. In other treaties, the formula is to extend protection only to investments "made in accordance with the laws, policies and regulations" of the host state.[1] It is evident that there is a desire to ensure that the regulator regime plays a role in defining the extent of the treaty protection. It is evident that only investment which conforms to the state's regulatory structure will receive protection under such treaties. Another formulation is so subjective as to tilt the balance entirely in favour of the host state. This contains the subjective formula for the investment that is protected is an investment "made in accordance with the laws, policies and regulations from time to time in existence".[2] Such a formulation, while fully preserving regulatory space, deprives the treaty of all its protective content, as the host state could defeat the treaty's protection simply by changing its laws. The existence of this concern over the preservation of the regulatory space and the manner in which it has been achieved in different treaties indicates that a carefully negotiated balance is struck in every bilateral investment treaty. The preservation of regulatory space is achieved in individual provisions in the treaties through various methods. Thus limitations on the right of repatriation of capital in times of economic difficulties and on the safeguard provisions in some treaties are examples of preserving regulatory space in specified areas.[3]

Concluding Remarks

Proliferation of bilateral investment treaties in the last few decades has established a clear fact that states regard investment as a key source for enhancing the economic development. In that sense, investment treaties nowadays are recognized as a passport to catch the foreign investments amid growing competitions among states. This recognition is, however, accompanied by anattending loss of nationalsovereignty, thus creating complex legal questions before the host state. The reformistsin the developing world consider these bilateral investment treaties as strongmethods for bringing the desired modifications within the administrative legal system of the states. With the rise in investment treaties, states are increasingly subjected

(1) The Malaysian Model Treaty, 2002. A similar formula is used in recent Chinese treaties.

(2) This formulation is widely used in the newer treaties of Australia and Indonesia.

(3) M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, (3rd edn., Cambridge Univesity Press, 2010) 232

(iii) Clauses on the protection of investment agreements concluded between a foreign investor and the host country ("umbrella clauses").(1)

While some other provisions-such as those permitting investment or in relation to thetransfer of cross-border payments by the investor- would also be of practical significance, however, the routine and common aspects of investment will mainly be impacted by the interpretation, understanding and operation of the above-mentioned three rules.

It is affirmed that the interpretation and application of the BIT'srelevant clauses create a crucial taskfor drafters and interpreters of such treaties. The relevant treaty provisions are put into effect after understanding the effect of investment treaties on the legal system of host country, especially paying attention to the administrative regulatory system in the host state.

Regulatory Space and BITs

All treaties constrain sovereignty. Investment treaties constrain sovereign rights of control over the intrusive process of foreign investment which takes place entirely within the territory of the host state. To this extent, the erosion of sovereignty in such treaties is considerable. But, it is trite law that a treaty can control events that are entirely internal and domestic. It is seen that states haves various techniques of controlling foreign investment, and thus the state can promote its own developmental objectives. The issue arises as to whether the right to control investment by the host state is lost as a result of investment treaties. The answer depends on the type of treaty that is made. Where the treaty is of the type that the USA commonly makes, with rights of entry and national treatment, then the erosion of the regulatory space becomes considerable. Bur, in other treaties, there is always a negotiated balance between the right of regulation by the host state and the rights of protection and treatment given to the foreign investor.

(1)Umbrella clauses are provisions found towards the end of some BITs containing catch-all statements that conditions and privileges that are negotiated by the parties to an investment agreement will be protected by the treaty. The significance of the umbrella clause is that it establishes a situation very similar to the one that the stabilization clause was intended to establish, namely, to protect the commitment that was made to the foreign investor at the time of the contract not to change the bargain by subsequent domestic legislation. So far as such umbrella clauses are concerned, the interpretation should be carefully done. In this regard, it is crucial to pinpoint that endency to give extensive meanings to such terms must be avoided, if such interpretations have the tendency to enhance the contractual obligations of the host state. See, *SGS Societe Generale de Surveillance S.A.* v. *Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/01/13.

Substantive Guarantees Made to Foreign Investors

The various substantive rules incorporated in BITs, which have implications for the domestic legal systems of the host countries,spring from different sources of international law. Commonly, a part of BIT, is based on independent treaty law(1) which has been specifically negotiated among the states parties to the treaties. Additional aspects of the BITsonly reiterate customary international law that remains applicable despitethe absence of a treaty.Further, in all such treaties, substantive rules are subject to careful interpretation and application by international adjudicatory bodies, such as arbitral tribunals.Hencethey become part of an institutionalized, rule-oriented system of formal and substantive compliance, which makes such a system different from what exists under the classical international law. Consequently,the authority to identify, apply, and bring the same into force, the rules under investment treaties has allowed the shifting away from the free will of states, due to their voluntary acceptance and adoption of these rules.

In practical terms, three types of clauses generally incorporated in bilateral investment treaties are said to create adverse effect on domestic legal systems of host state.They are categorised as:

(i) Clauses providing for rules on indirect expropriation;(2)

(ii) Clauses on fair and equitable treatment of foreign investors;(3) and,

(1) The principle of autonomous treaty interpretation is based on the fact that investment treaty law and domestic law constitute two self-contained normative systems. Thus, if investments treaties and domestic law use the same legal terms, the autonomy of both legal systems requires that the term used in the treaty is not automatically given the same meaning as it has under domestic law. Despite their identical wording, the term has to be interpreted independently. See Jonathan Bonnitcha, SUBSTANTIVE PROTECTION UNDER INVESTMENT TREATIES: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (Cambridge University Press, UK 2014) 149.

(2) See *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.* v. *Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Award May 29, 2003) para 113. (The ICSID tribunal stated:"Although formally an expropriation means a forcible taking by the government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect, the term also covers a number of situations defined as de facto expropriation, where such actions or laws transfer cases to third parties different from the expropriating state or where such laws or actions deprive persons of their ownership over such assets, without allocating such assets to third parties or to the government".).

(3) See *Azurix Corp.* v. *Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award July 14, 2006) para 130. (The BIT was between Argentina and USA, The ICSID tribunal stated that: "It follows from the ordinary meaning of the terms fair and equitable and the purpose and object of the BIT that fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. The text of the BIT reflects a positive attitude towards investment with words such as 'promote' and 'stimulate'. Furthermore, the parties to the BIT recognize the role that fair and equitable treatment plays in maintaining 'stable framework for investment and maximum effective use of economic resources'".).

clause became widespread in the 1970s and almost universal in the post 1990s BITs.

Since foreign investment treaties facilitate the economic interests of the foreign investors, it is in keeping with the objective of the treaties that parties depart from the common principle of international law in permitting not only the state parties to the BIT, but also the investors themselves to directly make a claim before an international tribunal. Moreover, many treaties are drafted to ensure that contracts concluded between the host state and a foreign investor under the laws of the host state are also subject to the international guarantees provided by the treaty, including the dispute settlement mechanism.

For purposes of ICSID proceedings, for example, the states have, as a matter of rule, agreed in advance, on the basis of Article 26 of ICSID Convention, to hold back from requesting that domestic remedies be pursued.(1) In turn, the home state of investors agrees not to give diplomatic protection.(2) Since the guarantees incorporated in the BIT are kept outside the domain of diplomatic negotiations on the state-to-state level, the laws and administrative regulations of the host state are subjected to international review if the foreign investor so chooses. It, thus, may be said, that classical understanding of international law as primarily a law between and among states standssignificantly modifiedin the domain of international investment by placing individuals onto the international plane as against the host state.(3)

(1) See, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965, opened for signature Mar. 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159, available];athttps://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

(last accessed Jan. 23, 2017) (Art. 26 of the Convention reads: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.").

(2) Id. Art. 27 ("No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.").

Traditionally, diplomatic protection has been seen as a right of the state, not of the individual that has been wronged under international law. An injury to an alien is considered to be an indirect injury to his home country and in taking up his case the State is seen as asserting its own rights. This means that a State is in no way obliged to take up its national's case and resort to diplomatic protection if it considers this not to be in its own political or economic interests. Annemarieke Vermeer-Künzli, As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, The European Journal of International Law Vol. 18 no. 1(2007).

(3) Rudolf Dolzer, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law,37 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 953 (2005).

Foreign Investors 'Right to Sue the Host State

Foreign investors could be either the public agencies of investing state or its private enterprises. Based on the model of bilateral investment agreement, BITs provides the foreign investors the right to sue the host country in case of "an alleged breach of an obligation" of the host state. Most of the early BITs contained only interstate arbitration and did not incorporate investor-state arbitration. In *Walter Bau* v. *Thailand*(1), the two states parties to the BIT did not give investors the right to make investor-state claims but provided only for state-state claims. In other words, initially the foreign investors did not enjoy the right to direct arbitration against the host state. They, however, could do so by relying on the willingness and ability of the investing state to sue the host state in adjudicatory bodies like investor-state arbitration. The persistent and strong opposition against attempts to restrain sovereign powers of developing countries in regulating foreign investments in their territory signal that a negotiating agenda involving the investor's right to sue the host state before international arbitration would be unfeasible. However, since provision on right to sue the state is central to any success of BIT, the negotiating states recognized the need of grant of such right on the investors. Following the establishment of the International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States under the ICSID Convention, a vital need to create a new dispute resolution for the purpose of the convention was recognized. The first BIT provided for investor-state arbitration is the 1968 BIT between the Netherlands and Indonesia.(2) Such

(1)*Walter Bau Ag. v. The Kingdom of Thailand*, Confirmation of Arbitral Award, United States District Court for the Southern District of New York (March 14, 2011), *available at*http://itlaw.com/documents/USDC_SDNY_ConfirmationArbitralAward_14Mar2011.pdf (last accessed Jan. 20, 2017). See also e.g. ICJ Ahmadou Saido Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, ICJ Reports 2010, p. 639 (French Language text: authoritative version); ICJ, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costarica v. Nicaraguan), Judgment, ICJ Reports 2009, p. 213 (English language text: authoritative version.

(2)The effect of the ICSID investor-arbitration clause in the BIT is, however, unclear. See for example, Art. 11 of Indonesia-Netherlands (1968) provides that: "The Contracting Party (CP) in the territory of which a national of the other CP makes or intends to make an investment, shall assent to any demand on the part of such national and any such national shall comply with any request of the former CP, to submit for conciliation or arbitration to the Centre established by the Convention of 1965, any dispute that may arise in connection with the investment. The effect of the article is unclear. On one hand, it could be viewed as a binding obligation on the state to agree to arbitrate if an investment dispute arises. Under this interpretation, if the state fails to assent to a demand to arbitration, this failure could be subject to state-to-state arbitration, which provides that the investor "shall comply" with a request for arbitration. It is difficult to see how this provision could be enforced. If the investor failed to consent to arbitration the host state could proceed to state-to-state arbitration, but it is unclear how a private party's failure to consent to arbitration could be attributable to its home state.

The legal frame work devised by an international investment treaty isonly one component among several that states frequently use to persuade foreign investors, but, in any case, it has become an inevitable component of such efforts made by states around the world. The effect on national law that ensues from theacceptance of such an international treaty regime is nowadayscommonly perceived as inevitable repercussions of a friendly investment climate, so any 'negativity' surrounding BIT is to be avoided in principle. Hence, the focus of states has changed from sovereignty to inviting foreign investment. But, it is reaffirmed that the consequences of this paradigm change on the host state's domestic laws remains very real, andso it should be legally examined, in order to adjust domestic laws and regulations in accordance with the obligations imposed by the international investment treaty.

At present, most of the estimated 2300 BITs currently in force have seen negotiations involving developing countries on one hand, and developed countries on the other, the latter being traditional capital-exporting countries. But, post 2000 BITs are also increasingly concluded among developing countries. The capital-exporting countries have shown increased interests in entering into BITs arrangement with countries from developing block. As the trend towardsglobalization and liberalizationcontinued, states started seeking deeper integration in the areas of investment and economy based on mutual and competitive interests. Multilateral trade rules as formed under WTO framework agreements, though beneficial for trade liberalization, didn't yield desired results, both for capital-exporting and importing countries. This situation then led countries to believe that BITs would better facilitate the investments, even though broadly committing to the settled principles as contained in TRIMs.(1)

BITs scope essentially covers all economic activities of foreign investors; this results from the broad definitions of the term "investment" found in practically all of the treaties.(2) This implies that nearly every aspect of the legal system of the host state is likely to be affected and may invite international review in terms of compliances of set rulesof investment treaty. This further impliesthe need to settle disputes in accordance with the mechanisms provided under the treaty's system of dispute settlement.

(1)The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs), one of the principal legal agreements under WTO, contains rules that are applicable over the internal regulations a member state applies to foreign investors, generally as a component of its industrial policy.

(2)See Rudolf Dolzer, The Notion of Investment in Recent Practice, in Charnovitz *et al* (ed.) LAW IN THE SERVICE OF HUMAN DIGNITY : ESSAYS IN HONOUR OF FLORENTINO FELICIANO (Cambridge University Press, 2005) 263-266.

International investment treaties are founded on the principle that the protections guaranteed to foreign investors by the host state's legal system might turn out to be inadequate and hollowas regards the special purposesenvisaged under those treaties. So, in order to create an investment-friendly climate, whichis meant to attract the foreign investment, the host state must concede more favourable legal-administrative regulations, which could foster confidence in foreign investors, leading to increased flow of foreign capital investment in the host country. This rationale underpins classical bilateral investment treaties and alsothe growth of free trade agreements incorporating investment rules.

Generally, the guarantees contained in BITs are bestowed on the foreign investor, which are, in addition to those existing in the national system of host state. The host state's legal system must extend respect to the recognised principles such as National Treatment Rules.(1) The treaties calls only for the non-discriminatorily treatment of foreign investors, and are indifferent to issues relating to the nationals of the host state.There is a possibility that such provision under BITs may cause reverse discrimination to the utter detriment of investors who, sometimes happen to be nationals of the host state. In such situation, the host state's legal system is expected to ensure that such discrepancy does not result in undue favours to one at the cost of another. However, it remains the case, that in such matters, host state remains competent to decide by applying its own judgment, and that the foreign investment treaty does not, in this regard, attempt in any way to regulate the response of the host state.

It is generally seen that even within the third world economies, the debate surrounding sovereignty has shifted dramatically towards more liberal regime, allowing for the host state's legal system to suitably change, so as to comfortably address the concerns of foreign investors. Host states, in that sense, do not raise much concern about the sovereignty issues, as they are rather busy to reap the investment-related dividends, which the BITs may offer.(2) Since the global competitionfor attracting foreign capitals has increased, the host states commonly resorts to designing an attractive investment climate within their respective national legal systems.

(1)See, e.g., Article 3, U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012, (*supra* n. 12).("Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory").

(2)For examples this aspect was clearly reflected in the 1960s' and 1970s' jargon of the "permanent sovereignty over national resources," see G.A. Res. 1803 (XVII), U.N. Doc. 1803 (Dec. 14, 1962).

Dispute Settlement

The settlement of disputes in the BITs is by way of arbitration which normally is taken under the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) as part of the World Bank, provided both the investor state and host state are parties to the ICSID Convention. ICSID Convention 1966 provides for the settlement of investment disputes within the World Bank.(1) Many of the recent BITs provide alternatives to ICSID arbitration particularly for arbitration under UNCITRAL(2) rules, and in some treaties for arbitration under the auspices of International Chamber of Commerce or under purely ad-hoc arbitration if agreed by the parties to the dispute. The arbitral proceedings under BITs are purely confidential, and participation by non-governmental organisations or other amicus curie has not been allowed.(3)

The Nature of Foreign Investment Treaties

When the international movement of capital began, the state of international law governing foreign investment was rudimentary and filled with uncertainties. As late as 1970, the International Court of Justice in the well-known *Barcelona Traction case* sated:

Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.(4)

Ever since this seminal observation, the *corpus juris* on investment laws in the form of both, bilateral and multilateral treaties, has grown exponentially. This rapid growth has, to a large extent, brought certainty as regards the rules governing foreign investments in the host countries.

(1) See 575 U.N.T.S. 159, entered in force 16 Oct. (1966).

(2) UNCITRAL stands for United Nations Commission on International Trade Law.

(3)On the desirability or otherwise of the role of *amicus curiae* ininternational investment arbitration, see generally Katia Fach Gomez, *Rethinking the Role of Amicus Curia International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favourably for Public Interest*, 35 Fordham International Law Journal (2012) 510-564.

(4) *Barcelona Traction Company* (*Belg.* v. *Spain*) 1970 I.C.J. 3, 46-47.

process; and (iv) it is accompanied by payment of compensation- in some treaties as qualified by the word 'just', 'prompt', adequate and effective compensation.(1) Many of these treaties also speak of expropriation or nationalisation, of direct or indirect expropriation or nationalisation etc.

Compensation

The compensation criteria adopted in most of the BITs centres around the words 'prompt', 'effective' and 'adequate compensation'. Adequate compensation is defined as market value or 'fair market value' before the expropriation/nationalisation took place and is supposed to exclude any change in value occurring because the plan to expropriate had become known before the actual measure being undertaken.(2)

The typical example of adequate compensation can be found in BITs between Japan and China of 1988 which specifically incorporated that the compensation 'shall be such as to place nationals and companies in the same financial position as that in which the nationals and companies would have been if expropriation, nationalisation or any other measures, the effects of which would be similar to expropriation or nationalisation, had not been taken. Such compensation shall be paid without delay. It shall be effectively realised and freely transferrable at the exchange rate in effect on the date used for the determination of the amount of compensation.'(3)

Prompt compensation means that interests accruing from the date of nationalisation shall be paid and included in any agreement. Some agreements, including the US Model Agreement(4), states that interest shall be paid at 'a commercially reasonable rate' for the currency in which the compensation is paid. Some BITs refer expressly to the London Interbank Rate (LIBOR).(5)

(1) *Supra* n. 5 (Andreas F. Lowenfeld).
(2) *Supra* n. 4 (Vandevelde).
(3) See Article 5(3) of the Agreement Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment Between Japan and China, done at Beijing 27 Aug. 1989; Reproduced in 28 I.L.M. 575 (1989).
(4) See Article 6, U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012 *available at*https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (last accessed Jan. 24, 2017).
(5) The London Interbank Offered Rate is the daily rate at which babks lend to each other without security on the London market. There are 150 published LIBOR rates, ranging in both periods of the loan and in currency. These rates are published by the British Bankers' Association, based on a survey of its member banks. See http://www.bbalibor.com/ (last accessed Jan. 20, 2017).

(i) to achieve a particular level or percentage of local content or to give a preference to products of services of domestic content, or source;

(ii) to limit imports in relation to a particular volume of production, exports, or foreign exchange earnings;

(iii) to export a particular level or percentage of products or services;

(iv) to limit sales in the party's territory in relation to a particular volume or value of production, exports, or foreign exchange earnings;

(v) to transfer technology to a national company in the party's territory; or

(vi) to carry out a particular type, level or percentage of research and development in the party's territory.

Fair and Equitable Treatment

The BITs provide a fair and equitable treatment as required under international law and hence no discrimination is allowed in respect of nationality or origin for matters such as access to local courts and administrative bodies, applicable taxes and administration of governmental regulations. Also a minimum international standard of behaviour is required for treatment of foreign investors even if no discrimination is directly visible.(1)

Full Security and Protection

BITs require that host governments should provide full security and protection to the investor, his property and person and to defend these rights of the investor against any violations.(2)

Expropriation(3)

BITs contain provisions on expropriation, which is lawful and not inconsistent with the BITs provided, (i) it is carried out for a public purpose; (ii) it is not discriminatory; (iii) it is carried out in accordance with due

(1) See *Metaclad Corporation v. United Mexican States*, Award of Aug. 30, 2000, para 99, ICSID case No. ARB (AF) 197/1.

(2) See *Asian Agricultural Products Ltd.* v. *Republic of Srilanka*, Award of June 27, 1990, paras 85-86, 41 ICSID Rep. 246 (1997).

(3) Expropriation in the context of international investment law is the act of confiscation, appropriation or freezing of the assets of a foreign investor by the host government in public interest. There is always a risk of such expropriation in every foreign investment. To mitigate this risk is the endeavour of every that exports capital and to reserve the right to is the endeavour of every capital importing country. See, Achintya Nath Saxena, EXPROPRIATIONS UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: AN OVERVIEW, (Lap Lambert Academic Publishing GmbH KG, 2013) 4-5.

Normative Order of BITs

In the post-World War II period, many developing countries have come to rely on private foreign capital, as well as technological and management skills, from capital-exporting countries. Private foreign investment has thus increasingly come to play an integral role in the development process, and BITs have served to establish the rules according to which such investments could be safeguarded.

While one major purpose of the BITs is to create an incentive for new investments, it would be incorrect to assume that this is its only function. Typically, BITs are concluded in the broader framework of economic cooperation and most recent treaties explicitly state that their applicability is not restricted to new investments made after entry into force of the treaty but also extends to certain or all existing investments.(1)

Whether legal rules protecting foreign property in fact influence the foreign investor in his decision-making has often been debated. Certainly, in the absence of economic opportunities, legal rules have little significance. Suffice it to say here that the legal framework and its positive or negative effect on facilitating a particular venture and ensuring compensation in the event of expropriation will no doubt play a role in the decision of any would-be investor. In this context, the existence of a BIT is a significant element in what makes up a particular country's investment climate. Indeed, the negotiation and conclusion of a BIT by a capital-importing country may be said to send an important signal to the international business community, to the effect that that country not only welcomes foreign investment but will also facilitate and protect certain foreign ventures.

BITs'Objectives

The common elements in the BITs are to provide that neither party shall mandate as condition for the establishment, acquisition, expansion or operation of a covered investment satisfying any of the six performance requirements as listed below:(2)

(1) As for example, in negotiations over BITs, the US has maintained that the protection of existing investments is of primary interest. The US has viewed this approach as a way to reaffirm US understanding of traditional international law on foreign investment. See, Vandevelde, *The Bilateral Investment Treaty Programme of the United Nations*, 21 Cornell Int'l L. J. (1988) 203-11

(2) Andreas F. Lowenfeld, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, (OUP, 2003) 474. As for example, the standard American BITs provide that the prohibition on these performance requirements does not extend to conditions for receipt (or continued receipt) of an advantage, such as a subsidy, tax deferral, land grant, or similar benefit from the government. The North American Free Trade Agreement prohibits substantially the same performance, but except for the requirement to export a given level or percentage of goods and the requirement to transfer technology, the prohibition applies whether or not it is a condition for an advantage.

Introduction:

Ever since its origin, investment treaties have multiplied rapidly(1), creating a distinct *corpus juris* on the international investment related laws. Like any international agreement, an investment treaty,(2) commonly puts limitation on the sovereign right of a state to subject foreign investors to comply fully with its domestic administrative legal system. All the main clauses typically incorporated in an investment treaty function in multiple ways to define and narrow the types of domestic administrative regulations to which foreign investors- must subject themselves. Such policies are formulated as a measure to ensure proper redressal of investors' concerns, and for ensuring the predictability and stability of the legal framework governing their investments in the host state.

Foreign investors' expectations of administrative stability and the host state's expectations of the sovereignty to control its domestic regulatory space are brought. Into a balance by an investment treaty that essentially favours the interests of foreign investors when compared to the general rules of international law applicable in the absence of a treaty.(3) In a fast-paced globalizing economy, theinvestment treaties are commonly seen as a fundamental tool to enhance the flow of investment between states. Or they may also be viewed as institutionalized legal safeguardsfounded on the sovereignty of each host state, but which also takes due notice of the legal-jurisdictional diversities between countries, participating in these treaties.

From a systemic point of view, which sees foreign investment as a methodicale lement to reduce poverty and thereby promote growth, BITsconstitute an pre-arranged set of rules that attempts to catch foreign investment by lessening the space and scope for arbitrary functions of the host state and thus serves the purpose of good governance, which, in turn, is a required condition for achieving the economic goals in the host state.

---

* Author currently works as an Associate Professor, World Islamic Science & Education University Faculty of Sheikh Noah El-Qudha for Sharia and Law (Department of Comparative Law). He may be reached at

(1)The first recorded Bilateral Investment Treaty was signed between Germany and Pakistan in 1959. Ever since then, many BITs have been concluded. Currently, there are more than 2500 BITs in existence. See, UNCTAD, World Investment Report (2012) Vol. XVII, 26.

(2)Investment treaties, as generally understood, are instruments of international law by which states undertake commitments to other states with respect to the treatment they will accord to investors and investments from those other states and provide a mechanism for enforcement of those commitments. *See*, Jeswald W. Salacuse, THE LAW OF INVESTMENT TREATIES (Oxford University Press, 2010) 1.

(3) Rudolf Dolzer, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, 37 New York University Journal of International Law and Politics (2005) 935.

معاهدات الاستثمار الثنائية: القواعد والالتزامات والآثار المترتبة على الدول

د. عمر العكور

ملخص

في أي اتفاقية دولية، تضع معاهدات الاستثمار قيودا على الحق السيادي للدولة تتضمن إخضاع المستثمرين الأجانب للامتثال الكامل لنظامها القانوني الإداري المحلي. وحيث أن جميع البنود الرئيسية المدرجة في معاهدة الاستثمار تحديد أنواع اللوائح الإدارية المحلية التي يجب على المستثمرين الأجانب الخضوع لها.

ولمعالجة مخاوف المستثمرين فقد صيغت هذه السياسات حماية لهم ولضمان القدرة على التنبؤ بالمشكلات التي يمكن ان تواجههم واستقرار الإطار القانوني الذي ينظم استثماراتهم في الدولة المضيفة. حيث ان توقعات المستثمرين الأجانب للاستقرار الإداري وتوقعات الدولة المضيفة بالسيادة للسيطرة على الإطار التنظيمي الداخلي يتم تحقيقها من خلال معاهدة استثمار تساعد بشكل أساسي على رعاية مصالح المستثمرين الأجانب بالمقارنة مع القواعد العامة للقانون الدولي المطبقة في حال عدم وجود المعاهدة. قام الباحث بتحليل إمكانية موازنة العلاقات بين قواعد الاستثمار الأجنبي واللوائح المحلية. وهو يفعل ذلك من خلال محاولة فحص الأوامر المعيارية لمعاهدات الاستثمار الثنائية إلى جانب التزاماتها وآثارها على الأطراف.

Jordan Journal of Law and Political Sciences Vol. (10), No. (1), 2018.

Bilateral Investment Treaties (BITs): To Hope or Not To Hope?

Dr. Omar Al-Okour

Received: 18/7/2017. **Accepted: 24/10/2017.**

Abstrac

This paper analyses the possibility of balancing of relations between foreign investment rules and the domestic regulations. It does so, by attempting to examine the normative orders of Bilateral Investment Treaties (BITs) along with their attending obligations and implications for the parties.

Keywords: Bilateral Investment Treaties – Obligations – Implication –States- Foreign Investors – Host state.

• **كلية القانون، جامعة اليرموك.**

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: / /200**

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

Swies, R. 1988. Construction Insurance in the Arab Gulf Area: An Analysis of Cover and Contracts, ph. D Thesis, The city University, London.

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).

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.

- 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. (10), No. (1), 2018

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 Jafar ELmograbi Al-Fanatsah
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

Proofreader: (Arabic) Prof. Khaleel Alrfooh
Proofreader: (**English)** Dr. Atef. Al- Sarairah

Director of Publications
Seham Al-Tarawneh

Editing
Dr. Mahmoud N. Qazaq

Typing & Layout Specialist
Orouba Sarairah

Follow Up
Salamah A. Al-Khresheh

© 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

© 2018 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.

The Hashemite Kingdom of Jordan

Ministry of Higher Education

Mutah University
Deanship of Academic Research

Jordan Journal of
LAW and POLITICAL SCIENCES

An International Refereed Research Journal
Founded by the Higher Committee for Scientific Research

Vol. (10), No. (1), 2018

Mu´tah University

The Hashemite Kingdom of Jordan

Scientific Research Support Fund

Jordanian Journal of

Law & Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Vol. (10), No. (1), 2018

S.NO
36

ISSN 2520 - 744X

Mu´tah University

The Hashemite Kingdom of Jordan

Scientific Research Support Fund

Jordanian Journal of

Law & Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Vol. (10), No. (1), 2018

S.NO
36

ISSN 2520 - 744X