



المجلة الأردنية في

# القانون والعلوم السياسية

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

المجلد (١٢) العدد (١) ٢٠٢٠ م

الرقم المتسلسل  
٤٤

ISSN 2520 - 744X



جامعة مؤتة  
عمادة البحث العلمي



المملكة الأردنية الهاشمية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



المجلة الأردنية في  
**القانون والعلوم السياسية**

**مجلة علمية عالمية متخصصة ومحكمة**

تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

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

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

رقم التصنيف الدولي

ISSN 2520-744X

Key title: Jordanian journal of law and political sciences  
abbreviated key title: Jordan. J. law polit. Sci.

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

© ٢٠٢٠ عمادة البحث العلمي  
جميع الحقوق محفوظة، فلا يسمح بإعادة طباعة هذه المادة أو النقل منها أو تخزينها، سواء أكان ذلك عن طريق النسخ أو التصوير أو  
التسجيل أو غيره، وبأية وسيلة كانت: إلكترونية، أو ميكانيكية، إلا بإذن خطى من الناشر نفسه.

جامعة مؤتة  
المجلد (١٢) العدد (١) م ٢٠٢٠

رئيس التحرير  
أ.د. مصلح ممدوح الصرابية

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

هيئة التحرير

أ.د. أمين عواد المشaqueة  
أ.د. جمال عبدالكريم الشلبي  
أ. د. محمد علي الخليلة  
أ.د. لافي محمد درادكة  
أ.د. ناظم توفيق الملاوي  
أ.د. فياض ملقي القضاة  
أ.د. أنيس منصور المنصور  
د. نادية محمد قزمار

الهيئة الاستشارية للمجلة

أ.د. كمال أبو جابر  
أ.د. أحمد يوسف أحمد  
أ.د. كمال السعید  
أ.د. الأمانى محمد زنطار  
أ.د. هشام صادق علي  
أ.د. عبد العود السراج  
أ.د. تونسي بن عامر  
أ.د. محمد المسفر

التدقيق اللغوي

أ. د خليل الرفوع (عربي)  
د. عاطف الصرابية (إنجليزي)

مديرة المطبوعات  
سهام الطراونة

التحرير  
د. محمود نايف قرق

التنضيد والإخراج الصوتي  
عروبة الصرابية

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 لقواعد الآية:  
أولاً: قواعد عامة للنشر في المجلة

- تنشر المجلة البحوث والدراسات الأكademie التي تتوافق فيها الجدة والأصالة والابتكار والمنهجية السليمة، والثوثيق العلمي مع سلامة اللغة والتعبير.
- تنشر المجلة البحوث والدراسات الأكademie من داخل المملكة وخارجها، مكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.
- يشترط في البحث ألا 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 عبرة 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 تقل جميع حقوق الملكية (الطبع والنشر) المتعلقة بالبحث إلى (الناشر) عمادة البحث العلمي / جامعة مؤتة.
- تحفظ هيئة التحرير بحقها في عدم نشر أي بحث أو دراسة دون إبداء الأسباب وتعذر قراراتها نهائية، ولها أن تجري أي تعديلات شكلية، تراها مناسبة وتناسب 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، ورغبتهم في عدم متابعة إجراءات التقويم.
- لا تدفع المجلة مكافأة على البحوث التي تنشر فيها.
- لا يخضع ترتيب البحث في المجلة لأي اعتبارات.

## ثانياً: قواعد تنظيمية للنشر

- يقدم البحث مطبوعاً بواسطة الحاسوب بحيث تطبع النصوص بخط نوع Simplified Arabic حجم (١٤)، والهواش بحجم (١٢)، أما البحث باللغة الانجليزية أو الفرنسية فتطبع بخط نوع Time New Roman حجم (١٢) والهواش بحجم (١٠)، وتكون جميعها على ورق (A4) وعلى وجه واحد، شريطة ألا يزيد عدد صفحاته عن (٣٥) صفحة شاملة المراجع والملاحق، أما هواش الصفحات فتكون: العلوي ٢سم، السفلي ٤.٣سم، الأيمن ٣.٣سم، الأيسر ٣.٣سم، والفرقات: بداية الفقرة ٧.٠سم، المسافة بين الفقرات ٦ نقاط، تباعد الأسطر (مفرد).
- يقدم الباحث/الباحثون أربع نسخ ورقية من البحث، واحدة منها يكتب اسم الباحث/الباحثين الثلاثية باللغتين العربية والإنجليزية والرتبة الأكademie وعنوان البريدي والإلكتروني، ومكان العمل، والنحو الثلاث الأخرى غفلاً من الأسماء أو أي إشارات إلى هوية الباحث/الباحثين. ونسخة على قرص ممعنط CD أو من قياس ٣.٥ Floppy انس متواافق 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 وأسمه الثلاثي.
- تحديد ما إذا كان البحث مستللاً من رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، 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)، وتبيّن بالتفصيل في أسفل كل صفحة وفقاً لسلسلتها في المتن.
  - ب- تثبت في نهاية البحث قائمة المصادر والمراجع مرتبة هجائياً بحسب اسم الشهرة كما يأتي:

### ١- الكتب Books

- أ- في نهاية الرسالة:

اسم المؤلف ويبدأ باسم الشهرة أو الأسم الأخير دون ألقاب علمية، ثم الاسم الأول والثاني على الترتيب، عنوان الكتاب كاملاً، الناشر، مكان النشر، رقم الطبعة، سنة النشر. مثال:  
السنوري، 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 الكتاب محقق أو مترجم يتضمن اسمه بعد عنوان الكتاب مباشرة مسبوقة بكلمة تحقيق أو ترجمة،  
مثال:

كلس، هانس، **النظرية المحضرية في القانون**، ترجمة أكرم الوردي، مركز البحوث القانونية، بغداد،  
ط١، ١٩٨٦.

**ب- في الهامش:**

اسم الشهرة أو الاسم الأخير للمؤلف، عنوان الكتاب مختصرًا، 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 Domestic Use of the Letter of Credit Under  
Commercial Code Law Journal, 4: 251–255.

**ب- في الهامش:**

اسم الباحث مختصرًا، عنوان البحث مختصرًا، 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. Commercial production of Anti – Snakebite Serum. In: Gands, C.  
and Gans, K. (editors), *Biology of the Reptilia*. Academic Press, New York.

#### ت- في الهاشم:

اسم الباحث، عنوان البحث، الصفحة، مثال:

عباس، العرب في صقلية، ص ٧١-٧٩.

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، ع ١-٣، ص ١٨١.

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

#### ه-وقائع المؤتمرات :Proceedings

المؤلف، العنوان، اسم الواقع، رقم المجلد أو رقم العدد، مكان انعقاد المؤتمر، مكان نشر الواقع، 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 ١٩٨٩ م.

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، ع ٩٢٦٨، ١٣ حزيران، ١٩٩٣ م.

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، ع ٩١٦٥، آذار، ١٩٩٣ م، ص ٣٥.

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 مسنتة من البحث يتم توزيعها على الباحثين، في حين يتحمل الباحث/الباحثون نفقات أي مسنتة أخرى.  
ي- ترسل البحث إلى العنوان التالي:

رئيس تحرير المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية  
عمادة البحث العلمي/جامعة مؤتة  
ص.ب (١٩) رمز بريدي (٦٦٧١٠)

## 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

### قيمة 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  حواله بنكية  حواله بريدية

التاريخ: / / ٢٠٠ التوقيع:



## محتويات العدد

### المجلد (١٢) العدد (١) م ٢٠٢٠

الصفحات	اسم البحث	ت
٥٢-١٣	التعويض العادل للضرر البيئي عن الأفعال غير المشروعة دولياً وأساس المسؤولية المدنية عنها د. نواف موسى مسلم الزيدبين	*
٨٠-٥٣	قصة ملكيتين: مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاومة المادية في التشريعين الأردني والفرنسي د. سهيل هيثم حدادين، "محمد أمين" قاسم الناصر	*
١٠٢-٨١	سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني د. مؤمن نايف السعайдة، د. أ.د. مهند عزمي ابو مغلى	*
١٤٠-١٠٣	جريمة الرشوة الانتخابية في التشريع الأردني (دراسة تحليلية ومقارنة) د. سالم حمود العضايلة، د. خالد عبدالرحمن الحريرات	*
١٧٠-١٤١	مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو إرميله	*
٢٠٤-١٧١	التدخل بين حقوق المؤلف وحق الملكية العينية للدعاومة المادية للمصنف: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي د. سهيل هيثم حدادين	*
*	Legal implications of "regeneration of payments" principle in current bank account in light of the Omani Commercial law	11-30
	<b>Dr. Mohammad Saeed Al-Sheyab, Dr. Saleh ALBarashdi</b>	
*	The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation Efforts 2012-2014: A Case Study	31-58
	<b>Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Al- Rabadi</b>	
*	Geopolitical Rational of Jordan's Partnership with NATO: A Jordanian Perspective	59-84
	<b>Dr. Hasan Mohammad AlMomani</b>	



## التعويض العادل للضرر البيئي عن الأفعال غير المشروعة دولياً وأساس المسؤولية المدنية عنها

د. نواف موسى مسلم الزيديين \*

تاریخ القبول: ١٥/٩/١٩٢٠ م.

تاریخ تقديم البحث: ٦/٢/١٩٢٠ م.

### ملخص

أدى تطور التكنولوجيا في العصر الحديث إلى تفشي الأضرار في البيئة الناتجة عن استخدام تلك التكنولوجيا لتؤدي إلى تلوث البيئة التي نعيش فيها، ومن هذا المنطلق بدأت المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية تحمل أهمية كبيرة لدى المجتمع الدولي، وتعويض المتضرر عن الضرر، واعتمد التعويض على أن يكون الضرر البيئي مباشراً ومحقاً، وأن لا يكون قد سبق تعويضه أو يمس مصلحة مشروعة لمتضرر سواء أكان واحداً أم مجموعة أشخاص، وفق طرق معينة، وقد يكون التعويض عيناً وقد يكون بمقابل مادي حسب الجهة المتضررة والأحوال، فهو قد يصيب الإنسان وقد يصيب المجتمع بأسره، وقد يكون الضرر قد مس المحيط البيئي وفي هذه الحالة يكون التعويض جزافاً.

**الكلمات الدالة:** التعويض العادل، الأفعال غير المشروعة، المسؤولية المدنية الدولية، الضرر البيئي

\* كلية الحقوق، جامعة مؤتة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **The Fair Compensation for the Environmental Damage due to Internationally Wrongful Acts Based on Civil Liability**

**Dr. Nawaf Mousa Muslam Al Zaydeen**

### **Abstract**

The development of technology in the modern era had led to the widespread of damages to the environment resulting from the use of this technology that lead to pollution of the environment in which we live. From this point on, civil liability for environmental damage has begun to gain great importance to the international community, including the compensation for the injured.

The compensation based on environmental damage must be direct and verified, and that it has not been previously compensated or that it affects the legitimate interest of the injured person, whether it is one person or a group of persons, according to certain methods. In addition, the Compensation may be in kind, or it may be paid for according to the affected party and other related conditions, it may also affect humans and may affect the society as a whole, and the damage may have affect the environment in which case compensation is non-viable.

**Keywords:** Fair Compensation, Unlawful Acts, International Civil Liability, Environmental damage.

## مقدمة:

تعتبر المسؤولية الركيزة الأساسية لكل الأنظمة سواء أكانت على الصعيد الدولي أم الداخلي، حيث أن تلك القواعد التي تتعلق بمسؤولية الدولة تمثل نظاماً أساسياً، لما تقرر فيه من ضمانات تكفل احترام الالتزامات المفروضة من قبل القانون الدولي على أشخاصه، ويتربّط على مخالفة تلك الالتزامات وعدم الوفاء بها جزاءات عديدة، مما ساهمت أحكام المسؤولية الدولية بحدٍ كبير في استقرار الأوضاع الدولية.

وعند الحديث عن قواعد المسؤولية الدولية بمجال البيئة، فيمكن القول إنها قد تطورت بشكل كبير وأخذت مفهوماً حديثاً يميزها عن قواعد الفروع الأخرى من القانون الدولي، الناتج عن تطور التكنولوجيا والتي عرفت بمختلف مناحي الحياة العصرية، بالإضافة إلى عجز الأساس التقليدي في احتواء كافة المسائل المتعلقة بالمسؤولية عن الضرر البيئي الذي نتج عن الثورة العلمية الحديثة، إذ أن عصرنا يمتاز بالثورة الصناعية والتجهيزات النووية، مما زاد من أهمية المسؤولية الدولية والإقليمية في الحفاظ على البيئة نظراً لأضرارها الجسيمة التي تتجاوز حدود الدول المستخدمة لذلك النوع من التكنولوجيا.

ومنح القانون الدولي الدول حقاً سيادياً باستغلال ثرواتها بانواعها البحرية والجوية والبرية كافةً، لتعمل بها وفق سياساتها البيئية الخاصة، فأكّدت على مسؤولية الدولة الدولية عن الأضرار البيئية كافةً التي تنتج عن الأنشطة التي تدخل داخل ولايتها، أو تجري تحت سيطرتها للدول الأخرى، سواء لأشخاصها الطبيعيين أو المعنويين، أو لأي بيئة تقع خارج حدود ولايتها الإقليمية.

مما سبق يتبيّن بأن الدول تكون طرفاً مدعى عليه في المسؤولية الدولية عن أي ضرر بيئي كأصل عام، باعتبار أن المسؤولية الدولية هي علاقة بين الدول وفقاً لما أكدته العديد من النصوص والوثائق الدولية حيث نصت المادة (٤/٣٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل العليا بالقول: "للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة" (١).

(١) محكمة العدل الدولية، وثائق باللغة العربية، النظام الأساسي لمحكمة العدل العليا، راجع الشبكة الإلكترونية. <http://www.icj-cij.org/homepages/ar.icjstatute>

### أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية الدراسة في حداة الموضوع وأهميته وصلته بالواقع العملي، بالإضافة إلى حساسية ودقة المسائل التي تتعرض لها، وزيادة التلوث البيئي، واتساع نطاقه الناتج عن التطور الصناعي والحضاري، وتضاعف الأضرار التي تنتج عنه، وتفاهم المخاطر لتبلغ معدالتها حدًّا يهدد البشرية، لذلك بات من المهم والضروري مساعدة الشخص الدولي عن أضراره بالبيئة وسلامتها، كما أن نظام المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تنتج عن البيئة لم تستقر بعد، ولا يزال يخضع للتطور نتيجة الأوضاع المستجدة في عالمنا المعاصر، لذلك فهو بحاجة للمزيد من الدراسة والتطوير على اعتبار أن الكثير من جوانبه ما تزال غامضة، لذلك ارتأى الباحث المساهمة مع غيره من الباحثين في دراسة جوانب هذا الموضوع.

### أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى بيان أحكام المسؤولية الدولية الناتجة عن الضرر البيئي، وذلك لعجز النظام التقليدي للمسؤولية الدولي وفق الأحكام التقليدية ذات الصلة بمعالجة المنازعات البيئية نتيجة عدم القدرة على تطبيق تلك القواعد وتطبيقها عليها، ويعزى ذلك أساساً لطبيعة المسؤولية المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن الأضرار البيئية التي تمتاز بذاتية خاصة تميزها عن المنازعات الأخرى، الأمر الذي دفع الفكر القانوني للبحث عن أحكام جديدة يتم من خلالها رسم نظام المسؤولية بصورته الجديدة، ليصبح أكثر فاعلية ليسع منازعات الضرر البيئي كافة، ويغطي الأضرار البيئية جميعها، وتعويضها تعويضاً كافياً وعادلاً.

### إشكالية الدراسة:

يعتبر موضوع المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي من المواقف حديثة النشأة التي ما زالت في مراحلها الأولى، إضافة إلى ما يحيط بها من الإبهام والغموض، إلا أن هناك اهتماماً دولياً بالبيئة ظهر خلال النصف الثاني من القرن العشرين الناتج عن إفرازات التطور العلمي والتكنولوجي والصناعي الذي انعكس على ذلك من نتائج وآثار على حياة الإنسان وبئته التي يعيش فيها، مما توجب تدخل القانون بهدف تأمين الحياة القانونية للإنسان والبيئة على حد سواء، وذلك لارتباط كل منهما بالآخر، كون البيئة تشكل مصدر رزق الإنسان وأداته لتغيير وتحقيق التنمية له.

ما سبق، تم اختيار دراسة التعويض العادل للضرر البيئي عن الأفعال غير المشروعة دولياً وأساس المسؤولية المدنية الدولية عنها وذلك لحداثة الموضوع وحيويته وصلته الوثيقة بالواقع العملي، إضافة إلى حساسية المسائل التي تعرضت لها واتساع نطاقه الناتج عن التطور الصناعي وارتفاع معدل التلوث البيئي، وتفاقم مخاطرها حتى بلغت حدّاً يهدّد البشرية، مما توجّب مساعلة الشخص الدولي عن الإضرار البيئية الناتجة عن تصرفاته والتي تهدّد البيئة الإشكالية الأساسية للدراسة والتي تمحورت حول نقطتين رئيسيتين هما:

ما هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي.

- ما هي الأحكام التي تنظم المنازعات التي تترتب عنها، وطرق التعويض العادل عن الضرر ومدى نجاعتها بغير هذا النوع من الضرر.

وبهدف معالجة الإشكالية اعتمدت الدراسة على المنهج التاريخي والوصفي والتحليلي، وتم اعتماد المنهج الوصفي لحداثة موضوع الدراسة بهدف تحديد المفاهيم الأساسية، في حين المنهج التاريخي تم اعتماد لمعرفة أصول المفاهيم الخاص بالدراسة، في حين المنهج التحليلي تم استخدامه بهدف تحليل وتفسير ما تضمنته الاتجاهات الفقهية والاتفاقيات الدولية الخاصة بالمسؤولية عن الضرر، تحقيقاً لأهداف الدراسة ووصولاً بها إلى غاياتها على الوجه الأكمل، فستكون خطة البحث على النحو التالي:

### **المبحث الأول: مفهوم الضرر البيئي والمسؤولية الدولية**

**المبحث الثاني: الالتزامات المترتبة على المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي وطرق التعويض العادل عنها.**

### **المبحث الأول: مفهوم الضرر البيئي والمسؤولية الدولية**

إن فكرة المسؤولية الدولية لها دور كبير وهام في حماية البيئة ومنع تعرضها للضرر، إذ أنها تحمل في ثنياها الجزاء القانوني على متسبب الضرر في البيئة، وتلعب دوراً بارزاً في منع الضرر البيئي أولاً وإصلاحه ثانياً، والتعويض عنه ثالثاً، فهي مسؤولية ذو حدين، الأولى وقائية قبل وقوع الضرر، وعلاجية بعد وقوعه، لذلك فإنها تعتبر من أفضل الوسائل القانونية في حماية البيئة، لأن الضرر البيئي يمتاز بعدة خصائص تختلف عن أي ضرر آخر. وتعتبر المسؤولية الدولية وسيلة قانونية تهدف لحماية البيئة ومنع وقوع الأضرار، وتطورت قواعد المسؤولية بهدف مسايرة التطور العلمي والتكنولوجي، فأخذت مفهوماً حديثاً تميزها عن قواعد المسؤولية في فروع القانون الدولي الأخرى، مما توجّب على الباحث التطرق لمفهوم المسؤولية الدولية بصورة عامة، وبناء على ما

سبق فإنه يمكن القول بأن حقيقة المسؤولية الدولية التي تترتب على الضرر البيئي يتطلب منها تحديد مفهوم الضرر البيئي وأسبابه في المطلب الأول، أما المطلب الثاني تم تخصيصه لبيان مفهوم المسؤولية الدولية وعلى النحو التالي:

### **المطلب الأول: مفهوم الضرر البيئي وأسبابه**

يعتبر حدوث الضرر سبباً في المساءلة لمن تسبب فيه، ويعتبر ركناً أساسياً من أركان المسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية، حيث أن حدوث الضرر هو السبب الرئيس في مطالبة التعويض من المتسبب، حيث أن الضرر البيئي يختلف عن غيره من الأضرار الأخرى من حيث القواعد الناظمة له بما يختص بتقرير المسؤولية التي تترتب عليه وتقدير التعويض الواجب لجبره، ويعزى السبب في ذلك إلى اختلاف مفهوم الضرر البيئي واختلافه عن المفهوم التقليدي للضرر.

### **الفرع الأول: مفهوم الضرر البيئي**

كان لزاماً على الباحث تحديد مفهوم الضرر البيئي من خلال التطرق إلى تعريف البيئة باعتبارها الجوهر في هذا البحث ومحل الضرر المستهدف، ثم ننتقل لتعريف الضرر الذي يقع عليها وكما يلي:

#### **أولاً: تعريف البيئة:**

أ- التعريف اللغوي للبيئة: مشتقة من فعل بوأ وتبأ، وورد في معجم لسان العرب، باء إلى الشيء: أي رجع إليها، وتبأ: أي نزل وأقام، فيقال تبأ فلان بيته: أي اتخذ منزلاً، وقيل تبأه: أي أصلحه وهيأه، أما الاسم من بوأ فهو البيئة بمعنى المنزل والموطن، فيقال: إنه لحسن البيئة، أي هيئة استقتساء مكان النزول وموضعه<sup>(١)</sup>

ب- التعريف الاصطلاحي للبيئة: ويقصد بها: "مجموعة العوامل المادية والكيميائية والبيولوجية، والعناصر الاجتماعية القابلة في وقت معين للتأثير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حالياً أو في أي وقت لاحق، على الكائنات الحية أو النشاط الإنساني<sup>(٢)</sup>". كما يقصد بها أيضاً: "المحيط المادي الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء وهواء وفضاء وترابة وكائنات حية، ومنشآت أقامها هذا الأخير لإشباع وسد حاجاته"<sup>(٣)</sup>.

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر، بيروت/١٩٩٣، ص ٣٦.

(٢) عمر سعد الله، حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ١٩٩٤، ص ٢٦.

(٣) ماجد الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٣٩.

ت- التعريف القانوني للبيئة: عرف مشروع لجنة القانون الدولي البيئة على أنها: "ما تشمله من موارد طبيعية، سواء منها الإحيائية مثل الهواء والماء والترية والحيوان والنباتات والتفاعل بين العوامل نفسها، والسمات المتميزة للمناظر الطبيعية".<sup>(١)</sup>

أما إطار برنامج الأمم المتحدة المنعقدة في عام ١٩٧٧ بجورجيا، فقد عرفت البيئة على: "رصيد من الموارد المادية والاجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما، لإشباع حاجات الإنسان وتطلعته".<sup>(٢)</sup>

وفي المعاجم القانونية المتخصصة عرفت التلوث على أنه: "أي أفساد مباشر للخصائص العضوية أو الحرارية أو البيولوجية أو الإشعاعية لأي جزء من البيئة، مثلاً بتفریغ أو إطلاق أو إيداع نفايات أو مواد من شأنها التأثير على الاستعمال المفيد، بمعنى آخر، تسبب وضعاً يكون ضاراً أو يتحمل الإضرار بالصحة العامة أو بسلامة الحيوانات والطيور، والحشرات والسمك والمواد الحية والنباتات".<sup>(٣)</sup>

ولقد نصت إحدى وثائق مؤتمر ستوكهولم تعرِيفاً للتلوث على أنه: "تؤدي النشاطات الإنسانية بطريقة حتمية إلى إضافة مواد أو مصادر للطاقة إلى البيئة على نحو يتزايد يوماً بعد يوم، وحيثما تؤدي إضافة تلك المواد أو تلك الطاقة إلى تعريض صحة الإنسان ورفاهيته وموارده للخطر أو يحتمل أن تؤدي إلى ذلك مباشرة أو بطريقة غير مباشرة فإننا نكون بصدده تلوث".<sup>(٤)</sup>

(١) المبادئ المتعلقة بتوزيع الخسارة في حالة الضرر العابر للحدود الناجم عن أنشطة خطرة، لجنة القانون الدولي، الدورة السادسة والخمسون، ٤٢٠٠، وثيقة رقم (A.CN.4/661 ER Corr.1) ص ١٢٥٤.

(٢) الفاضلي، سجي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن - دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ص ١١٦.

(٣) تونسي، بن عامر، المسؤولية الدولية، العمل غير المشروع كأساس لمسؤولية الدولة دولياً، منشورات دحلب، الجزائر، ١٩٩٥، ص ٧٤.

(٤) بدأ الاهتمام بالبيئة على المستوى العالمي منذ مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة الإنسانية المنعقد بمدينة ستوكهولم بالسويد عام (١٩٧٢) سعى فيها لمناقشة مشاكل البيئة الإنسانية التي أصبحت فيها الدول غير قادرة على مواجهتها ومعالجتها بصورة منفردة، ونتج عن المؤتمر توصيات تدعو الدول إلى ضرورة اتخاذ تدابير لازمة تهدف لحماية البيئة والتي شكلت حجر الأساس في القانون الدولي للبيئة، ونتج عنه ضرورة ملحة لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص بحماية البيئة، وقد عرف البعض على أنه: "مجموعة قواعد ومبادئ القانون الدولي التي تنظم نشاط الدول منع وتقليل الأضرار للمحيط البيئي أياً كان مصدره داخل حدود الولاية الإقليمية للدولة. وفي عام ١٩٨٢ تم عقد مؤتمر نيروبي في كينيا، تم فيه استعراض إنجازات الأمم المتحدة في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في مؤتمر ستوكهولم، والكشف عن التحديات التي واجهت المجتمع الدولي في مجال حماية البيئة، ودعى المؤتمر لبذل الجهود الدولي والإقليمي للحد من انتشار الفقر ومعالجة التصحر. تلاه مؤتمر ريو دي جانيرو عام (١٩٩٢) والذي أطلق عليها بقمة الأرض وعقدت في البرازيل، وكانت أكثر المؤتمرات أهمية ب مجال تطوير القانون البيئي وحمايتها، حيث تم خلال المؤتمر بلورة المبادئ الأساسية ل القانون، وحظي هذا المؤتمر بمشاركة كبيرة. كما تم في المؤتمر تبني إعلان ريو الذي شكل مبدأ التنمية المستدامة. أما مؤتمر Johannesburg جوهانسبرغ (٢٠٠٢) الذي يعد أول مؤتمر بيئي أممي، تم التأكيد في هذا المؤتمر على التزام دول العالم بالتنمية المستدامة، وفي المؤتمر تم استذكار كافة المؤتمرات السابقة، وجدد الالتزام على متابعة المسيرة العالمية لحماية البيئة".

في حين عرفته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في توصياتها الصادرة عام (١٩٧٤) على أنها: "إدخال مواد أو طاقة بواسطة الإنسان سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى البيئة، بحيث يترب عليها آثار ضارة من شأنها أن تهدد الصحة الإنسانية، أو تضر بالمواد الحية أو بالنظم البيئية، أو تؤثر على عناصر البيئة" (١)

وفي تعريف آخر للتلوث على إنها: "حدوث تغيير وخلل في مكونات البيئة الحية وغير الحية، بحيث يؤدي إلى شلل النظام الإيكولوجي أو يقلل من قدراته على أداء دوره الطبيعي في التخلص الذاتي من الملوثات الناجمة عن عوامل كثيرة بفعل الإنسان". (٢)

من التعاريف السابقة نستخلص بأن هناك اتجاهًا ينظر للتلوث من خلال الإضرار الذي يحدثها واتجاهًا آخر تطرق إلى أسباب التلوث ونتائجها معاً، كما اتسمت التعاريف على شمولها لعناصر التلوث وتغيراتها الكمية أو الكيفية، واقتران هذا التغيير بحدوث ضرر بيئي أو يكون سبباً في حدوث التلوث وحدوث الضرر للإنسان.

## الفرع الثاني: أسباب الضرر البيئي وخصائصه

### أولاً: أسباب الضرر البيئي

يعزى أسباب الضرر البيئي لعدة عوامل جمعت بين الثورة العلمية والتكنولوجية والنزاعات المسلحة وسباق التسلح والنمو السكاني، وفيما يلي عرض لتلك الأسباب بمزيد من التفصيل:

أولاً: الثورة العلمية والتكنولوجية: على الرغم مما حققه الثورة العلمية والتكنولوجية من نتائج وفوائد للبشرية، إلا أن آثارها السلبية على البيئة كانت ذات تأثير واضح، حيث ساهمت الثورة العلمية بتمكين الإنسان استهلاك في الموارد الطبيعية بشكل كبير، وزيادة التلوث البيئي، حيث

لمزيد من التفاصيل أنظر: مجاجي، منصور، المدلول العلمي والمفهوم القانوني للتلوث البيئي، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد (٥)، ص ١٠٢. وانظر أيضاً Handel, Gunther، إعلان مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة البشرية (إعلان استكهولم) ١٩٧٢ واعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، ١٩٩٢، منشورات الأمم المتحدة، ٢٠١٢، ص ٤. وأنظر أيضاً الهياجنة، عبدالناصر زيد، القانون البيئي - النظريات العامة لقانون البيئي مع شرح التشريعات البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص ٢٣٩.

(١) حمودة، ليلى، المسؤولية الدولية في قانون الفضاء، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٥٩.

(٢) المطيري، مسلط، المسؤولية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٢٨.

تعتبر الموارد الطبيعية الموجودة في بيئه الإنسان هي مصدر رزقه وتطوره، وسعى الإنسان بكل ما يملك من وسائل تكنولوجية متقدمة على رفع مستوى رزقه وتعجيل في جني محاصيله<sup>(١)</sup>.

ونتيجة تقدم الإنسان في المجال التكنولوجي تمكن من تصنيع وسائل متقدمة سواء كانت محركات نفاثة أو آلات، بالإضافة إلى اكتشاف مصادر طاقة تعمل على تشغيل تلك المعدات، وإقامة المصانع المختلفة التي تخرج غازات سامة أفسدت الغطاء النباتي، بالإضافة إلى التسبب في حدوث مشكلة في طبقة الأوزون، الذي نتج عنه ارتفاع في حرارة الأرض. كما ساهم التطور التكنولوجي في زيادة الانتاج الصناعي الذي اقترن معه تراكم النفايات، واستنزاف الموارد الطبيعية التي فاقت القدرة الاستيعابية للبيئة على تجديدها، إضافة إلى تزايد حجم الإقبال على استخراج المواد الأولية من الموارد الطبيعية نتيجة التطور الذي وصل إليه الإنسان، مما نتج عن ذلك إخلال في النظام البيئي الناتج عن الأفراط في استغلال الموارد الطبيعية. مما جعل بعض المصانع تلأجأ إلى طرح النفايات ومياه الصرف الصحي في الأماكن غير المخصص لها، الذي نتج عنه زيادة التلوث البيئي، الذي أدى إلى هلاك تلك الموارد وفاسدتها<sup>(٢)</sup>.

مما سبق نستخلص بأن للتقدم التكنولوجي الأثر البالغ للتلوث، وهناك علاقة وثيقة ما بين التقدم والتلوث، حيث أن التقدم التكنولوجي طور من أساليب استخدام الموارد الطبيعية، وزيادة انبعاث وتولد النفايات الصناعية، الذي نتج عنها تولد النفايات الصناعية وما ترتب عن ذلك من أضرار فادحة، وظهور ثورة صناعية كيميائية وما ترتيب عليها من تحويل أخطار جديدة للبيئة الطبيعية، وتصاعد الغاز من مداخن المصانع، ولوثت الهواء، وقيام المصانع بإلقاء مخلفاتها ونفاياتها السامة في البحار والأنهار.

ثانياً: النزاعات المسلحة وسباق التسلح: إن الخطر الذي يحدق بالبيئة ناتج عن الوسائل والأساليب المستخدمة في الحروب من قبل الأطراف المتنازعة، إذا كشفت التجارب السابقة بأن النتائج التي خلفتها الحروب ألحقت أضراراً ضخمة في البيئة، وعلى الرغم من أن القانون الدولي يحظر استخدام القوة، إلا أن الواقع يشير لعكس ذلك، من خلال نشوب نزاعات مسلحة تتشعب

(١) الحوراني، عبدالمعطي، المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة في القوانين الأردنية والمواثيق الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، ٢٠١٤، ص ٦٩.

(٢) نصر الله، سناء، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة باجي مختار، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٦.

بين الدول بين الحين والآخر، وإلى أن تهأء هذه النزعات فإنها تكون قد أحدثت أضراراً من الصعوبة معالجتها الناتج عن استخدام بعض الأسلحة ذات الأضرار العالية، حيث أن آثار استخدام بعض الأسلحة يحتاج لفترة طويلة حتى تختفي، والبعض منها لا تظهر نتائج إلا بعد فترة من انتهاء النزاع<sup>(١)</sup>.

وكان لاكتشاف الذرة واستخدامها على نطاق واسع من أكثر الاختيارات خطورة على الحضارة الإنسانية، وتوصيل الإنسان إلى شطر نوى الذرات، واستخدامه في أغراض السلمية والتي تتضمن أيضاً خطراً يهدد الإنسان والبيئة على حد سواء.<sup>(٢)</sup> وفي ذلك نصت المادة (٤) من معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية لعام (١٩٦٨) والتي منحت الدول حقاً ثابتاً غير قابل للتصريف بالحصول على التكنولوجيا النووية لأغراض سلمية، حيث نصت المادة: "١- يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه المعاهدة بما يفيد إخلاله بالحقوق غير القابل للتصريف التي تملكها جميع الدول الأطراف في هذه المعاهدة بتنمية بحث وإنتاج واستخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية دون أي تمييز ووفقاً للمادتين الأولى والثانية من هذه المعاهدة".

ويلاحظ بأن قرار رقم (٢٠٠٦/١٦٩٦) الصادر بحق إيران لم يحظر حقها في امتلاك دورة الوقود النووي، ولم يشر بأنها تهدد أو تشكل خطر على السلم والأمن الدوليين، فطلب من إيران الخضوع للضمانات الصادرة عن الوكالة الدولية للطاقة النووية.<sup>(٣)</sup>

وكان لتسابق الدول على التسلح وزيادة أعداد المناورات العسكرية دور في زيادة انتشار خطر التلوث على مستوى البحر والبر والجو، فمن أكثر المشكلات خطورة هذه التجارب التي تقام على

(١) حميدة، جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخدودية للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١١، ص ٥٧.

(٢) وفي ذلك نصت المادة (٤) من معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية لعام (١٩٦٨) والتي منحت كافة الدول حقاً ثابتاً غير قابل للتصريف بالحصول على التكنولوجيا النووية لأغراض سلمية، حيث نصت المادة: "١- يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه المعاهدة بما يفيد إخلاله بالحقوق غير القابل للتصريف التي تملكها جميع الدول الأطراف في هذه المعاهدة بتنمية بحث وإنتاج واستخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية دون أي تمييز ووفقاً للمادتين الأولى والثانية من هذه المعاهدة".

(٣) مبيضين، محمد الموقف الأمريكي تجاه البرنامج النووي الإيراني، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد (٣٤)، ٢٠٠٧، ص ٧٧.

الأسلحة النووية تحت سطح المياه الإقليمية، أو في مناطق أعلى البحار، وما ينتج عنها من مخلفات مشعة تضر بالبيئة البحرية وما تحتويه من ثروات سمكية. <sup>(١)</sup>

ما سبق فأن الباحث يرى بأن التحدي الذي يواجه الأمم المتحدة يكمن في إيجاد نمط معين يعالج الاحتياجات الأمنية، حيث أن الدول على استعداد للالتزام بوثائق عدم انتشار الأسلحة أو نزع السلاح في حال وقوعها بأن أنها بدون أسلحة يكون أكثر ضماناً لها بوجودها. وهنا يبرز التحدي أمام المنظمات الدولية في إيجاد حلول فاعلة في نزع السلاح واستقرار الأمن العالمي.

#### الزيادة السكانية:

نتيجة انخفاض معدلات الوفيات والزيادة السكانية في الفترة الأخيرة زاد من حجم القضايا البيئية، والاهتمام بضرورة توفير الغذاء للسكان على الأرض، وارتبط نمو السكان بمسألة الأمن البيئي والتغيرات التي أحدثتها في موارد الأرض الملبية للحاجات السكانية، وأشارت الدراسات إلى أن النمو السكاني أسهم في تدهور البيئة نتيجة ارتفاع حاجة البشر للموارد الطبيعية اللازمة للغذاء وتحقيق التنمية، وبالتالي استنزافها للموارد البيئية وتلوث الهواء والماء والتربة، فضلاً عن حدوث تغير في المناخ واستنفاد طبقة الأوزون. <sup>(٢)</sup>

#### ثانياً: خصائص الضرر البيئي

تختلف خصائص الضرر البيئي عن غيره من الأضرار، مما يجعله متميزاً عن الأضرار الأخرى وكما يلي:

- ضرر عام: وهو ضرر غير شخصي يتعلق بشيء يستخدمه الجميع دون استثناء، وأي نشاط ينجم عنه ضرر يسبب ضرراً يتصف بالعمومية بمعنى يصيب البيئة بمكوناتها وعناصرها.
- ضرر غير مباشر: بمعنى أنه لا يصب الحيوان والإنسان أو الأشياء بشكل مباشر، بل قد تتدخل به العديد من مكونات البيئة في إحداثه، وتراكم تلك المكونات قد تنتج عنها ضرر بيئي واضح المعالم.

(1) Silja Voňeky, 'A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage', in Review of European Community & International Environmental Law, Vol. 9, No. 1, 2000, pp. 20.

(2) الحوراني، عبدالمعطي، مرجع سابق، ص ٧٣.

- ضرر متراخٍ: بمعنى لا تظهر آثاره في معظم الأوقات إلا بعد مرور فترة زمنية طويلة، لذلك يطلق عليها بالضرر التراكمي بل تظهر عند تراكم المواد التي تلوث البيئة وقد تأتي على شكل أمراض تؤثر في الكائنات الحية.
- الضرر البيئي عابر للقارات: ويعتبر هذا الشيء جوهري لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي، والذي غالباً ما ينتج عن الأنشطة المشروعة التي تقوم بها الدولة وفي ذلك عرفتها لجنة القانون الدولي على أنه: "الضرر الذي يقع في إقليم غير الدولة المصدر أو في أماكن أخرى موضوعة تحت ولاية تلك الدولة، أو تحت سيطرتها سواء وجدت حدود مشتركة بين الدولتين المعينتين أم لم توجد"<sup>(١)</sup>

### المطلب الثاني: مفهوم المسؤولية الدولية

تعتبر المسؤولية الدولية الناتجة عن الضرر البيئي من أهم المواقف التي لم تتضح معالمها حتى وقتنا الحاضر، ويعتريها الكثير من الغموض، ولم يستقر الفقه الدولي حتى هذه اللحظة على تعريف التلوث البيئي، والتي تعتبر جزءاً أساسياً في كل نظام قانوني، ويتوقف فعالية النظام على نصوج قواعد المسؤولية فيه. ويقصد بالمسؤولية الدولية هي الفعل المنشئ للمسؤولية. وهناك عدة حالات يترتب عليه المسؤولية الدولية، فقد يكون فعلاً مشروعاً إلا أنه يترتب عليه ضرر أو فعل غير مشروع يترتب عليه الإخلال بالتزام دولي، وفي دراستنا هذه سوف نركز على الفعل غير المشروع التي ينتج عنه ضرر.

لقد تعددت الاتجاهات القضائية والفقهية التي حددت أساس المسؤولية الدولية الناتج عن قيامها بنشاطات وأعمال قد تؤدي للإضرار بالدول الأخرى، خصوصاً إذا كانت هذه الأسس متباعدة، وعلى الرغم من ذلك أخذت حيزاً في مجال المسؤولية الدولية.<sup>(٢)</sup>

وفي ذلك اعتبر الفقيه Grossius جروسيوس بأن المسؤولية تقوم على أساس نظرية الخطأ وتقوم هذه النظرية على أنه لنشوء المسؤولية الدولية لا يكفي وجود إخلال بالتزام دولي، بل من الضروري جداً أن يكون أساس هذا الإخلال الفعل الخطأ أو الخطأ، بمعنى يتوجب أن يكون الخطأ

(١) الكبيسي، جمعة، الضرر العابر للحدود عن الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣، ص ٢٨.

(٢) مراج، علي، المسؤولية الدولية عن التلوث عبر الحدود، اطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة بن يوسف، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١٥٢.

متعمداً -أي توافرت فيه إرادة ارتكاب الفعل- أو أن يكون الخطأ غير متعمد ونتج عن إهمال أو تقصير.

كما اتجه جانب من الفقه الدولي نتيجة الانتقادات التي وجهت لنظرية الخطأ لبني مبدأ آخر لقيام المسؤولية للدولة وبما يتفق مع القانون الدولي، وهو الفعل الدولي غير المشروع الذي يتوجب توافر شروط معينة فيه حتى يصلح قيام المسؤولية الدولية بنظر القانون الدولي وضرورة حدوث انتهاك أو خرق للالتزام الدولي.<sup>(١)</sup>

و الساد نقاش بين فقهاء القانون الدولي بما يتعلق بمفهوم العمل غير المشروع، إذ يرى بعضهم أن العمل غير المشروع هو مجرد انتهاك دولة لواجب أو عدم تقيدها بتنفيذ التزام فرضته قواعد القانون الدولي، في حين يرى آخرون أن العمل غير المشروع هو: "العمل غير المشروع كعنصر في المسؤولية الدولية هو سلوك مخالف للالتزامات القانونية الدولية، بمعنى خروج عن قاعدة من قواعد القانون الدولي، فالعمل الدولي غير المشروع ومخالفة قاعدة قانونية دولية أي كان مصدرها اتفاقية دولية أو العرف أو المبادئ العامة للقانون".<sup>(٢)</sup>

ويرى الفقيه (Rousseau) روسو بأن عند استبعاد نظرية الخطأ، فالأساس الوحيد المقبول في المسؤولية الدولية هو مخالفة قواعد القانون الدولي، في حين اعتبر الفقيه (Paul Router) بول روتير العمل غير المشروع أساساً للمسؤولية الدولية بل يعتبره الشرط الأهم لقيامها، أما الاستاد "Partaczik" فيرى المسؤولية الدولية: "تتولد من طبيعة الأشخاص المكونين للقانون الدولي الذي تربطهم الحقوق والالتزامات المحددة التي تشكل العلاقات الدولية وبعدها يصل إلى نتيجة مفادها أن العمل المنسوب للدولة هو الذي يشكل مصدر هذه المسؤولية".<sup>(٣)</sup>

كما أثمرت الجهود الدولية في اعتماد نظرية الفعل غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية عن الأنشطة الخطرة وعن الأضرار البيئية في الدول المعنية بحماية البيئة، ليترتب على أي انتهاك لتلك المعاهدات مسؤولية دولية على الدولة. وتقول المسؤولية الدولية عند تحقق مخالفة دولة ما

(١) عبدالحميد، محسن، النظرية العامة للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩، ص ١٧.

(٢) عبدالحافظ، معمر، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٣٣٣.

(٣) عمر، نعيمة، النظرية العامة لمسؤولية الدولية في ضوء التقين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٤٧.

للتزاماتها القانونية، وبناء على هذا الأساس تتخذ الدول عدة تدابير بهدف منع وقوع الضرر ولتحقيق ذلك يترتب عليها الالتزام بتلك المعاهدات وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية عند انتهاها، فقد أقرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الصادر عام (١٩٨٢) الدول بضرورة حماية البيئة من الدمار، وأي انتهاك لتلك الحماية يتم الزام الدولة المنتهكة بتعويض الدول المتضررة من الدمار البيئي.<sup>(١)</sup>

ولقيام المسؤولية الدولية على الفعل غير المشروع، فيتوجب وجود شرطين، إذ تنص المادة (٢): "ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً، وإذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:

١- ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي. و ب- يشكل خرقاً للتزام دولي على دولة"<sup>(٢)</sup>

ويقصد بعنصر الفعل غير المشروع تلك الواقعة التي تنشئ المسؤولية الدولية لأحد أشخاص القانون الدولي، وبه تقوم مسؤولية الدولة وحتى يتم إسناده للدولة أو أحد موظفيها أو ممثليها أو أجهزتها إليها، فإن الدولة تتحمل تلك المسؤولية الناتجة عن موظفيها أو أجهزتها.

أما العنصر الثاني والذي يتمثل بخرق الالتزام الدولي، ويعتبر هذا العنصر أساسياً لقيام المسؤولية إذ أنه يتوجب وجود التزام حتى يتم تحقق المسؤولية. وهناك اتجاه يعتبر الضرر شرطاً لحدوث المسؤولية الدولية عن العمل غير المشروع، فيجب أن يتم إثبات الضرر حتى تتحقق المسؤولية، ويرى هذا الاتجاه بأنه لا مسؤولية دولية على شيء لم يسبب بضرر.<sup>(٣)</sup>

أما أغلب الفقهاء الدوليين فيرى بأن الضرر لا يعتبر شرطاً من شروط المسؤولية، على اعتبار أن العمل غير المشروع يتنافي مع الاتجاه الذي يرى بأن العمل غير المشروع بحد ذاته كافياً لإثارة المسؤولية الدولية، طالما نسب للدولة التصرف غير المشروع.

أما فيما يتعلق بالتكيف القانوني للجرائم البيئية في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية، تنص المادة (٦/ج) من النظام على أنه: "لغرض هذا النظام الأساسي تعنى الإبادة الجماعية أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه إهلاكاً

(١) بلقاسم، أحمد، المسؤولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقييدها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص ٤٤٥.

(٢) حولية لجنة القانون الدولي، المشروع النهائي لعناصر فعل الدولة غير المشروع دولياً، ٢٠٠١.

(٣) معلم، يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي - أطروحة دكتوراه، جامعة منتسيوري، قسنطينة، الجزائر، ٢٠١١، ص ١١٢.

كلياً أو جزئياً: ج-) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.<sup>(١)</sup>

كما تنص المادة (٧/ك) من ذات النظام على أنه: "لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية" جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: ...) الأفعال الإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تسببت عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية".<sup>(٢)</sup>

ولا شك فيه بأن إحداث الأضرار بالبيئة قد يؤدي لفرض أحوال معيشية شديدة الصعوبة ويسبب هلاك جزء من السكان أو معاناتهم وتعرضهم لخطر سوف يعرض الجسم لضرر شديد وحرمانه من العيش بكرامة في بيئه نظيفة، لذلك تم اعتبار البيئة جريمة ضد الإنسانية.

## المبحث الثاني: الالتزامات المترتبة على المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي وطرق التعويض العادل عنها

تعتبر البيئة ومواردها ضمن نطاق سيادة الدولة، وكل ما يتعلق ويتصل بالنفع العام والصالح الاقتصادي والاجتماعي يقع على عاتق الدولة حمايتها وصيانتها ومواردها والحفاظ عليها للأجيال، سواء أكانت عناصر مادية أم طبيعية أم مستحدثة بفعل الإنسان، وهذا يتطلب من الدول المحافظة عليها وحمايتها من أي ضرر أو تلوث.

إن تقرير المسؤولية عن الضرر البيئي كغيره يترتب عليه عدة التزامات على عاتق من كان سبباً بوقوعه، ويتوجّب منح المتضرر تعويضاً عما لحق به من أضرار، إذ أن التعويض يعتبر وسيلة لإصلاح الضرر، وليس محوه، وهو يأخذ عدة أشكال يمكن تصنيفها لنوعين رئيسين، ومنها قد يكون ذات طابع مالي وغير مالي. ومن الصعب تقدير التعويض في حالات الضرر البيئي، وهنا يثار مشكلة تحديد الخسائر والأضرار عند وقوع الحادثة ليتم تقدير التعويض الملائم، فغالباً ما تتم الأنشطة البيئية في دولة وتتّج آثارها في دولة أخرى، ومن الثابت بالقانون الدولي والداخلي أنه لقيام المسؤولية واستحقاق التعويض، يتوجّب حدوث ضرر لشخص له مصلحة يحميها القانون، وانطلاقاً

(١) المادة (٦/ج) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢) المادة (٧/ك) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

مما سبق، تم تقسيم هذا المبحث لمطلبين، سينتقل المطلب الأول التعويض غير المالي، في حين سينفصل المطلب الثاني لبيان التعويض المالي.

### المطلب الأول: الشروط المستوجبة للتعويض

لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر الناتج عن التلوث البيئي فإنه يتوجب توافر عدة شروط حتى يتمكن المتضرر من المطالبة بالتعويض وهي:

**أولاً: أن يكون الضرر مؤكدأ**

وتشترط الدول لقيام المسؤولية عن الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع حتمية وقوع الضرر، حيث أن المبدأ في القوانين الوطنية والدولية يكمن في عنصر المصلحة، حيث أن قيام دعوى المسؤولية الدولية بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن الفعل غير المشروع دولياً، ولا يجوز بأي حال من الأحوال قبول الضرر إلا في حال وقوع الفعل وقت رفع الدعوى والمطالبة التعويض<sup>(١)</sup>.

وفي ذلك حكمت محكمة العدل الدولية في قضية التجارب الذرية التي قامت بين أستراليا ونيوزيلندا من جهة وفرنسا من جهة أخرى بالقول: "طالما من الضرر قد تخلف فلا مسؤولية ولا تعويض". وذلك بعد عجز كل من نيوزيلندا وإستراليا في تقديم أدلة واضحة على وقوع الضرر الذي تعرضت له جراء التجارب التي قامت بها فرنسا، حيث أن القانون الدولي يرغم على عدم انتهاك الالتزام الدولي المتعلق بعدم إجراء التجارب الذرية بالهواء، إلا أنه وفي غياب الضرر فلا يحق لأي دولة إثارة المسؤولية الدولية"<sup>(٢)</sup>.

ونشير هنا إلى أن أحكام محكمة العدل الدولية المتعلقة بالنزاعات المسلحة قد منعت المحكمة بعد استماعها لأدلة الطرفين من استمرارها، ونرى هنا بأنه إذا كان القيام بالتجارب ممنوعاً في القوانين الدولية نتيجة ما تسبب من أضرار، إذن فالأولى أن يكون استخدام هذه الأسلحة ممنوعة في كل كافة القوانين والأعراف الدولية.

(١) الشعاعي، صباح، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٦٩.

(٢) مبارك، علواني، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٦٤. Nuclear tests case, Australia, France, Application by Fiji for permission to intervene, order of 20 December, 1974, I.C.I, Reports, p530

وأما فيما يتعلق بالمسؤولية التي تنتج عن الأضرار البيئية، الناتجة عن التلوث النووي أو النفايات الخطرة سواء نتج أثناء النقل أو التخزين، أو الأضرار الناتجة عن التلوث الهوائي سواء بالأدخنة أو الإشعاعات النووية، وهنا الأضرار لا تظهر بشكل مباشر وفور وقوع العمل، بل قد يتأجل ظهورها لفترات طويلة، وفي هذه الحالة ما الحكم هنا؟ هل تقام المسؤولية الدولية أم لا؟ وللإجابة عن التساؤل المطروح فإنه يتوجب علينا أن نفرق بين نوعين من الأضرار المؤجلة وكما يلي:

١- الضرر المستقبلي: والمقصود هنا الضرر الذي نتج بسببه، إلا أنه تأخر ظهوره أو عدم التأكيد من ضرورة ظهوره، وهذا النوع من الأضرار يمكن المطالبة بالتعويض عنه، وفي هذه الحالة فدعوى المسؤولية الدولية تكون مقبولة، وفي ذلك يرى بعض من فقهاء القانون بأن يتوجب التعويض عن الأضرار التي قد تنتج في المستقبل الناتجة عن التجارب الذرية، لأنه: "ليس من الضروري أن تثبت الدولة المدعية وقوع ضرر حال، فإن الدليل العلمي والطبي على الضرر الذي ينتج عن الانفجارات الذرية يعتبر كافياً لتأييد دعوى المسؤولية الدولية" (١).

٢- الضرر الاحتمالي: وهذا الضرر يقصد به الضرر الذي لم يتحقق، ولا يوجد هناك أي تأكيد على تتحققه أو احتماليه وقوعه، وفي هذه الحالة لا يعتد بالضرر الاحتمالي حيث أن هذا النوع من الضرر متعدد بين حدوثه وعدم حدوثه، وفي ذلك أصدرت محكمة العدل الدولية قراراً وقالت فيه: "إن الأضرار المحتملة وغير المحددة لا محل لوضعها في الاعتبار وفقاً لقضاء المحكمة" (٢).

وهنا يتبرد تساؤل هام هو هل يتوجب أن يكون الضرر جسيماً حتى تقوم المسؤولية الدولية والمطالبة بالتعويض؟. وللإجابة عن هذا التساؤل، فنود الإشارة إلى أن فقهاء القانون اختلفوا على هذه المسألة، فالبعض منهم يرى بضرورة أن يكون الضرر على قدر عال من الجسامه والخطورة، وأن يكون الضرر الناتج على قدر كبيرة من الأهمية والتأثير (٣) وهذا ما أيدته الفقيه (Saravia Sarao) سارفيفو سارو بالقول: "يتوجب أن يكون الضرر ذا شأن أو له تأثير كبير" (٤).

(١) الحوراني، عبدالمعطي، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الأول الوثيقة رقم A/CN.4 SER. A/1998 الدورة الخمسين.

(3) Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen, International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities, International Review of the Red Cross, 2010, P. 79

(4) Silja Vo"neky, 'A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage', in Review of European Community & International Environmental Law, Vol. 9, No. 1, 2000, pp. 19.

في حين يرى فقهاء آخرون بأنه لا يوجد فرق ما إذا كان الضرر بسيطاً أو جسيماً، حيث أنه المسؤولية هنا تقع بغض النظر عن حجم الضرر، وأنه من غير المقبول أن يشترط القانون بضرورة أن يكون الضرر جسيماً وكبيراً لقيام المسؤولية الدولية، لأن من الشروط التي يقوم عليه القانون الدولي يقضي بأن من يستفيد من أي نشاط ذي تأثير خطر يتحمل ما يلحق بالغير من أضرار، والبعض من الفقهاء يرون أنه: "لا يشترط أن يصل الضرر البيئي المرفوع به دعوى المسؤولية الدولية إلى درجة الجسامنة والخطورة، فذلك يمثل خروجاً عن القواعد العامة في القانون الدولي، بالإضافة إلى أنه يمثل تشديداً غير مرغوب فيه، بحيث يؤدي إلى نكوص الشخص الدولي المضرور عن المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر حقيقي، بسبب عجزه عن إثبات درجة الجسامنة أو فداحته"<sup>(١)</sup>.

ويتفق الباحث مع الرأي الذي يرى بضرورة عدم التفرقة بين الضرر البسيط والجسيم في مجال المسؤولية عن الضرر البيئي، كونها تتنافي مع العدالة وتخرج عن القواعد العامة، وتتعارض مع الطبيعة الوقائية التي تهدف لجبر الضرر، وفي حال قيام أي دولة بممارسة نشاط خطر فإنه يتوجب عليها الالتزام بجبر الأضرار من خلال التعويض عنها، الذي سوف يساعد في منع ممارسة هذه النشاط، وهذا النوع من الممارسة الوقائية مطلوب خصوصاً في النقل غير المشروع للنفايات الخطيرة.

ويشير الباحث هنا إلى أن نقل النفايات الخطيرة ينتج عنه أضرار جسيمة، مثل: تسرب المواد السامة التي تتكون منها النفايات الخطيرة وقد تعود بالضرر سواء بشكل مباشر أو غير مباشر على الإنسان في دولة أخرى أثناء نقلها، وهنا يتوجب عدم تصنيف الضرر أو تصنيفه لضرر جسيم أو بسيط، لأن هذا التصنيف قد يساعد الدول الناقلة للنفايات الخطيرة من التخلص من مسؤوليتها الدولية.

وفي ذلك سارت الاتفاقيات الدولية بشكل عام والاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن التعويض عن الأضرار التي تنتج عن تلوث البيئة بالإشعاعات بإلغاء الفرق ما بين الضرر الجسيم والبسيط، حيث أنها لم تشرط وصف معين في الضرر الذي يتوجب فيه رفع دعوى المسؤولية الدولية، حيث أشارت المادة (١/١/ك) من اتفاقية فيينا المتعلقة بالمسؤولية عن أضرار الطاقة النووية على أنه: "ما يعد ضرراً وفقاً لهذه الاتفاقية هو فقدان الحياة أو أي ضرر جسيمي، أو أي فقدان

(١) معلم، يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر- حالة الضرر البيئي، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة منتسوري- قسنطينة، الزائر، ٢٠١٦، ص ١١٤.

للأموال، أو أي ضرر يلحق بالأموال، يكون ناشئاً أو ناجماً عن الخواص الإشعاعية والخواص السامة أو الانفجارية، أو غيرها من الخواص الخطرة للوقود النووي، أو نواتج أو فضلات إشعاعية أو مواد نووية آتية من منشأة نووية أو صادرة عنها أو مرسلة إليها<sup>(١)</sup>.

أما المادة (٤) من اتفاقية بروكسل والتي تتعلق بالحوادث النووية فقالت: "ندما تقع اضرار نووية، وأضرار أخرى غير نووية، نتيجة لحادثة نووية فقط، أو نتيجة لحادثة نووية وأحداث أخرى غير نووية، ولا يمكن التمييز بين الأضرار النووية الناتجة من الحادثة النووية. وعندما تكون الأضرار نتيجة لحوادث مشتركة نووية شملتها هذه الاتفاقية، وأخرى ناتجة من انبعاث النشاط الإشعاعي فقط، أو مع مواد سامة وحدوث انفجار، أو كنتيجة لخواص أخرى مقدرة للمصدر المشع لم تذكر، فليس في هذه الاتفاقية ما يحدد أو يؤثر في مسؤولية- لا بالنسبة لمن يصييبه الضرر ولا بطريقة طلب التعويض أو التقاضي- أي شخص يكون مسؤولاً عن انتقال الإشعاع أو السموم أو الانفجار أو أضرار الخواص الأخرى التي تتضمنها هذه الاتفاقية"<sup>(٢)</sup>

مما سبق يرى الباحث بأنه ليس من العدالة ترك أنشطة نووية بهذا الحجم من الأخطار دون توفير ضمانات حقيقة للمتضررين تكفل لهم تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي يمكن وقوعها نتيجة هذه الأنشطة، حتى وأن استخدمت لأغراض سلمية بهدف التقليل من هذه الضمانات أو إلغاء بعضها، كون أن المبادئ القانونية الراسخة تهدف لمعالجة الأضرار بكل الوسائل لتفاديها، وكون الأضرار النووية أضراراً غير عادية، فيتوجب أن تكون الوسائل توازيها من حيث الفعالية.

#### ثانياً: الرابطة السببية بين الضرر والنشاط

ما لا شك فيه بأن إثبات الرابطة السببية والضرر المترتب عليه يعتريه صعوبة وبشكل خاص في حالات التلوث النووي والنفايات الخطرة، كون إضرارها لا تظهر إلا بعد سنوات طويلة خصوصاً بأن الأضرار الناتجة تكون فادحة وجسيمة ويتوجب تعويض الضحية عن الأضرار التي أصابتها، لذلك فإن الفقه الدولي يرى بضرورة إقامة نوع من المواجهة بين شروط الضرر وطبيعتها،

(١) اتفاقية فيينا المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الضرر الناجم عن الطاقة النووية عام ١٩٦٣ . UN.

Treaty series, Vol.1063

(٢) الاتفاقية الخاصة بتشغيل السفن النووية لسنة ١٩٦٢

**خصوصاً الأضرار النووية والنفايات الخطرة، وإثبات ما إذا هناك علاقة سببية أم لا من خلال الوسائل العلمية الحديثة.**<sup>(١)</sup>

ومن المتفق عليه عند فقهاء القانون أنه حتى يكون الضرر ملائماً للتعويض، فيتوجب أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن طبيعة النشاط الخطر، بمعنى ضرورة أن يربط ما بين النشاط والضرر سبب مادي، لا يقطعها نشاط آخر.<sup>(٢)</sup> وفي ذلك أكد (Garcia Amador) من أن الحل يكون بالرابطة السببية التي توجد بين الفعل والضرر، حيث أن الضرر يكون ناتجاً عن الفعل أو الامتناع الذي أحده.

وفي ذات الاتجاه تبنت لجنة الدعاوى المختلطة بالقول: "تطبيقاً لقاعدة رابطة السببية المعمول بها سواء في القانون العام أم الخاص، فإن الخسارة التي حدثت يجب أن تكون ناتجة عن العمل المنسوب لألمانيا، ولا بد من توافر رابطة ظاهرة غير منقطعة بين الفعل المنسوب لألمانيا والخسارة التي وقعت".<sup>(٣)</sup>

ما سبق يتضح بأنه متفق عليه فقهاء وقضاءً ليكون الضرر ملائماً للتعويض فإنه يتوجب أن يكون الضرر ناتجاً عن نشاط الخطر وطبيعته، ووجود رابطة سببية مؤكدة بين الضرر والفعل وليس محتملة، أي وجود رابط بين الضرر والنشاط الخطر رابطة سببية مادية لا يشوبها أي نشاط آخر.

### ثالثاً: ألا يكون الضرر قد سبق التعويض عنه

ويقصد هنا بأن لا يكون الضرر البيئي الذي وقع قد سبق تعويضه، وفي حال تم تعويضه سابقاً وزالت أثاره فهنا لا يعد صالحأً لرفع دعوى التعويض عنه مرة أخرى، وفي حال قام المتضرر برفع الدعوى فإنها ترد حيث أنه لا يجوز الجمع بين تعويض عن نفس الفعل الضار، وفي حال تغير الضرر سواء بالزيادة أم بالنقصان وطالب المتضرر بالتعويض التكميلي، فهذه المطالبة لا تتعارض مع مبدأ ألا يكون الضرر قد سبق التعويض عنه، حيث أن طلب التعويض الجديد لم يتم التعويض

(١) الصالب، عبدالوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٢٣.

(٢) الحافظ، معمر، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٩٦.

(٣) التقرير السادس للمقرر الخاص المقدم لجنة القانون الدولي عام ١٩٦١، ص ٤٢ من الوثيقة.

عنه ولا يتعارض مع مبدأ قوة الشيء المحكوم فيه، كما أن المحكمة حين أصدرت قرارها بالتعويض لم تأخذ بعين الاعتبار الضرر الجديد، لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع التعويض غير المالي والمالي

هذا النوع من الطابع غير المالي يتجلّى في صورتين، الأولى التعويض العيني ويقصد به إعادة الوضع على ما هو عليه قبل وقوع الفعل الذي تسبب بوقوع الضرر<sup>(٢)</sup> في حين الصورة الثانية للتعويض غير المالي فتتمثل في الترضية التي تعد وسيلة يتم بموجبها إصلاح الضرر المعنوي المترتب، وفيما يلي عرض لهاتين الصورتين:

**أولاً: التعويض العيني:** وهنا يعتبر التعويض العيني من أهم وأكثر الأشكال توافقاً مع المبدأ العام للمسؤولية الدولية، وهو المأخذ به في العرف الدولي للتعويض كقاعدة عامة لإصلاح الضرر، وفي ذلك أكدت لجنة القانون الدولي على هذه القاعدة بمشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروع دولياً، إذ نصت المادة (٣٥) من على ضرورة إلزام بتقديم تعويض عيني في كل مرة يكون ذات ممكناً من الناحية المادية<sup>(٣)</sup>. ومن أهم مبادئ التعويض العيني في حيز التنفيذ هو في وقف النشاط الذي أدى لوقوع الضرر من ناحية، وإعادة الحال كما كان عليه للضرر البيئي وفيما يلي بيانه:

١- **وقف النشاط غير المشروع:** يعتبر وقف النشاط أو الفعل غير المشروع عبارة عن آلية وقائية بالنسبة للمستقبل المتعلق بشأن المصالح التي تم الإضرار بها، وليس محو الضرر للحدث، وإلغاء كافة نتائجه الفعلية والقانونية، فما هي إلا خطوة أولى تسبق إصلاح الضرر بالمعنى المتعارف عليه، ولا يعقل إصلاح الضرر دون توقف الفعل الضار، وعليه فإن كان الضرر وقع بالفعل، فإن وقف النشاط الذي تسبب فيه لا يعوضه، إلا أنه يمكن أن يمنع حدوث أضرار جديدة في المستقبل، ومنع تفاقم الضرر الحالي إن كان ذا طبيعة مستمرة، من خلال قيام المسؤولين عن ذلك باتخاذ الإجراءات المناسبة والاحتياطات الالزامية، وعلى سبيل المثال عند قيام أحد المصانع بإلقاء مواد ملوثة في مصدر مياه، فإن المصنع هنا يصبح لزاماً

(١) الحسناوي، حسن، دعوى التعويض عن الضرر البيئي، مجلة جامعة الـبيـت، كلية القانون، ٢٠١٦، العـراق، ص. ٨١.

(٢) Silja Vořneky, ‘A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage’, in Review of European Community & International Environmental Law, Vol. 9, No. 1, 2000, pp. 20.

(٣) حميدة، جميلة، مرجع سابق، ص. ٦١.

عليه بعدم تكرار هذا الفعل الضار، وهنا لا يعد ذلك تعويضاً عن الأضرار الناتجة عنه التي أصابت الأشخاص، بل يتم تقديرها بعيداً عن التزام المصنع بوقف الفعل غير المشروع، وقد منح القضاء الفرنسي هذا الحق للمتضرر بالإضافة إلى حقه في المطالبة بوقف الأنشطة غير المشروعة التي ساهمت في الحق الضرر به.<sup>(١)</sup>

كما تعد قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية التي تمت في (Nicaragua) نيكاراغوا عام ١٩٨٦ أكبر مثالاً على ذلك، فقد قررت حينها محكمة العدل الدولية أنه: "على الولايات المتحدة الأمريكية واجب الكف والامتناع فوراً عن كل فعل يشكل انتهاكاً للالتزاماتها القانونية... وعليها واجب تجاه (Nicaragua) نيكاراغوا في إصلاح كل الأضرار التي سببها لها".<sup>(٢)</sup>

وفي هذه الحالة إذا كان وقف الفعل أو النشاط يستند تبريره لعدم المشروعية، فإنه يمكن للمحكمة أو الهيئة التحكيمية أن تلزم أحد الأطراف المتنازعة بوقف النشاط حتى لو كان مشروعه و يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، وهذا ما تم تقريره في حكم صادر لمحكمة التحكيم بقضية مصهر تريل ما بين الولايات المتحدة وكندا عام (١٩٣٨) على نحو ما سبق ذكره، وكان حكم المحكمة بوقف المصنع عن العمل لحين إنشاء مصفاة، مع ضرورة عمل تفتيش دوري له بهدف ضمان عدم استمرار الضرر بولاية واشنطن، مع إلزامها بالتعويض عن الأضرار التي وقعت للطرف الأمريكي.<sup>(٣)</sup>

ومن الجدير بالذكر أن هناك اختلافاً فقهياً في المسؤولية المدنية والتعويض عنها، حيث ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى اعتبار وقف النشاط غير المشروعة عن المسؤولية الدولية، بالإضافة إلى القواعد الخاصة بها، بمعنى من غير المتصور أن يكون هناك حالة وقف النشاط بقصد قواعد التعويض ولا المسؤولية التبعية، وهنا نقول في ذلك إنه قول عار عن الصحة يفنده واقع الممارسات الدولية، فمن خلال الرجوع لمشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول المعد من قبل لجنة القانون

(١) حميدة، جميلة، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) الخضر، زازه، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٤٣.

(٣) طارق، عجيل، معايير تقدير التعويض الناجي عن الأضرار البيئية، مجلة بابل، العراق، ٢٠١٦، ص ٦٧.

الصادر عام (٢٠٠١) نجد أن المادة (٣٠) منه نصت على: "وجوب الكف عن الفعل غير المشروع من جانب الدولة المسئولة، وتقديم التأكيدات والضمادات الملائمة بعدم التكرار" (١).

ما سبق يرى الباحث أن مثل هذه الإجراءات تعتبر حماية أكثر للبيئة؛ كونها تعتبر إجراءات وقائية، ويفضل القضاء الفرنسي أن يلزم المستغل باتباعها. وعند تحقق الفعل الضار، فيوجد العديد من الوسائل الواجب اتباعها بهدف منع تحقق الضرر أو منع تفاقمه، والتي تسمى بوسائل الحماية.

وتماشياً مع اتفاقية مجلس أوروبا الصادرة عام (١٩٩٣) التي تختص بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن ممارسة الأنشطة الخطرة التي تضر بالبيئة، فقد تم منح الحق لبعض التجمعات المتخصصة في قضايا الطلبات القضائية بمنع ممارسة النشاط غير المشروع والذي يشكل تهديداً فعلياً للبيئة، كما يحق لها أن تطلب من القاضي بأن يأمر مستغل المنشأة بضرورة اتخاذ كافة الاحتياطات والوسائل الكفيلة لمنع تكرار أي عمل قد يتربّ عليه حدوث ضرر للبيئة. (٢)

٢- إعادة الحال إلى ما كان عليه: إن صدور الحكم بوقف مصدر الضرر يتطلب بأن يكون مصحوباً في معظم الأحيان بتقدير يوجب فيه إعادة الحال لما كان عليه قبل وقوع الضرر، حيث أن إعادة الحال إلى ما كان عليه أو كما يطلق عليه مصطلح الرد هو يكون الأصل في التعويض، وطالما كانت متوفراً أعادة الوضع إلى ما هو عليه فإنه لا يمكن العدول عنه لصالح التعويض المالي، كون اعتبار التعويض العيني هو واجب ومفروض على عاتق الدولة المسئولة، وفي ذلك أكدت العديد من التشريعات والنصوص والأحكام القضائية الدولية، وفي ذلك نصت المادة (٨/٢) من اتفاقية مجلس أوروبا الصادرة عام ١٩٩٣ والتي تتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي نتجت عن ممارسة أنشطة خطرة على البيئة كتعويض عيني عنها، من خلال توفير كل وسيلة ممكنة هدفها إعادة إصلاح الضرر البيئي، بالإضافة إلى كل الوسائل التي يكون هدفها إنشاء حالة من التعادل إذا كان ممكناً ويمكن تفيذه بالنسبة للعناصر المكونة للبيئة (٣).

وقد عرفت اتفاقية (Lojano) لوجانو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه بالقول: "كل وسيلة معقولة يكون الغرض منها إعادة تهيئة أو إصلاح المكونات البيئية المضروبة، وكذلك الوسائل التي يكون

(1) Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen, International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities, international Review of the Red Cross, 2010, p 86.

(2) الحديثي، صلاح، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، منشورات الحلين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٤٢.

(3) فهمي، خالد، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٧٢.

قصدها إنشاء حالة من التعادل، إذا كان ذلك معقولاً وممكناً بالنسبة للعناصر المكونة للبيئة<sup>(١)</sup>. في حين نصت المادة (٣٥) من مشروع المواد الخاصة بمسؤولية الدول والتي نصت على أنه: "على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بالرد، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً بشرط أن يكون هذا الرد وبقدر ما يكون:

أ- غير مستحيل مادياً.

ب- غير مستتبع لعبء لا يتاسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد بدلاً من التعويض<sup>(٢)</sup>.

وفي ذلك أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مصنع شورزو Chorzow والذي جاء القرار في حكم صادر عام ١٩٢٧ على أنه: "إن إصلاح الضرر يجب أن يمحو بقدر الإمكان كافة الآثار المترتبة عن العمل غير المشروع، ويعيد الحال إلى ما كان عليه..."<sup>(٣)</sup>.

إن المغزى من الحكم في إعادة الحال إلى ما كان عليه كتعويض عيني، يتجلى بوضع المكان الذي تعرض للضرر إلى الحال الذي كان عليه قبل الفعل الضار، وأعادته يتخذ شكلين، الأول هو ترميم واصلاح الوسط البيئي الذي تعرض للضرر، في حين الشكل الثاني يمكن في إنشاء شروط معيشية تتناسب مع الأماكن التي يهددها الخطر.

وفي حالة استحالة ذلك فإن هناك أحد الاقتراحات البديلة، وهو إنشاء مكان آخر تتوفر فيه نفس شروط المعيشة لالمكان المضرور في مكان قريب أو بعيد عن المكان الذي أصابه التلف أو الضرر، وعلى الرغم من أن الحل منطقياً إلا أنه ليس مثالياً، وذلك لانه ليس من الممكن إنشاء مكان مماثل للمكان الذي تم افساده، غير أن العديد من العناصر البيئية تكون غير قابلة للانحلال بشكل كامل وبوسط معاير.<sup>(٤)</sup>

(١) الهريش، فرح، جرائم تلوث البيئة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٦. وفي ذلك أكد القانون الفرنسي الذي صدر عام ١٩٧٥ المتعلق بالمخلفات وطبقاً للمادة (٢٤) منه أعطى للقاضي سلطة الحكم على وجه الازم بأعادة الحال إلى ما كان عليه بالنسبة للأماكن التي لحقها أضرار بسبب مخلفات لم يتم معالجتها وفقاً للشروط المحددة في هذا القانون".

(٢) تونسي، بن عامر، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) الحديثي، صلاح، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٤) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٠١.

وفي حال كان التعويض العيني يكمن في الأضرار العادية، فإن لطبيعة الضرر البيئي وخصوصيته سبباً في طرح العديد من المشاكل والصعوبات المتعلقة بخصوص تعويضه عينياً، إذ أن الأضرار البيئية هي ذات طبيعة انتشارية وفي بعض الأحيان يصعب تداركها والحد منها، وبالتالي فإن إعادة الحال كما كان في السابق يكون في معظم الحالات مستحيلًا على الرغم من النصوص التي أشارت إليه، إذ أن الكارثة البيئية التي خلفتها حرب الخليج على سبيل المثال أثر الغزو العراقي للكويت أكبر دليل على الكارثة الكونية البيئية، وذلك نتيجة إلقاء عشرات الآلاف من الأطنان من البترول في مياه الخليج وتدمير ما يقارب من (٥٠٠) بئر بترولي في الكويت، مما جعل الكويت مقبرة للكثير من الطيور والكائنات البحرية، بالإضافة إلى تدمير الشعب المرجانية، وهنا يطرح التساؤل كيف يمكن إثارة موضوع التعويض العيني بعد أن نتج عن ذلك تسمم البيئة وانقراض العديد من الكائنات فيها؟<sup>(١)</sup>

وفي ذلك نقول أن وضعاً مثل حرب الخليج من المستحيل أن يقوم القاضي بالحكم بالتعويض العيني، فمنهما تم إصلاح الوضع، وتتقية المنطقة فمن المستحيل إرجاعها كما كانت عليه سابقاً، ويقتضي بذلك تجديد كافة مواردها الحيوية، وهو يعتبر استحالة بالمطلق، فضلاً عن الأضرار التي أصابت الفصائل النباتية والحيوانية نتيجة إلقاء المواد السامة وتدفق المواد البترولية في البحر، والقضاء على العديد من الأشجار نتيجة الحرائق التي أدت إلى ظهور نباتات سامة تجعل من عودة النبات الأصلي مستحيلًا، بالإضافة عدم نسيان الأضرار النووية التي ما زالت آثارها موجودة على الرغم من الأضرار التي حصلت والممتدة مكاناً وزماناً، لذلك فإن أغلب القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي المتعلق بالتعويض العيني عن الضرر البيئي انتهت بالاستحالة.<sup>(٢)</sup>

وفي ذلك لجأت العديد من الأحكام القضائية لذلك النوع من إصلاح الضرر، وأعادة الحال إلى ما كانت عليه، وفي ذلك أكدت محكمة العدل العليا الدائمة بحكمها في قضية "مصنع سورزوف" على أن اصلاح الضرر يجب أن يمحو بقدر الإمكان كافة الآثار التي ترتب على العمل غير المشروع.<sup>(٣)</sup>

وفي محاولة لإيجاد حل لهذه المشكلة، أكدت المادة (٨/٢) من اتفاقية مجلس أوروبا "Lugano" على مدى القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه، وفي حال كان إعادة الحال صعباً

(١) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٢) حميدة، جميلة، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٣) موجز الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، م ١ STLEG/SER/F/1 منشورات الأمم المتحدة، ص ٩.

فلا يكون الهدف هو إنشاء تطابق كامل ما بين الوسط البيئي قبل وقوع الضرر، ويمكن في هذه الحالة الاستعانة بالإحصائيات والمعطيات للمكان بهدف وضع مقارنة مقبولة موضع التنفيذ، وفي حال وجود إمكانية بإعادة الوضع على ما هو عليه يتوجب أن لا تزيد تكلفة هذه العملية عن القيمة الفعلية للمكان، وإذا تجاوزت التكاليف لإعادة المكان كما كان عليه، يقوم القاضي باختيار أقل القيمتين تعويضاً.<sup>(١)</sup>

### ثانياً: الترضية

تعتبر الترضية وسيلة إنصاف من خلالها يتم إصلاح الضرر، الذي لا يمكن إزالته عن طريق التعويض العيني كونه غير مادي، ولا يمكن إخضاعها للتعويض المالي لعدم القابلية في تقويمها مادياً، وهي الأضرار الأدبية أو المعنوية والتي قد تكون أشد ضرراً من الأضرار المادية للدولة، وفي ذلك حددت لجنة القانون الدولي صور وشروط الترضية في نص المادة (٣٧) من المشروع المتعلقة بمسؤولية الدول وذلك بالقول: "على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بتقديم ترضية عن الخسارة التي تترتب على هذا الفعل، إذا كان يتذرع إصلاح هذه الخسارة عن طريق الرد أو التعويض".<sup>(٢)</sup> وقد تتخذ الترضية تعبيراً عن الأسف، أو الاعتذار أو أي شكل آخر مناسب، ويتوجب أن لا تكون الترضية لا تتناسب مع الخسارة، ولا يجوز أن تكون مجحفة بحق الدولة المسؤولة.

ما سبق يرى الباحث أنه لا يمكن حصر جميع التصرفات غير المشروعة التي قد تؤدي إلى وقوع أضرار أدبية أو معنوية، فكل ما يمس بسيادة الدولة وهيبتها وكرامتها وحرمة بعثاتها يؤدي لوقوع أضرار أدبية. وهنا تقوم الدولة المضروبة بالطالبية بالترضية الناتجة عن الأفعال غير المشروعة لشخص القانون الدولي، من خلال القنوات الدبلوماسية أو المنظمات الدولية أو باللجوء إلى القضاء الدولي.<sup>(٣)</sup>

(١) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢) اتفاقية لوجانو الصادر عام ١٩٩٣ المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار عن ممارسة الأنشطة الخطرة بالنسبة للبيئة.

(٣) عبدلي، نزار، المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي في إطار النظام القانوني الدولي، بحث مقدمة للملتقى الدولي حول النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي، مخبر للدراسات القانونية البيئية، ٢٠١٣، ص ٩١.

وكما يتتوّع صور الضرر المعنوي فإن صور الترضاية متعددة ومتنوعة، وقد تأخذ شكل الاعتذار الرسمي من جانب الدولة الصادر عنها الفعل غير المشروع دولياً للدولة الواقع عليها الضرر مع إدّاء الأسف والتعهد بعدم تكرار الضرر مره أخرى، أو من خلال إرسال مذكرات دبلوماسية تعرّف فيها بخطئها، أو توّدّد بعثة دبلوماسية تقدّم فيها الاعتذار، وتأخذ الترضاية بشكل تأديبي تتخذه الدولة ضدّ المسؤول عن صدر عنه الفعل غير المشروع.<sup>(١)</sup>

وفي بعض الأحيان، مجرد إعلان القضاء الدولي مسؤولية دولة عن الفعل الضار هو بحد ذاته ترضاية للدولة المتضررة، وفي ذلك أشارت محكمة العدل الدولية في حكم لها صادر في قضية قناة كورفو "Courfou" الصادر بتاريخ ٩ أبريل لعام ١٩٤٩ بالقول: "إن المحكمة توخياً منها لكافلة احترام القانون الدولي الذي هي أداته، يتحتم عليها أن تعلن أن الإجراء الذي اتخذته البحريّة البريطانيّة يشكّل انتهاكاً للسيادة الألبانية، وهذا الإعلان... هو بحد ذاته ترضاية كافية".<sup>(٢)</sup>

كما أصدرت محكمة التحكيم في قضية السفينة "Rainbow Warrior" بين كل من فرنسا ونيوزلندا بتاريخ ٣٠ أبريل لعام ١٩٩٠ حيث تم اغراق السفينة في أحد موانئ نيوزلندا عام ١٩٨٥ من قبل عمالاء تابعين لأجهزة المخابرات الفرنسية، وقد طلبت نيوزلندا من فرنسا اعتذراً رسمياً غير مشروط، بالإضافة إلى دفع ٩ ملايين دولار على سبيل التعويض عن الأضرار التي نتجت عن هذا الفعل، غير أن فرنسا وعلى الرغم من اعترافها بالحادث رفضت دفع التعويض، وتدخل حينها الأمين العام للأمم المتحدة بعد عرض النزاع عليه في إطار اتفاق تحكيمي عام ١٩٨٦، وطالبت فرنسا بتقديم اعتذار رسمي ودفع مبلغ ٧ ملايين دولار، وعرض النزاع على محكمة التحكيم عام ١٩٩٠ وجاء بنص القرار ما يلي: "إن إدانة فرنسا ونشر هذه الإدانة أمام الرأي العام الدولي يشكّل ترضاية مناسبة عن الأضرار المعنوية التي أصابت نيوزلندا".<sup>(٣)</sup>

وفي ذلك جاءت المادة (٣٧/ف) من مشروع المواد التي تتعلق بمسؤولية الدول المعد من قبل لجنة القانون الدولي عام ٢٠٠١، والتي نصت على عدم جواز الترضاية بشكل مذل للدولة المسؤولة، كرد على الاستعمال غير المشروع للاعتذار، كونها كثيراً ما تم افتران هذا الاستعمال بالتعسف، خصوصاً من قبل الدول الكبرى التي استخدمته بهدف إذلال الدول الضعيفة، وقد استخدمت إيطاليا

(١) مسلط المطيري، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) FEJES (Jonas), Scott COLE, Linus HASSELSTOROM: A useful framework for assessing non-market damages from oil spills, Centre for Environmental and Resource Economics, (CERE), Sweden, February 28, p. 208.

(٣) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٣٦.

القوة العسكرية واحتلت شبه جزيرة Courfou كورفو بهدف إجبار اليونان على الاعتذار بقوة السلاح بعد حادثة مقتل "Tellini" عام ١٩٢٣.<sup>(١)</sup>

مما سبق يمكن القول أن الترطبية تعتبر وسيلة ذات طبيعة خاصة فهي لا تتطوّي على إصلاح الضرر أو التعويض، بل تبقى شكلاً من أشكال التعويض، وتهدّف إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه سابقاً، وضمان عدم تكرار الفعل في المستقبل، وهي وسيلة استثنائية بيد الدولة المضروبة بهدف الحصول على شيء مختلف تماماً عن مجرد إصلاح الضرر.

### المطلب الثاني: التعويض المالي

يعرف التعويض المالي على أنه: "دفع المسؤول عن الضرر البيئي مبلغاً معيناً من النقود للمضرور من التلوث البيئي كتعويض عما أصابه من ضرر بيئي"<sup>(٢)</sup>، وهنا تقوم المحكمة بالحكم بالتعويض المادي (النقيدي والغير نقيدي) في بعض الحالات قد يكون التعويض العيني غير كافٍ أو ليس بمتناول اليد أو ليس من الممكن إعادة الوضع الذي كان عليه، وهنا يتوجّب على المتسبّب في وقوع الضرر تقديم تعويض مناسب مالياً يساوي القدر اللازم لإعادة الوضع كما كان عليه، وبعد التعويض المالي من أكثر الصور لتعويض الضرر شيئاً، وفي هذه المطلب سنتناول مسألة تقدير قيمة التعويض المالي وتطور وسائل الضمان المتعلقة به، كما يلي:

### الفرع الأول: تقدير قيمة التعويض

هناك نوعان من الأضرار في هذا الشأن الأول يتمثل بما يعرف بالضرر البيئي، ويشمل التعويض الأضرار المادية سواء من وفيات أو إصابات أو أضرار لحقت بالأملاك والأموال، وفوات الكسب ويتمثل هذا النوع في التلوث البحري، وما قد يصاحبها من إضرار على ممتلكات الدولة ورعاياها، مثل الصيادين وتضرر مركباتهم أو معدات الصيد الناتجة عن تضرر البيئة البحرية، وهو ما منعهم من الصيد بالمناطق التي تضررت بالتلوث مما فوت عليهم أرباحاً كانوا سيجذونها لولا حدوث الضرر، فضلاً عن الخسائر التي يتکبدونها نتيجة التدابير الوقائية لحصر الضرر وعدم انتشاره وتکلفة إعادة الترميم والتأهيل التي تتخذها الدولة التي تعرضت للضرر في سبيل منع انتشاره

(١) حميدة، جميلة، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) سرمد، علي عبد، التعويض عن الضرر البيئي ودور التأمين في جبر الضرر، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ٢٠١٨، ص ٩٢.

لباقي الإقليم، وهنا لا يوجد مشكلة في تقدير التعويض عن مثل هذه النوع من الأضرار نظراً ل تعرض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لهذه المسألة بالتفصيل<sup>(١)</sup>.

في حين النوع الآخر من الأضرار والذي يصيب البيئة في حد ذاتها مثل تلوث البحر والهواء والتربة وغيرها من الأوساط البيئية الناتج عن الملوثات الصناعية أو حتى الطبيعية والذي يسمى بالضرر البيئي الخالص أو الضرر الإيكولوجي، وهذا النوع من الضرر من الصعب تقدير التعويض عنه لأسباب خاصة بالعناصر البيئية ذاتها أو لعدم القدرة في تحديد قيمتها الجمالية، وكذلك الحال بالنسبة للكائنات الحية التي تعيش بالغابة وقيمتها الطبيعية.<sup>(٢)</sup>

أما فيما يتعلق بمبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناتج، فإن الفقه ينتقد بعض المحاكم للتعويض الرمزي عن تلك الأضرار، إذ أن إنكار التعويض النقيدي هو إنكار للعدالة، والتعويض النقيدي عن الضرر البيئي في النادر ما يكون تعويضاً كاملاً نظراً لخصوصية النشاط، وما يمكن أن يترتب عليه من تكاليف يصعب تحملها، لذا فإن مثل تلك الأحكام لا تقييم وزناً لخصوصية المتعلقة بالضرر البيئي الذي يعتبر في ذات الوقت إخلال للتوازن الطبيعي لعناصر البيئة.<sup>(٣)</sup>

وعلى الرغم من صعوبة تقدير التعويض عن الأضرار الإيكولوجية، إلا أن معظم الفقه أقر بوجوب التعويض، لعدة اعتبارات من بينها أنه في حالة عدم التعويض فإن ذلك سيسمح في تدهور البيئة على نطاق واسع، ويشجع الملوثين على التمادي بنشاطهم دون ردع، بالإضافة إلى عدم إعادة الوضع كما كان في السابق، وعدم تعويضه بشكل نقيدي يشكل تهديد خطيراً للبيئة، وبهذا باختفاء العناصر الطبيعية التي أصابها التلوث<sup>(٤)</sup>.

ولقد اقترح الفقه وجرى عمل القضاء الحديث على تقدير التعويض للأضرار البيئية بعدة طرق، ومن أهمها التقدير الموحد والجزافي للضرر البيئي، وفيما يلي عرض لتلك الأنواع:

(١) طراف، عامر، التلوث البيئي والعلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١ ص ٧٤.

(٢) الحديثي، صلاح، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣) الطويل، أنور، التعويض النقيدي عن الأضرار البيئية المحضة، مجلة الكلية المحكمة، كلية الحقوق، جامعة المنصور، العدد (٣)، ٢٠١٢، ص ٢١٧.

(٤) الحافظ، معمر، اتفاقية بازل ودورها من حماية البيئة من التلوث بالنفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

## الفرع الأول: التقدير الموحد للضرر البيئي

يعتبر التعويض عن الأضرار البيئية من المسائل الدقيقة، وذلك لخصوصية الضرر البيئي وبشكل خاص إذا كان من الصعب إعادة الحال لما كان عليه، حيث أنه في هذه الحالة ليس أمام القاضي سوى اللجوء للتعويض النقدي، وتكون المشكلة في التعويض البيئي بأنها تشمل كافة الأضرار الحاصلة للمود الطبيعية، والمبالغ الالزامية لصلاح ما تم إتلافه وخسارته نتيجة الاستخدام غير العقلي، بالإضافة للمصروفات الالزامية لتقدير هذه الأضرار وتنفيذها لاستعادة المصادر الطبيعية المختلفة واحتياطها واستبدالها واكتساب مصادر أخرى بديلة للموارد التي تضررت<sup>(١)</sup>.

في هذا النوع من التقدير يتطلب توفر تقييم يراعي فيها التكاليف المطلوبة، حيث يمكن المضرور من إعادة الحال لما كان عليه قبل الضرر، بمعنى قيامه على أساس حساب التكاليف لإحلال الضرر الذي لحق بالثروة الطبيعية، وفي حال كان حجم التلف لا يمكن إصلاحه، فإننا هنا لا يمكن من تطبيق هذه الطريقة<sup>(٢)</sup>.

وإذا افترضنا أن غابة تعرضت لضرر بيئي أدى لهلاك الأشجار، فهنا يلزم تهيئة أرض الغابة لإعادة زراعة الأشجار التي تعرضت للتلف، وتقدير قيمة العناية بها لإرجاعها كما كانت قبل التلوث، والمبالغ التي يتم صرفها لهذا الغرض يطلق عليها تكاليف الإحلال، والمشكلة هنا لا تكمن في طريقة حساب تكاليف الإحلال بل في حساب تكاليف إعادة الإحلال<sup>(٣)</sup>.

إن الصعوبة في التقدير الموحد يكمن في اعتماد معيار التقدير لقيمة العنصر الذي تضرر أو تلف، وهنا تتعدد وتنتبأ المعايير، لذلك يقرر البعض بعد عدم وجود طريقة بحد ذاتها يمكن الوثوق بها والاعتماد عليها بشكل كبير لتقدير التعويضات عن الضرر البيئي.

ونظرً لتلك الصعوبة في إعطاء قيمة نقدية تجارية للعنصر الطبيعي، يرى البعض بإمكانية وضع قيمة شبه فعلية عن طريق معرفة أسعار السوق لبعض العناصر البيئية والخصائص المشابهة لتلك العناصر التي أصابها الضرر، والذي يسترشد بها القضاء عند تقيير التعويض<sup>(٤)</sup>

(١) سرمد، علي عبد، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) حميدة، جميلة، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٤) الخضر، زازه، مرجع سابق، ص ١٤١.

وهناك العديد من الأساليب التي يتم فيها تقدير القيمة النقدية للثروات الطبيعية وكما يلي:

١- حساب القيمة السوقية للعنصر: وهذه الطريقة يتضمن أسلوبين وكما يلي<sup>(١)</sup>:

أ- قيمة الاستعمال الفعلي لها: وهذا الأسلوب يعتمد على تقييم العنصر الطبيعي وما قيمة الاستعمال الفعلي للعنصر، كما تتضمن المنفعة التي يقدمها للإنسان، والمبنية على أساس سعر المتعة المؤسس عليها العقار.

ب- قيمة الاستعمال المستقبلي: وهذا الأسلوب مبني على الاستعمال الذي قد يقوم عليه العنصر في المستقبل، وليس على الاستعمال الفعلي له.

٢- حساب القيمة غير السوقية للعنصر الطبيعي: وهذه الطريقة تقوم على أساس قياس الفرق ما بين الحد الأدنى بالقبول وبالحد الأقصى في الدفع عند مجتمع العنصر المفقود مقدراً بالنقد<sup>(٢)</sup>.

٣- وتعرضت هذه الطريقة للنقد كونها تعتمد على استكشاف ما هو الأفضل للجمهور، وهنا يوجد اختلاف بين الأفراد في الرغبات التي تتعلق بالمميزات الطبيعية، مثل قيمة البحر أو الصيد أو الاستمتاع بالحياة البرية، لذا فإن القياس النقيدي لمثل هذه الأشياء غير متوازن وغير مننظم.<sup>(٣)</sup>

٤- حساب القيمة المكافأة: وهذه الطريقة يتم حساب تأثير فقدان العنصر على التوازن البيئي والمجتمعي، وما هي قيمة الخسارة الناتجة عن هذا فقد على المستوى البيئي والاقتصادي، وأن قيمة الفائدة للعنصر هي الواجب تحقيقها عن طريق قيمة التعويض، واستعادة العنصر الذي فقد أو تضرر وهذه الطريقة اعتمدتها الوكالة الوطنية للمحيطات في أمريكا عام ١٩٩٥<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني: التقدير الجزافي للتعويض:

بموجب التقدير الجزافي يتم تحديد قيمة الضرر من خلال جداول تحدد قيمة العنصر المتأثر بشكل مسبق، ويتم تقديره وفق معطيات علمية وضعت من قبل خبراء مختصين ب المجال البيئية<sup>(٥)</sup> وتعده القضاء الفرنسي هذه الطريقة، ومن مزايا هذه الطريقة أنه يتم تعويض أي ضرر بيئي، ما دام كل عنصر قد تم وضع تقدير له مسبق عند التلف أو التعرض للضرر، بالإضافة إلى أن هذه الطريقة

(١) سعيد، قنديل، مرجع سابق، ص ٤٠.

(2) W. Douglas and Marta Wlodarz: Ecosystems Ecological Restoration and Economics, prev. art. p. 4.

(٣) الحديثي، صلاح، مرجع سابق، ص ١١٦.

(4) National Oceanographic and Atmospheric Agency "NOAA" 1995.

(٥) القنديل، سعيد، آليات تعويض الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٦٢.

تدين المتسبب بالضرر، كون عدم إدانته يعد عملاً مشروعاً<sup>(١)</sup>. وذهب الكثير من الوحدات الإدارية في فرنسا بوضع جداول تحدد فيها أثمان كل عنصر من عناصر الطبيعة، يتم فرضها على المتسبب في الضرر البيئي، وقامت مدينة مارسيليا على سبيل المثال بوضع جدول تقديرى يسمح بتقدير قيمة الأشجار التي تم تدميرها بالنظر لعمر وندرة الشجرة بالإضافة إلى مكان وجودها، وأن أي شجرة يتم إتلافها فإن الفاعل يتم إلزامه بزراعة عدد من الأشجار تعادل الوحدات المتلفة بمعدل يصل في بعض الأحيان إلى (٢٥٠) شجرة مقابل كل شجرة تم إتلافها، ويرجع سبب اعتماد هذه الطريقة لأنه من الصعب تحديد قيمة الشجرة الحقيقة خصوصاً إذا كانت نادرة.

لذلك كان لا بد من وجود جدول يحدد ثمن كل نوع يتم إتلافه حتى يتم تقدير التعويض المناسب، ومثل هذا الجدول مطبق في كل من إسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية، ففي إسبانيا مثلاً تم اعتماد جداول تقديرية للتعويض عن الإتلاف، ومنذ عام ١٩٦٨ تم تحديد ثمن لكل جنس مهدد بالانقراض بمبلغ وقدره (١٥٠.٠٠٠ بيزيتا) لكل قمة من نوع شيخ البحر و(١٠.٠٠٠ بيزيتا) لكل صقر<sup>(٢)</sup>.

وفي عام ١٩٩٠ طبقت إحدى المحاكم الفرنسية التعويض الجزافي، فقد قامت بفرض تعويض على مستثمر في مجال اللحوم بمبلغ (فرنك واحد) عن كل كيلو غرام من المواد الدهنية التي تم رميها بطريقة غير شرعية، و(فرنك واحد) عن كل وحدة من الفسفور والأوزون المنتشر في المنطقة أكثر من الحد المسموح به.<sup>(٣)</sup>

ومن الجدير بالذكر بأن هذه الطريقة لم تسلم من النقد، إذ أنه في بعض الحالات التي يتم فيها تلف العنصر الطبيعي بشكل كامل، يكون من الصعب جداً معرفة الحالة التي كان عليها العنصر قبل الإتلاف، أما في حالة الإتلاف الجزئي، ويكون من الصعب معرفة مدى قدرة الطبيعة على تجديد نفسها، على الرغم من أن البعض يرى بأن الطبيعة قادرة على تجديد التلف، وهنا نفع في إشكالية على أي أساس يتم التعويض على أساس قدرة الطبيعة في تجديد نفسها، وفي حال لم تستطع الطبيعة

(١) طارق، عجيل، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) ياسين، يحيى وجاد، خالد، الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٦، ص ٥٥.

(3) T.G.I de pontivy-15 Mai 1990-cite par: Martine Friant -op-cit-p.45 K

من تجديد نفسها، فنفع في إشكالية تفويت الفرصة على المتضرر منأخذ التعويض الكافي عن الأضرار التي لحقت به<sup>(١)</sup>.

لذلك يرى الباحث ضرورة اعتماد التعويض الكامل عن الأضرار كافة وخصوصاً أنه يتتوفر جداول تحدد القيم لكل عنصر قد اختلف. كما يتفق الباحث مع وجهة النظر التي ترى بأخذ التقديرات على أساس الجداول لقيمة الحقيقة وطبيعة العنصر البيئي وليس على أساس القيمة الاقتصادية واعتباره سلعة إشباعية، حيث أن تلف العنصر الطبيعي لا يعني فقط خسارة اقتصادية بل هي خسارة بيئية كان لها دور في سلامة النظام البيئي، وفي حال كان من الصعب استعادة العناصر لما كانت عليه بالسابق، هنا يكون من الواجب التقدير النقدي، حيث أن عدم التقدير النقدي لن يسهم في استعادتها، كما أن التعويض النقدي يعتبر غرامة ورداً للغير.

وفي هذا المقام يرى الباحث بضرورة أن يتم وضع جداول القيم من قبل متخصصين، فنظام الجداول في بعض الأحيان يكون غير فعال نتيجة خصوصية كل حالة من حالات الاعتداء على العنصر الطبيعي، كون أن تقدير الجداول بشكل إجباري لن يجد القبول فكل عنصر طبيعي له قيمة معينة من حيث الزمان أو المكان، لهذا يتوجب وضع كل حالة من حالات التعويض بمكانها الخاص، ويمكن الاستعانة بالجداول المعدة مسبقاً كوسيلة استرشادية، يمكن للقاضي أن يستعين بها عند تقاديره للتعويض.

#### الخاتمة:

إن موضوع المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية والتعويض العادل عنه، هو موضوع في غاية الدقة ومتعدد، والبحث فيه لم يكن بالأمر الهين، نتيجة التطور اللا معقول في المجال التكنولوجي والعلمي، بالإضافة إلى البحوث والدراسات والاتجاهات الفقهية حول المشاكل التي تعاني منها، وكانت إشكالية البحث تتمحور حول معرفة الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الدولية وأحكامها بهدف الوقوف على السياسة الأصوب والأفضل لمواجهة الإضرار بالبيئة.

(١) زيد، ابتهال، التعويض عن الضرر البيئي، مركز دراسات الكوفة: الدراسات القانونية والإدارية، بغداد، ٢٠١٦، ص ٦٧.

النتائج:

توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج من أبرزها:

أولاً: يمتاز أهمية نظام المسؤولية عن الضرر البيئي نتيجة حداة المشكلات وحداثة الاهتمام، وتمثل أنواع المسؤولية البيئية بعدة خصائص وجوانب، وبشكل أدق حول العوائق والمصاعب التي تقف عقبة أمام حصول المتضرر على التعويض اللازم لجبر الضرر الذي لحق به، مما ترتب عليها عدم صلاحية تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية في المجال البيئي.

ثانياً: تبين أن للمسؤولية الدولية عدة أسس ظهرت خلال عدة مراحل لتسفر أخيراً على نظرية الخطأ والفعل غير المشروع دولياً التي تقوم على أساس ضرورة أن يكون الفعل متعمداً لنشوء المسؤولية الدولية، ومبدأ عدم استعمال التعسف وحسن الجوار، ولا يمكن أن تكون أي من تلك الأسس المسؤولة عن المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي وحده، فضلاً عما يتحققه من عدالة تتمثل في تعويض المضرور.

ثالثاً: في ظل مجتمع دولي مهدد بالمخاطر والإضرار بالبيئة، فإن تقييم المشروعات يتوجب تقييمها قبل قيام أنشطتها ومعرفتها وآثارها الضارة على البيئة، بهدف وضع قواعد ووسائل تسعى لمنعها، أو التقليل من أضرارها، وعلى ضوء عملية التقييم يمكن اتخاذ القرار المناسب بخصوصها، سواء بإبرام معاهدات تحظر هذه الأنشطة أو تحظر الفعل الماس بالبيئة.

رابعاً: يترتب على تقرير المسؤولية عن الضرر البيئي التزام بالتعويض على من كان سبباً في وقوعه وهو يعتبر وسيلة لإصلاح الضرر، وليس محو آثاره بشكل كامل ونهائي، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر على اعتباره الصورة الأصلية للتعويض، بالإضافة إلى الترضية التي تهدف إلى جبر الضرر المعنوي للطرف المتضرر.

خامساً: عندما يقرر القاضي بالتعويض عن الضرر البيئي فإنه يكون مقيداً بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية مع مراعاة خصوصية الأضرار، وليس الصعوبة في التعويض عن الأضرار المادية التي تلحق في الأشخاص أو الممتلكات، بل الصعوبة تكمن في التعويض عن الضرر البيئي المحيض، خصوصاً إذا تعلق الأمر بالتقدير النقيدي لذك الأضرار.

الوصيات:

وبناء على ما توصلت الدراسة إليه من نتائج بهدف سد التغرات القانونية التي تعترى نظام المسؤولية الدولية لضرر البيئي، فإن الدراسة توصي بما يلى:

أولاً: ضرورة وضع إجراءات وآليات متقدمة تكون مهمتها تقييم الأثر البيئي للنشاطات التي تلحق الضرر بالبيئة عبر الحدود.

ثانياً: ضرورة إلزام الدول بعدم التصريح أو الموافقة على أي ترخيص مباشر لأي نشاط ذي أنشطة بيئية ضارة وعابرة للحدود، إلا بعد القيام بدراسة مستفيضة وتقييم آثارها.

ثالثاً: دعم المجتمع الدولي لكافية الاتفاقيات التي تتعلق بحماية البيئة، وضرورة فرض رقابة حقيقة دولية تهدف للتأكد من مدى التزام كل شخص، حسب وضعه الدولي بأحكام هذه الاتفاقيات، مع ضرورة إنطاج تلك المهمة لمنظمة دولية خاصة.

رابعاً: ندعو المشرع بضرورة تعليم التأمين الإجباري على الأنشطة الخطرة لتغطية المخاطر المحتملة نتيجة تلك الأنشطة في مجال التلوث البيئي.

خامساً: ضرورة تطوير قواعد المسؤولية الدولية لتسجيف لطبيعة الضرر البيئي وعدم التمسك بالقواعد التقليدية النظرية للمسؤولية سواء كان مفهوم العلاقة السببية بينهما أم الفعل المسبب للضرر.

سادساً: ضرورة العمل على صياغة اتفاقية بشأن المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية بشكل خاص، تكون أحكامها شاملة لجميع الصور المتعلقة بالأضرار البيئية ومصادرها، على أن تكون دقيقة التعامل مع الكوارث البيئية كافة ومعالجة آثارها.

## المراجع

سعيد الفنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

اتفاقية لوجانو الصادر عام ١٩٩٣ المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار عن ممارسة الأنشطة الخطرة بالنسبة للبيئة.

امبارك، علواني، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، ٢٠١٧.

تونسي، بن عامر، المسؤولية الدولية، العمل غير المشروع كأساس لمسؤولية الدولة دولياً، منشورات حلب، الجزائر، ١٩٩٥.

الحافظ، معمر، اتفاقية بازل ودورها من حماية البيئة من التلوث بالنفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

الحافظ، معمر، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

الحديشي، صلاح، النظام القانوني الدولي لحماية البيئة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

حمودة، ليلى، المسؤولية الدولية في قانو الفضاء، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٩.

حميدة، جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدانية للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١١.

الحوراني، عبدالمعطي، المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة في القوانين الأردنية والمواثيق الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، ٢٠١٤.

الخضر، زازه، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠١١.

زناتي، عصام، مفهوم الضرر في دعوى المسؤولية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧.

زيد، ابتهال، التعويض عن الضرر البيئي، مركز دراسات الكوفة: الدراسات القانونية والإدارية، بغداد، ٢٠١٦.

السعادي، عياش، حماية البيئة البحرية من التلوث ومشكلة التلوث في الخليج العربي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

سرمد، علي عبد، التعويض عن الضرر البيئي ودور التأمين في جبر الضرر، اطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ٢٠١٨، ص ٩٢.

سعيد قنديل، آليات تعويض الإضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

سعيد، أحمد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

الشعاوي، صباح، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠١٠.

الصالب، عبدالوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣.

طارق، عجيل، معايير تقدير التعويض النافي عن الأضرار البيئية، مجلة بابل، العراق، ٢٠١٦.

طراف، عامر، التلوث البيئي وال العلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١.

الطوويل، أنور، التعويض النافي عن الأضرار البيئة المحضة، مجلة الكلية المحكمة، كلية الحقوق، جامعة المنصور، العدد (٣)، ٢٠١٢.

عبدلي، نزار، المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي في إطار النظام القانوني الدولي، بحث مقدمة للملتقى الدولي حول النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي، مخبر للدراسات القانونية البيئية، ٢٠١٣.

عطا سعد الحواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

الفاضلي، سجي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن - دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.

فهمي، خالد، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

الكردي، جمال، المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه بشأن دعاوى المسؤولية والتعويض عن مضار التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

التعويض العادل للضرر البيئي عن الأفعال غير المشروعة دولياً وأساس المسؤولية المدنية عنها

د. نواف موسى مسلم الزيدان

مسلط المطيري، المسؤلية عن الأضرار البيئية ومدى قابليتها للتأمين، أطروحة دكتوراة، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٧.

معلم، يوسف، المسؤلية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي، اطروحة دكتوراة غير منشورة،  
جامعة منتوري- قسنطينه، الزائر، ٢٠١٦.

نصر الله، سناء، الحماية القانونية للبيئة من التلوث في ضوء القانون الدولي الإنساني، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة باجي مختار، الجزائر، ٢٠١٧.

هاندل، غونتر، إعلان مؤتمر الأمم المتحدة بشأن البيئة البشرية (إعلان استكهولم ١٩٧٢) وإعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، ١٩٩٢، منشورات الأمم المتحدة، ٢٠١٢.

الهريش، فرح، جرائم تلوث البيئة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٦.

الهياجنة، عبدالناصر زيد، القانون البيئي - النظريات العامة للقانون البيئي مع شرح التشريعات  
البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.

ياسر المنياوي، المسئولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

ياسين، يحيى وجاد، خالد، الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٦.

مجاجي، منصور، المدلول العلمي والمفهوم القانوني للنثول البيئي، مجلة الفكر، كلية الحقوق  
والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد (٥).

ماد الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

## موجز الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١م STLEG/SER/F/1

T.G.I de pontivy-15 Mai 1990-cite par: Martine Friant -op-cit-p.45 K National Oceanographic and Atmospheric Agency "NOAA"1995.

W. Douglas and Marta Włodarz: Ecosystems Ecological Restoration and Economics, prev. art. p.4.

FEJES (Jonas), Scott COLE, Linus HASSELSTOROM: A useful framework for assessing non-market damages from oil spills, Centre for Environmental and Resource Economics, (CERE), Sweden, February 28, p. 208.

Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen, International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities, international Review of the Red Cross, 2010.

Silja Voňeky, 'A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage', in Review of European Community & International Environmental Law, Vol. 9, No. 1, 2000, pp. 20–22.

Nuclear tests case, Australia, France, Application by Fiji for permission to intervene, order of 20 December, 1974, I.C.I, Reports



## قصة ملكيتين: مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاومة المادية في التشريعين الأردني والفرنسي

د. سهيل هيثم حدادين \*

"محمد أمين" قاسم الناصر

تاریخ القبول: ٦/١١/٢٠١٩ م.

تاریخ تقديم البحث: ٥/١٢/٢٠١٩ م.

### ملخص

إن تاريخ حق المؤلف هو تاريخ صراع ما بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للدعاومة المادية، وما يحكم العلاقة بين هاتين الملكيتين مبدأ استقلال كل واحدة منها عن الأخرى. وقد تطور هذا المبدأ تاريخياً في النظام القانوني الفرنسي، وكان هذا التطور من بين الأسباب التي أدت إلى نشوء نظرية الحق الأدبي للمؤلف في فرنسا. تجادل هذه الدراسة أن وجود المصنف في التشريع الأردني وجود حكمي من خلق القانون، الأمر الذي من شأنه أن يُنزع المصنف عن كل ما هو مادي؛ وهذا هو الأساس النظري الذي يقوم عليه مبدأ الفصل بين المصنف ودعامته المادية. إلا أن هذا الفصل بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للدعاومة يستوجب رسم حدود كل ملكية بمواجهة الأخرى، دون تغليب ملكيةٍ على الأخرى. لذلك فإن السيطرة الفعلية على الدعاومة المادية والاستثمار بها التي يمنحها حق الملكية العينية ومنع أيٍ كان ولو كان مؤلف المصنف نفسه من الوصول المادي إلى المصنف يمكن معالجته من خلال نظرية إساءة استعمال الحق التي كرسها القانون المدني. هذا من جانب ومن جانب آخر خلصت هذه الدراسة أيضاً إلى أن الملكية العينية لا يمكن أن تمتد لتشمل صورة المال لتعارض ذلك مع مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاومة.

**الكلمات الدالة:** الدعاومة المادية، الحقوق الأدبية، صورة المال، المصنف.

\* كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **A tale of Two Properties: The Principle of Independence of the Intellectual Property of the Work from the Corporeal Property of the Material Object in the Jordanian and French Legislations**

**Dr. Suhail H Haddadin**

**Mohammad Amin Naser**

### **Abstract**

The history of author's right is a history between the intellectual property of the work and the corporeal property of the material support, what governs the relation between these two properties is the principle of independence of each of them from the other. This principle has evolved in the French legal system, such evolvement was amongst the reasons which led to the creation of the author's moral right in France. This study argues that the existence of the work under the Jordanian legislation is an artificial creation by the law, which requires excluding any corporeal aspect from the work; i.e. separating between the work and its material support. This separation between the intellectual property of the work and the corporeal property of the support requires drawing the limites of each property regarding the other without preferring one over the other. Thus, the actual control over the support and the right to exclude the others from it which is one of the attribute of the corporeal property can be handeled through the theory of abuse of rights that is consecrated by the Civil Law. On the other hand, this study has concluded that the corporeal property may not extended to include the image of the chattel because this will put in peril the principle of independence of the intellectual property of the work from the corporeal property of the support.

**Keywords:** Material object, Author's moral rights, the image of the chattel, the work.

بدأت القصة قبل ألفي عام، عندما ثار نقاش قانوني مشهور بين مدرستين قانونيتين فلسفيتين هما المدرسة السابينية (Sabinians) والمدرسة البروكوليانية (Proculians).<sup>(١)</sup> فحوى هذا النقاش دار حول معضلة قانونية تُخفي في طياتها خلافاً فلسفياً قديماً. فإذا حول أحد مادة لا يملكها فيصيّرها صنفاً آخر فمن هو الأحق بالملكية مالك المادة الأصلي أو من غير هيئتها بالعمل عليها؟ فلو قام نحّاتٌ بتحت تمثالٍ من حديد، وهذا الحديد كان يملّكه شخصٌ آخر فلمن تؤول ملكية التمثال؟ السابينيون المتأثرون بالفلسفة الرواقية (Stoicism)، أعطوا الحق بالملكية للملك الأصلي كون قيمة الشيء في مادته المكونة له، بينما البروكوليون المتأثرون بأرسطو (Aristotle) الذي يرى أن ما يعطي الشيء قيمته شكله، أعطوا الحق بالملكية لمن غير الشيء على اعتبار أن عمله قد أعطى الشيء قيمة.<sup>(٢)</sup> هذا النقاش الذي طال وتشعّب كان سبباً في تشكيل نواة لصياغة جزءٍ مهمٍ من بعض القواعد الفقهية الرومانية التي تم جمعها لاحقاً في القرن السادس للميلاد بما أصبح يعرف بمدونة جوستينيان.<sup>(٣)</sup>

المدونة من جانبها اعتمدت رأياً وسطاً، حاصله أن الشيء الجديد إذا أمكن إعادته إلى شكل المادة الأولى كان لمالك المادة، وإلا كان لمحولها.<sup>(٤)</sup> بالطبع فإن هذا الرأي يتجاهل في مضمونه حقوق الملكية الفكرية، ومرد ذلك أن الرومان لم يعرفوا هذا الفرع الحديث جداً من فروع القانون، وهذه نقطة يكاد أن يجمع الفقهاء عليها.<sup>(٥)</sup> بالنسبة للقانون الروماني فإن الملكية لا تقوم إلا على الأشياء المادية.<sup>(٦)</sup> فنجد مثلاً في مدونة جوستينيان في القاعدة ٣٣ من الكتاب الثاني، الباب الأول،

(١) انظر مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ترجمة عبدالعزيز فهمي، دار الكتاب المصري، القاهرة الطبعة الأولى (١٩٤٦)، ص ٦٣، هامش ١: "السابينيون فقهاء مذهب أهل المأثور والرواية، والبروكوليون فقهاء مذهب أهل الرأي والدراءة".

(٢) Pierre-Yves Gautier, *L'accession mobilière en matière d'oeuvre de l'esprit: vers une nouvelle querelle de Proculéien et des Sabiniens*, D. 1988, chron., p.152.

(٣) انظر مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص ٦٣.  
(٤) المرجع السابق.

(٥) Marie-Claude Dock, *Genèse et évolution de la propriété littéraire*, RIDA n° 79, (n° spécial Histoire internationale du droit d'auteur – Des origins à nos jours), janv. 1974, p. 127 ; Laurent Pfister, *L'auteur, propriétaire de son oeuvre? La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, Thèse Strasbourg, 1999 p.20 ; Frédéric Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, PUAM 2004, sp. pp. 313 ; Bernard Edelman, *L'"image" d'une oeuvre de l'esprit tombée clans le domaine public*, D. 2001, p. 770.

(٦) Marie-Claude Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ Paris, 1962, p. 9.

تحت عنوان (في أقسام الأشياء وصفاتها)، أنه لو قام أحدهم بكتابه قصيدة أو قصة أو مقالة بقسطاسٍ مملوكٍ للغير تعدُّ القصيدة أو المقالة ملحقةٌ بالقسطاس المخطوطٍ فيه "[...]" ولو كتب بماء الذهب "[...]"<sup>(١)</sup> فأحرف الكتابة شأنها شأن البناء أو الغرس في تبعيتهما للأرض، لذلك نجد في المدونة أنه "[...]" لو كتب تيتوس قصيدة في قسطاس أو رقٍ مملوكٍ لك أنت، أو كتب في أيهما قصة أو مقالاً، كان كل ذلك لك.<sup>(٢)</sup> هكذا حكم الفقه الروماني على الملكية الفكرية - التي لم يُعرف بها - بأن تتبع الملكية العينية، فهو لم ير بالقسطاس أو الورق سوى الشيء المادي الذي احتوى بالاتصال النص المكتوب ولم يستوعب وجود الشيء المعنوي الذي هو القصيدة أو المقال.<sup>(٣)</sup>

بعد مضي أكثر من ألفي عام على هذا الناقش، جاء قانون حق المؤلف ووضع قاعدة مهمةً في هذا الفرع من فروع القانون، ألا وهي استقلالية الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للداعمة المادية لهذا المصنف. هذا يعني أن جواب حق المؤلف على سؤال الناقش بين السابينيين والبروكوليانين هو الآتي: يبقى لمالك الحديد ملكية الحديد، أما النحات فيكون له ملكية فكرية مستقلة محلها المنحوته أو المصنف الذهني الذي أبدعه النحات. هذا الجواب ما كان ليخطر على بال أيٍّ من طرف الناقش لسببٍ بسيط هو أن الملكية الفكرية لم تكن معروفةً قبل ألفي عام. لذلك يرى الفقه أن مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للداعمة المادية للمصنف من أهم الركائز التي يقوم عليها هذا الفرع من فروع القانون.<sup>(٤)</sup>

عَبَرَ المشرع الأردني من جانبه عن هذا المبدأ بنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ على النحو الآتي:

(١) انظر مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر نص المادة ١١٤٥ من القانون المدني الأردني والتي تنص:  
"الاتصال بالمنقول:

إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما".

(4) Jane C. Ginsburg, Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une oeuvre d'art : étude de droit comparé, RID camp. 1994, p. 811 ; Christophe Geiger, La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ? (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2004), RLDI n° 6, juin 2005, p. 6 ; Béatrice Gleize, La protection de l'image des biens, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Thèses, Doctorat et Notariat, t. 33, 2008, n° 104, p. 72.

إن نقل ملكية النسخة الأصلية من مصنف أو نسخه وحيدة أو عدة نسخ منه إلى الغير لا يتضمن نقل حق المؤلف على هذا المصنف إلى ذلك الغير ولا يكون ملزماً بتمكين المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها مالم يتم الاتفاق على غير ذلك.<sup>(١)</sup>

ولهذا المبدأ في التشريع الفرنسي المقارن أهمية كبيرة كما ستبيّنه هذه الدراسة ترجع إلى كونه تاريخياً من الأسباب الرئيسية التي أدت إلى تكوين نظرية الحقوق الأدبية للمؤلف في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين في فرنسا.<sup>(٢)</sup> هذا يفسر خصوصية هذا المبدأ لدى الفقه الفرنسي الذي عني كثيراً بدراسته، ويفسر كذلك ثراء الاجتهادات القضائية الفرنسية التي تعالج الجوانب العملية لهذا المبدأ. بالإضافة إلى ذلك فإن ما يبرر مقارنة التشريع الأردني بالتشريع الفرنسي هو الأصل التاريخي للتشريع الأردني، فقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة شأنه شأن الكثير

(١) قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المنشور في العدد ٣٨٢١ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٦٨٤ وال الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٣/١٩ والسايри بتاريخ ١٩٩٢/٤/١٦، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ١٤ لسنة ١٩٩٨ المنشور في العدد ٤٣٠٤ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٧٣٧ وال الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٩/١ والسايри بتاريخ ١٩٩٨/١٠/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٩ المنشور في العدد ٤٣٨٣ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٧٠٠ وال الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٩/١١ والسايри بتاريخ ١٩٩٩/١١/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المؤقت المعدل رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٤٥٠٨ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٤٢٥٢ وال الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٥ والسايри بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/٣١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المؤقت المعدل رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٢ المنشور في العدد ٤٦٠٦ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٣٣٤ وال الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٢، والسايри بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٦، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في العدد ٤٦٣٤ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٦٤٩٨ وال الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣٠، والسايри بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٩ لسنة ٢٠٠٥ المنشور في العدد ٤٧٠٢ من الجريدة الرسمية على الصفحة ١١٠١ وال الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢١، والسايри بتاريخ ٢٠٠٣-٢٠٠٥، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٨ لسنة ٢٠٠٥ المنشور في العدد ٤٧٠٢ من الجريدة الرسمية على الصفحة ١٠٩٧ وال الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢١، والسايри بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٤ المنشور في العدد ٥٢٨٩ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٣٩١ وال الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٢ والسايри بتاريخ ٢٠١٤/٦/١.

(2) Philippe Gaudrat, Droits des auteurs, Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art.L. 121-1 à L. 121-9), J-CI PLA, fasc. 1210 ; Olivier Pignatari, Le support en droit d'auteur, Larcier 2013, p. 21.

انظر كذلك أدناه: المبحث الأول، المطلب الأول، الفرع الثاني.

قصة ملكيتين: مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للداعمة المادية في التشريعين الأردني والفرنسي  
د. سهيل هيثم حدادين، "محمد أمين" قاسم الناصر

من التشريعات العربية المعنية بحق المؤلف مأخوذ عن قانون حماية حق المؤلف المصري<sup>(١)</sup> القديم  
الذي استمد أحکامه من القانون الفرنسي واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية.<sup>(٢)</sup>

وعليه فإن قراءة الأصل التاريخي لهذا المبدأ من جذوره الفرنسية (المبحث الأول) ضرورية  
قبل البحث في أساسه النظري (المبحث الثاني) القائم على التفريق بين المصنف ودعامته المادية.

### المبحث الأول: الأصل التاريخي للمبدأ

على الرغم من إجماع الفقه الفرنسي على أن مبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية حجر أساسي وجوهري للنظام القانوني لحق المؤلف، إلا أن الاعتراف بهذا المبدأ جاء متاخرًا نوعاً ما، بعد جدلٍ طويل بين الفقه والاجتهد القضائي إلى أن أصدر المشرع الفرنسي قانوناً سنة ١٩١٠<sup>(٣)</sup>، لحسن هذا الجدل بوضعه اللبنة الأساسية لمبدأ الفصل بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للداعمة المادية. هذا القانون الذي صدر سنة ١٩١٠ بالإضافة إلى ما تبعه من اجتهد قضائي كانا وراء صياغة نص المادة ١٩ من قانون الملكية الأدبية والفنية لعام ١٩٥٧ الذي تم دمجه لاحقاً بقانون الملكية الفكرية الفرنسي لسنة ١٩٩٢.<sup>(٤)</sup> لذلك فإنَّ هذا المطلب سيبدأ باستعراض الاجتهد القضائي قبل صدور هذا القانون سنة ١٩١٠ (المطلب الأول) وتأثُّرُ هذا الاجتهد بعد صدوره (المطلب الثاني).

(١) قانون حماية حق المؤلف المصري رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ المنشور بالوقائع المصرية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ العدد ٤٩ مكرر.

(٢) راجع عبدالرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الكتاب الأول: حقوق المؤلف، دار النهضة العربية ٢٠٠٨ ص ٩؛ انظر كذلك عبدالحميد الشناوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢، ص ٣؛ إدوار عيد، حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون اللبناني والقوانين العربية وال الأجنبية، ج ١، حق المؤلف، دار صادر، ط ١٢٠٠١، ص ٣٠.

(٣) Loi du 9 avril 1910 RELATIVE A LA PROTECTION DU DROIT DES AUTEURS EN MATIERE DE REPRODUCTION DES OEUVRES D'ART, JORF du 11 avril 1910 page 3269 ; D. 1911, IV, p. 32.

(٤) Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, JORF n°0153 du 3 juillet 1992 page 8801.

## المطلب الأول: الاجتهاد القضائي والفقهي قبل قانون ١٩١٠

في النصف الأول من القرن التاسع عشر، أي بعد عدة عقود على إصدار أول قانون لحق المؤلف في فرنسا سنة ١٧٩١<sup>(١)</sup> نجد أن القرارات القضائية التي عالجت الموضوع في حينه لم تفرق – في أغلبها<sup>(٢)</sup> – بين المصنف والداعمة المادية، حيث عدّت هذه القرارات أن تنازل الفنان عن منحوته أو لوحته يُشكّل تنازلاً منه عن حقه باستنساخ مصنفه لمن اشتري هذه اللوحة أو المنحوتة.<sup>(٣)</sup> ففي قرار مشهور لمحكمة النقض الفرنسية بهيئتها العامة بتاريخ ٢٧ أيار لسنة ١٨٤٢، اعتبرت المحكمة أن الرسام عند بيعه لوحته، فإن المشتري يحصل تلقائياً على حقوق الرسام باستنساخ اللوحة، وخلاف ذلك كان واجباً على الرسام أن يشترط صراحةً في عقد البيع بأن يبقى محتفظاً بحقوق المؤلف على لوحته.<sup>(٤)</sup> لذلك قررت المحكمة أن للمشتري الحق باستنساخ اللوحة التي اشتراها دون موافقة المؤلف باعتبار أن المشتري أصبح مالكاً لحقوق المؤلف. وقد توصلت المحكمة لهذه النتيجة من خلال تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي المتعلقة بعقد البيع، حيث تنص المادة ١٦٠٢ منه على أن النصوص الغامضة في عقد البيع تُفسّر لصالح المشتري، أي ضد مصلحة البائع.<sup>(٥)</sup> وبما إنّ المؤلف (البائع)، في هذه القضية لم يحدد فيما إذا كان قد تنازل عن حقه باستنساخ اللوحة فإن عقد البيع الذي يربطه مع المشتري يشوبه الغموض، لهذا يجب أن يكون تفسيره لمصلحة المشتري على حساب المؤلف (البائع) فيكون بذلك متنازلاً عن حق

(١) راجع إدوار عيد، مرجع سابق، ص. ١٩.

(٢) من القرارات التي طبقت مبدأ استقلال الملكية المعنوية عن الملكية الفكرية قبل قانون ٩ نيسان ١٩١٠ :

T. corr. Seine, 13 déc. 1834, cite par Étienne Blanc, *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice*, Paris 1844, p. 299: “Considérant que l’ouvrage d’un auteur du genre dont il s’agit ayant deux droits distincts, il faut pour qu’il soit dépouillé de ces deux droits, qu’il les ait l’un et l’autre formellement cédés et abandonnés; que si la cession du second droit emporte nécessairement celle du premier, il n’en est pas de même relativement à ce premier droit ; qu’ainsi un sculpteur qui vend une statue conçue et exécutée par lui ne se dépouille que de la propriété de son ouvrage, envisagée matériellement, et reste propriétaire de ce qui, dans cet ouvrage, est le fruit de sa conception et de son génie, et forme un droit particulier de propriété qui lui est garanti par la loi ; que, pour que la cession de ce dernier droit fût comprise dans la vente.”:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5837864m/f328.item.r=sculpteur%20qui%20vient>

(٣) من جملة القرارات التي لم تطبق مبدأ استقلال الملكية المعنوية عن الملكية الفكرية:

Cass. crim., 23 juil. 1841, DP 1841, 1, p. 322 ; C. A. Paris avr. 1850, DP 1852, 2, p. 159 ; C. A. Paris 5 juin 1855, DP 1857, 2, p. 28 ; Trib. Civ. Seine, 5 mai 1894, Ann. 1894, p. 337 ; Besançon, 21 mai 1902, 2, p. 9, note Pouillet.

(4) Cass. ch. réunie, 27 mai 1842, DP 1842, 1, p. 297.

(5) Article 1602 du Code civil: “Tout pacte obscur ou ambigu s’interprète contre le vendeur.”

الاستنساخ حكماً لمصلحة المشتري. بالإضافة لما سبق، فقد استندت محكمة النقض في هذا الحكم إلى القاعدة الفقهية التي مفادها أن الفرع يتبع الأصل، وحيث إن اللوحة هي الأصل والفرع هو حق استنساخ اللوحة؛ فإن المؤلف الذي يبيع لوحته يكون قد تنازل ضمناً عن حقوقه الفكرية لصالح المشتري، فيصبح من حق مالك اللوحة الاستفادة من كل منافعها.<sup>(١)</sup>

لقد انقسم الفقه حول اجتهاد محكمة النقض هذا الرافض لمبدأ الاستقلال.<sup>(٢)</sup> فقسم منهم أيدَ اجتهاد القضاء وحاجتهم في ذلك أن المصنف وهو من الأشياء المعنوية التي لا يمكن تملكها والاستثمار بها بعد نشرها، لذلك ليس للمؤلف أن يستمر بتمتعه بحق الاستنساخ بمواجهة مالك الداعمة المادية بعد بيعه لها على اعتبار أن الملكية لا يمكن أن تقوم إلا على أشياء مادية.<sup>(٣)</sup> هذا الفقه المدفوع بالنزاعات الاشتراكية التي كانت سائدة في فرنسا في القرن التاسع عشر لا يرى المصنف إلا شيئاً عاماً مملوكاً للجمهور يفقد المؤلف كل سيطرة عليه بعد نشره أو بيع دعماته.<sup>(٤)</sup>

(1) Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 12, *De la vente*, Paris 1900, p. 267 : "La vérité est que le peintre, en vendant son tableau purement et simplement, a aliéné intégralement les droits qu'il avait sur celle œuvre; le tableau n'est plus à lui; il appartient à l'acheteur qui peut en tirer toutes les utilités possibles, notamment la reproduction : le droit de reproduire le tableau est une conséquence, 'un accessoire de la propriété de ce tableau.'":  
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9763123f/f13.item.r=notamment%20la%20reproduction.texteImage>

(2) لاستعراض الآراء الفقهية التي أيدت أو عارضت مبدأ الاستقلال أنظر :

Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1922, t. 1, n° 2545, p. 787 ; Pierre Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théories*, Bruxelles, 1969, p. 58 ; Laurent Pfister, *L'auteur propriétaire de son oeuvre? La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, pp. 518 et s.

(3) Gabriel Baudry-Lacantinerie, op. cit, p. 267; Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1852, t. 9, n° 540, p. 482.

(4) انظر مثلاً الفيلسوف الاشتراكي برودون الذي عارض ملكية المؤلف لمصنفه والذي يرى بالملكية الفكرية شكلاً من أشكال السرقة:

Pierre-Joseph Proudhon, *Les Majorats Littéraires*, Bruxelle 1862, p. 32: "Allons-nous partager le monde de l'esprit à l'instar du monde terrestre? Je ne m'y oppose pas si on le peut faire ( ... ), si, sous ce rapport, l'opposition entre le monde physique, susceptible de partage et qui doit être partagé, et le monde intellectuel, incompatible avec l'idée de propriété, n'est pas une des lois organiques de la constitution humanitaire."

انظر كذلك:

Louis Wolowski, *Présentation de législation, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1839, l. 10, p. 213; Charles Demolombe, op. cit., p. 267.

أما القسم الآخر فقد تمسك بأن للمؤلف ملكيةً على مصنفه وأن هذه الملكية مختلفة عن ملكية دعامتها، فعندما يبيع المؤلف نسخةً من كتابه فهو يبيع فقط الدعامة المادية، ويبقى محفوظاً بملكيته الفكرية على المصنف.<sup>(١)</sup> فالمشتري يتملك بموجب عقد البيع نسخة الكتاب وبموجب ملكيته لهذه النسخة يحق له أن يقرأ المصنف أو أن يحفظه عن ظهر قلب، فيكون للجمهور بذلك الحق باستعمال المصنف فقط، أما المؤلف فيحتفظ بحقوقه كاملةً على مصنفه.<sup>(٢)</sup> وهذا يعني أنه ليس لمالك الدعامة المادية للمصنف استساغ المصنف، لأن في ذلك اعتداءً على حق المؤلف. فحق المؤلف ليس مرتبطاً بالدعامة المادية إنما بالمصنف الذي أبدعه مؤلفه صاحب الملكية الفكرية عليه.<sup>(٣)</sup> يقول الفقيه بارديسوس في هذا الصدد: "إن حق المؤلف هو حق معنوي وعلى الرغم من كونه من المنقولات إلا أنه مختلف عن سائر المنقولات المادية التي تطبق عليها قاعدة الحيازة سند للملكية، لذلك فإن حائز الدعامة المادية ليس له أن يعتدّ بأي حق من حقوق المؤلف المعنوية كالاستساغ والنشر."<sup>(٤)</sup> لذلك يصرُ أصحاب هذا الرأي على ضرورة التفريق بين المصنف ودعامتة باعتبار أن كلاً منهما محلٌ لحق ملكيةٍ مستقل عن الآخر وأن الملكية الفكرية ليست فرعاً يتبع الأصل الذي هو الدعامة المادية، والقول بعكس ذلك إنكارٌ لحق المؤلف.

دعت خطورة اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بهيئتها العامة عام ١٨٤٢ الذي يؤدي بالنتيجة إلى إنكار حق المؤلف المشرع الفرنسي لاحقاً للتدخل في هذا الشأن وسن القانون الذي يؤكد مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعامة المادية سنة ١٩١٠، خصوصاً بعد أن بدأت المحاكم بالسير على نهج هذا القرار لمحكمة النقض.<sup>(٥)</sup>

(1) Raymond Théodore Troplong, *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon.*, Tome III, p. 37; Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris 1838-1839, p. 300: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5739469p.texteImage>

(2) Laurent Pfister, op. cit., p. 514.

(3) Ibid.

(4) Jean-Marie Pardessus, *Cours de droit commercial*, Paris, 1825, 3ème éd., t. 2, n° 308, p. 90:

<http://cujas-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0604784425>; Adrien Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou De la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture*, Paris 1837, p. 84: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5727743k.texteImage>; Fernand Worms, *Etude sur la propriété littéraire*, Paris, 1878, t. 2, pp. 216-217.

(5) انظر على سبيل المثال:

CA Besançon, 21 mai 1902, DP 1904, jurispr. p. 9, note E. Pouillet.

## المطلب الثاني: الاجتهدان القضائي والفقهي بعد قانون ١٩١٠

لقد كان التعديل التشريعي ضرورياً حتى لا يستمر اجتهدان القضاء الفرنسي على نهج قرار محكمة النقض الرافض لمبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية الذي سيؤدي كما سبق ورأينا إلى إنكار حق المؤلف. هذا القانون كان عبارة عن مادة وحيدة تتصل على ما يلي: "إن نقل ملكية مصنفٍ فني لا يتضمن نقل حق الاستنساخ على هذا المصنف ما لم يتفق على غير ذلك. "بقراءةٍ أوليةٍ لنص هذه المادة نجد أن المشرع قد حدد نطاق تطبيق مبدأ الاستقلال على حق الاستنساخ فقط دون الإشارة إلى حق النقل.<sup>(١)</sup> ويبير الفقيه سيرينيلي للمشرع الفرنسي عدم الإشارة إلى حق النقل بعدم وجود ما يستدعي في حينه الإشارة إلى هذا الحق، فهذا النص وضع سنة ١٩١٠ كردة فعل على اجتهدان قضائي يعالج مسألة بيع الرسام للوحاته والعلاقة مع المشتري مالك اللوحة وفرضية أن يقوم مالك الداعمة المادية باستعمالها للاعتماد على حق النقل هي فرضية نادرة الحدوث في ذلك الوقت.<sup>(٢)</sup> وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا النص قد أحدث تغييراً جوهرياً في الاجتهدان القضائي في فرنسا وفي تطوير اجتهدان القضاء لما أصبح يسمى الحق الأدبي للمؤلف الذي نصَّ عليه المشرع الفرنسي أول مرة بقانون ١١ آذار لسنة ١٩٥٧.<sup>(٣)</sup>

لا بدَّ من استعراض ثلاث قضايا ستووضح لنا الدور المهم الذي قام به هذا القانون بعد سنة ١٩١٠ بمساعدة القضاء الفرنسي على تكريس ما أصبح يسمى لاحقاً بالحق الأدبي للمؤلف.

### ١. قضية كاموان (Camoin):

قام الرسام الفرنسي كاموان (Camoin) سنة ١٩١٤ بترتيب مرسمه، ثم تخلَّى عن خمسٍ وستين لوحةً من لوحاتِ رسمها لأنَّه وجدَها مشروعاً فنياً فاشلاً ولا تليق بفنَّه. ثمَّ قام حارس العمارة بالاستحواذ على هذه اللوحات الممزقة من سلة مهملات العمارة حيث رماها الفنان، وقام

(١) من الضروري التذكير هنا بأنَّ أول قانون فرنسي متعلق بحق المؤلف صدر بتاريخ ١٩ كانون الثاني ١٧٩١ مكرساً حق النقل وهو ينكون من ثلاثة مواد فقط. أما الحق بالاستنساخ فقد تم تكريسه بموجب قانون صدر بتاريخ ١٩ من تموز لعام ١٧٩٣ والذي بدوره يتكون من مادتين فقط، وفي كلا القانونين لا توجد أي إشارة للحق الأدبي للمؤلف، في حين أنَّ أول تكريس تشريعي لهذا الحق كان بقانون ١١ آذار لسنة ١٩٥٧، أنظر: إدوار عيد، مرجع سابق، ص. ١٩.

انظر كذلك:

Elizabeth Adeney, The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis, Oxford University Press 2006, pp. 166-167.

(2) Pierre Sirinelli, Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, Thèse, Paris II, 1985, p. 440.

(3) Loi 57-298 1957-03-11 JORF 14 mars 1957 rectificatif JORF 19 avril 1957 en vigueur le 11 mars 1958.

بترميمها وبيعها لأحد هواة الفن. وقد فوجئ كاموان عام ١٩٢٥ بأن لوحاته التي سبق وأن تخلى عنها ورماها في سلة المهملات قد أصبحت معرضاً للبيع في أحد المعارض الفنية. فأقام الفنان على إثر ذلك دعوى قضائية على مالك اللوحات مدعياً أن فعله المتمثل بعرض اللوحات للبيع يُشكل خرقاً لحق المؤلف الأدبي بتقرير النشر. وقد قررت محكمة السين المدنية الابتدائية بتاريخ ١٥ تشرين الثاني عام ١٩٢٧ الحكم لصالح المؤلف المدعي. وجهة نظر محكمة الدرجة الأولى، وقد أيدتها في ذلك محكمة استئناف باريس<sup>(١)</sup>، مسبباً قرارها بأنه على الرغم من أن استحواذ حارس العمارنة على القطع الممزقة من اللوحات استحواذاً مشروع لأن بفعله هذا يتملك مالاً متروكاً (res nullis)، إلا أن قيام مالك اللوحات بعرضها بأحد المعارض بغرض بيعها يُشكّل اعتداءً على حق المؤلف بتقرير النشر وأن ممارسة مالك اللوحات لملكية العينية عليها لا يجوز أن تؤثر في حق المؤلف بتقرير النشر.<sup>(٢)</sup>

## ٢. قضية اللوحات الجدارية في جوفizi (Fresques de Juvisy)

في بداية الثلاثينيات من القرن الماضي طلب أحد الأثرياء من الرسام لاكاز (Lacaze) رسم لوحة جدارية داخل كنيسة في بلدة جوفizi بفرنسا بتمويل منه. وقد قام لاكاز فعلاً برسم اللوحة الجدارية وقد تم ذلك دون أخذ موافقة من السلطات الكنسية المختصة التي رأت في لوحته أنها فاضحة ولا يتلائم وجودها في مكان عبادة. لذلك قام كاهن الرعية بطبع هذه اللوحة الجدارية بطلاء أبيض دون استئذان الرسام. فلجاً الرسام إلى القضاء وحكمت محكمة فرساي الابتدائية بتاريخ ٢٣ حزيران ١٩٣٢ أنه ليس لمالك الكنيسة أن يطمس اللوحة الجدارية دون أخذ موافقة المؤلف وحكمت للمؤلف بتعويض رمزي مقداره فرنك فرنسي واحد، وقد سببت المحكمة هذا القرار بأنه على الرغم من أن للمؤلف حقاً على مصنفه إلا أن هذا الحق ليس من شأنه أن يلزم مالك الدعامة المادية بالحفاظ عليه، لذلك وبما إن ما قام به الرسام كان من دون موافقة مالك الكنيسة فإنه يحرم من التعويض المالي، ولن يكون له إلا تعويض رمزي.<sup>(٣)</sup>

(1) CA Paris, 6 mars 1931, DP 1931, 2, p. 88, note Nast.

(2) T. civ. Seine, 15 nov. 1927, DP 1928, 2, p. 89.

(3) انظر داللوز الأسبوعي لسنة ١٩٣٢ على الصفحة ٤٨٧ مقتبسة من:

Pierre Sirinelli, op. cit., pp. 457 et s.

### ٣. قضية نافورة كاتالان (La fontaine "La Catalane") :

بدأت وقائع هذه القضية عندما قامت إحدى بلديات جبال البيرينية الشرقية بالطلب من النحات سودر (Sudre) بنحت تمثال في ساحة البلدية احتفالاً بانتهاء أعمال تمديدات المياه في المدينة. وقد كان التمثال عبارة عن فتاة تحمل جرة ماء يسكب في حوض للنافورة. لم تعتن البلدية بهذا التمثال وتحول إلى مكب للنفايات، ومنطقة للعب الأطفال، إلى أن سقط طفل من عليه، فقرر رئيس البلدية على إثر ذلك إزالة التمثال تحسباً لوقوع حوادث أخرى بالمستقبل. فأقام الفنان دعوى إدارية أمام القضاء الإداري مطالباً البلدية بالتعويض لاعتدائها على حقه الأدبي. وقد أدانت المحكمة الإدارية المجلس البلدي حيث جاء الحكم على النحو الآتي: "إن القضاء المدني أخذ يميل تدريجياً بالاعتراف بوجود حق أدبي مطلق للمؤلف على مصنفه، والذي بموجبه يمكن المؤلف من أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحق بسمعته عندما يكون مصنفه المعرض للجمهور قد تعرض للضرر في تماميته وتفاصيله [...]"<sup>(١)</sup> لذلك اعتبرت المحكمة أن البلدية قد ارتكبت خطأً تسبب بالاعتداء على حق الفنان الأدبي وحكمت له بتعويض مقداره خمسة آلاف فرنك.

إنَّ هذه القضايا أمثلة على أنَّ اعتراف الاجتهد القضائي في فرنسا بحق المؤلف الأدبي بشكل جليّ قد جاء بعد أن أقرَّ المشرع بمبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للداعمة المادية.<sup>(٢)</sup> وما يؤكد هذه النتيجة أنَّ القضاء الفرنسي رفض الحكم في أكثر من مرة لصالح فنانيْن باعوا أعمالاً فنية قبل دخول قانون عام ١٩١٠ حيز النفاذ بحرمانهم من حقوقهم المالية تارةً والأدبية تارةً أخرى.<sup>(٣)</sup> وقد كانت حجة القضاء في كل مرة أنَّ قواعد تطبيق القوانين من حيث الزمان تمنع تطبيق قانون عام ١٩١٠ بأثرٍ رجعي على اعتبار أنَّ هذا القانون هو منشئ لقاعدة قانونية جديدة وأنَّه قد جاء معدلاً للقانون الوضعي وليس تكريساً أو تفسيراً لقاعدة مستقرة فيه.<sup>(٤)</sup>

(1) Pierre Sirinelli, op. cit., pp. ٤٥٩ et s.

(2) في ذات المعنى أنظر:

Philippe Gaudrat, À la poursuite de l'oeuvre multimédia, in Les créations multimédia, Frederic Sardain (dir.), DTA vol. 8, n°2, 2001, p. 21.

(3) Cass. crim., 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, note Marcel Nast ; Cass. civ. 1re, 16 juin 1982, Bull. civ. I, n°228.

(4) الجدل الفقهي في ذلك الوقت كان حول وجود قاعدة استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية في القانون الوضعي من عدمها قبل تسيير ٩ نيسان ١٩١٠، البعض اعتبر أنَّ قرار محكمة النقض بهيئتها العامة سنة ١٨٤٢ والذي ينكر قاعدة الاستقلال غير كافٍ لوحده للفي وجود قاعدة الاستقلال في القانون الوضعي وأنَّ تسيير عام ١٩١٠ جاء تفسيراً لهذه القاعدة الموجودة بالقانون الوضعي والتي خلقها الفقه أنظر:--

Henri Desbois, Le droit d'auteur en France, 3e éd., Dalloz 1978, p. 404; André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4e éd., Litec 2012, p. 236 ; Pierre-Yves Gautier, Propriété littéraire et artistique, 10e éd., PUF 2017, p. 278.

على الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أنَّ القضاء بفرنسا بقي متمسكاً بأنه لا يمكن تطبيق قانون عام ١٩١٠ بأثرٍ رجعي، أنظر: Cass. crim. 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, note Nast; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1982, Bull. civ. I, n° 228 ; TGI Paris, 5 mars 1993, RIDA avr. 1993, p. 240; CA Paris, 11 juill. 2005, Comm. Com. électr., 2006, comm., p. 93, obs. Ch. Caron.

إن دراسة الأصل التاريخي لهذا المبدأ قد وضحت لنا أهميته في قانون حق المؤلف وأن بداية الاعتراف به شكلت نواة لتطوير ما أصبح يسمى فيما بعد بالحق الأدبي للمؤلف. لذلك يقول الفقيه الفرنسي إدلمان إنَّ تاريخ حق المؤلف ما هو إلا تاريخ صراع المصنف مع دعماته المادية، صراع المؤلف مع مالك الدعامة، إلى أن جاء المشرع وانتصر للمؤلف بأن اعترف له بحق منفصلٍ عن حق مالك الدعامة المادية.<sup>(١)</sup>

### المبحث الثاني: الأساس النظري للمبدأ

إن استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعامة المادية أساسه أن لكل ملكية مḥلاً خاصاً بها ليس له أن يكون مḥلاً للملكية الأخرى، فمحل الملكية الفكرية للمصنف في حين أن محل الملكية العينية الداعمة المادية للمصنف. وعليه ليس للمصنف أن يكون مḥلاً للملكية العينية وليس للدعامة المادية أن تكون مḥلاً للملكية الفكرية، لذلك فإن التنازل عن إحدى هاتين الملكيتين لا يعني تنازلاً عن الأخرى.<sup>(٢)</sup> وهذا يعني أن الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ هو التفريق بين المصنف باعتباره شيئاً معنوياً تحكمه القواعد الخاصة بقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، والدعامة المادية للمصنف باعتبارها شيئاً مادياً تحكمها القواعد العامة في القانون المدني.

وحتى تقوم هذه التفرقة لابدًّا ابتداءً من عزل المصنف عن الدعامة المادية، باعتباره شيئاً معنوياً خالصاً ليس له أي خصائص مادية، شيئاً لا يمكن إدراكه إلا بالتصور (المطلب الأول)، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن ملكية الدعامة المادية هي ملكية عينية، تخضع لأحكام القانون المدني، ولا يجوز أن يكون لها أيُّ بعِدٍ معنوي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الوجود الحكمي للمصنف

وفق نص المادة ٧١ من القانون المدني الأردني<sup>(٣)</sup> فإن الحق المعنوي هو الحق الذي يرد على شيءٍ غير مادي، والمشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة يشير صراحةً إلى أن حق المؤلف حقٌّ

(١) Bernard Edelman, *L'image d'une oeuvre de l'esprit tombée dans le domaine public*, note sous CA Paris, 4ème Ch., 31 mars 2000, D., 2001, comm., p. 772.

(٢) انظر نص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

(٣) نشر هذا القانون كقانون مؤقت على ص. ٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ بتاريخ ١٩٧٦/٨/١، وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنصور على ص. ٨٢٩ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤١٠٦ بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٦.

معنوي، وهذا يعني أن محله أي المصنف شيء غير مادي.<sup>(١)</sup> لم يشر قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة صراحة إلى الطبيعة غير المادية أو المعنوية للمصنف واقتصر بالتعريف الآتي: "المصنف: كل إبداع أدبي أو فني أو علمي والمحمي وفقاً لأحكام المادة ٣ من هذا القانون."<sup>(٢)</sup> وبالرجوع إلى نص المادة ٣ فقرة (ب) من القانون نجد أن الحماية تشمل المصنفات التي يكون مظهراً للتعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة.<sup>(٣)</sup> وهذا يعني أن المصنف يجب أن يخرج من عالم الأفكار المجرد وأن يتجسد بمظهرٍ وهذا ما يؤكد نص المادة ٧ فقرة (د) من ذات القانون التي استثنى الأفكار من نطاق الحماية الذي يوفره القانون.<sup>(٤)</sup> أي أن القانون لا يفرض فقط التمييز بين المصنف ودعامته المادية بل يفرض أيضاً التمييز بين المصنف وال فكرة، باعتبار أن المصنف مظهرٌ للتعبير مختلفٌ عن الفكرة.<sup>(٥)</sup> إنَّ المشرع الأردني، بخلاف التشريعات المقارنة خصوصاً تلك المتأثرة في المدرسة الأنجلوأميركية، لم يشترط للحماية أن يتم تثبيت المصنف

(١) انظر نص المادة ٧١ من القانون المدني الأردني: "١- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي. ٢- ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلماء التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة".

(٢) انظر المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

(٣) انظر المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ بفرقيتها (أ) و(ب) والتي تنص:

أ- تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون المصنفات المبتكرة في الأدب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها.

ب- تشمل هذه الحماية المصنفات التي يكون مظهراً للتعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة بوجه خاص: ..."

(٤) انظر نص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢:-  
"لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب: ..."

د- الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات المجردة ."

(٥) انظر في ذلك:

M. Vivant, La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, RIDE/4, 2006, p. 361 ; V.-L. Benabou, L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France, in Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontre Franco-Allemandes, Litec, 2007, p.165.

على دعامةٍ ماديةٍ<sup>(١)</sup> حتى عندما يكون مظهر التعبير للمصنف حركة مثل المصنفات الراقصة أو عروض السيرك<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من هذا الفصل البين بين المصنف ودعامته المادية في التشريع الأردني إلا أن بعض أنواع المصنفات لها خصوصية بحيث يصعب فصل مظهرها عن دعمتها المادية مثل مصنفات الفن التشكيلي وأعمال النحت، وهي تلك المصنفات التي يكون مظهرها مندمجاً تماماً مع الدعامة الأصلية – وهي وحيدة بطبيعة الحال – التي عمل عليها الفنان فإن دمرت هذه الدعامة الأصلية فإن ذلك يعني بالضرورة تدمير المصنف نفسه.<sup>(٣)</sup> هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه ببعض الأحيان يصعب فصل المظهر عن الفكرة، فمتى تنتهي الفكرة ومتى يبدأ المظهر الذي هو التعبير عن هذه الفكرة ليست بالمسألة السهلة ولا البسيطة، وهو أمرٌ متزوك لقاضي الموضوع الذي يقع عليه تحديد ذلك.<sup>(٤)</sup> فعلى سبيل المثال حبُّ الوطن فكرة، وهذه الفكرة لا يمكن أن تكون ملأً لحق المؤلف، أما التعبير عن حبُّ الوطن فقد يكون بقصيدة أو بقصيدة أو بقصيدة أو بمقال. يقول الفقيه الفرنسي جوتبيه إنَّ العبور من الفكرة إلى المصنف يمرُّ بالتفاصيل<sup>(٥)</sup>؛ بمعنى أنه كلما كان التعبير عن الفكرة يحتوي تفاصيل أكثر فإننا نخرج من الفكرة إلى المظهر، فإذاً فإن معلم تاريخي كما قررت محكمة استئناف باريس هي فكرة، أما تفاصيل هذه الإضاءة من اختيار الألوان والزوايا وكيفية تسلسل هذه الألوان هي التفاصيل التي يتشكل منها المظهر، وكلما زادت هذه التفاصيل كلما تشكلَ المظهر

(١) لم يشترط المشرع الأردني تجسيد المصنف بدعامة مادية ليحمي، والدليل على ذلك أن المصنفات حتى وإن كانت شفوية فهي مشمولةٌ بحماية القانون. وهذا ما تؤكده الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تنص: - "ب- تشمل هذه الحماية المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة بوجه خاص:-

...

٢- المصنفات التي تلقى شفافها كالمحاضرات والخطب والمواعظ.

(٢) انظر على سبيل المثال نص المادة ١٠٢ من القانون الأميركي:

"17 U.S. Code § 102 - Subject matter of copyright: In general

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device."

(3) André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., p. 195.

(٤) انظر: محمد حسام محمود لطفي، الملكية الأدبية والفنية، المفاهيم الأساسية والمشكلات العملية، القاهرة ٢٠١٦، ص. ٨٩ وما يليها.

(5) P. – Y. Guatier, op. cit., p. 55.

بوضوح أكثر وابتعد عن الفكرة.<sup>(١)</sup> وبعبارة أخرى ليس هنالك من حدٍ واضح يفصل بين المظهر وال فكرة وهذه مسألة متروكةٌ لتقدير قاضي الموضوع.

الأمر مختلفٌ حين يتعلق بالتفريق بين المصنف ودعامته المادية، فالداعمة شيءٌ مادي وجودها ملموس لا يحتاج لاعتراف القانون بها، حالها حال سائر الأشياء المادية. أما المصنف، هذا الشيء المعنوي، فإن من يحدده ويعطيه أوصافه هو القانون. فما هو مصنف وفق تفريعٍ أجنبي قد لا يُعد مصنفاً وفق التشريع الأردني. فعلى سبيل المثال، العطر الذي عدته بعض الأحكام القضائية في فرنسا مصنفاً<sup>(٢)</sup>، ليس له أن يكون كذلك بالأردن لأن مشرعنا حصر المصنفات بتلك التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وما دونها ليس مصنفاً بغض النظر عن قيمتها الفنية.<sup>(٣)</sup> وبما أن العطر وفق التشريع الأردني لا يُعد مصنفاً فهذا يعني أنه لا يمكن أن يكون شيئاً معنويًا (غير مادي) حسب نص المادة ٧١ من القانون المدني الأردني التي حصرت الأشياء المعنوية (غير المادية) بتلك التي تكون محلًا لحقٍ معنوي. من هنا نستنتج أن وجود الشيء المعنوي يعكس دعامته المادية— وجود يقرره القانون، أي أنه وجودٌ حكمي شأنه شأن الشخص الحكمي الذي يقرر وجوده القانون.<sup>(٤)</sup> وهذا يسري حتى على مصنفات الفن التشكيلي التي تتسم الداعمة المادية الأصلية فيها مع المصنف ذاته بحيث يستحيل الفصل بينهما، فعلى الرغم من ذلك يبقى المصنف شيئاً معنويًا، هذا الشيء المعنوي هو مجموع هذه العناصر المادية والمعنوية معاً من دعامةٍ ماديةٍ أصليةٍ وشكلٍ ثالثي الأبعاد كما هو الحال في حال المنحوتات أو ثنائي الأبعاد كما هو الحال في اللوحات ومجموع هذه العناصر هو الذي يأخذ وفق القانون وصف مصنف. وحيث إن مفهوم المصنف مفهومٌ قانونيٌّ بحت فهذا من شأنه أن يعفي القاضي من البحث في أي اعتبارٍ فني للمصنف، وهذا ما يؤكد القانون الذي بسط حمايته على المصنفات المبتكرة— والابتكار هو الشرط الوحيد الذي يجب توافره لحماية المصنف— بغض النظر عن نوعها أو أهميتها أو الغرض من انتاجها.<sup>(٥)</sup>

هذا الوجود الحكمي يُنزعُ المصنف عن كل ما هو مادي، لأن القانون هو الذي أوجده ووجوده مبررٌ كونه يُمثلُ للإنسان قيمةً اقتصاديةً أو ثقافيةً. فإذا كانت الأشياء المادية تُقسم إلى منقولات

(1) CA Paris, 13 mars 1986, som. p. 150, obs. Colombe.

(2) Michel Vivant, Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond, D. 2007, pp. 954-955.

(3) انظر نص المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

(4) انظر نص المادة ٥٠ فقرة ٦ من نص القانون المدني الأردني: "كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون".

(5) انظر نص المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

وعقارات وفق ما تكون قابلة للنقل أو غير قابلة له، فإن المصنف باعتباره من الأشياء غير المادية فهو لا يدخل في طبيعته لا في المنقولات أو العقارات لأن قابلية الشيء من عدمها للنقل تستلزم وقوعه تحت الحس، وهذا ما لا ينطبق على المصنف. لكن القانون المدني وفق نص المادة ٥٨ منه قد عرّف العقار واعتبر كل ما سواه منقولاً، مما يتوجب معه اعتبار الأشياء غير المادية، ومن ضمنها المصنفات، منقولاتٍ لا لقابليتها للنقل من حيثها دون تلفٍ بل لمجرد أن تعريف العقار لا ينطبق عليها.<sup>(١)</sup> فالمصنف بالإضافة إلى كونه شيء موجود حكماً هو أيضاً منقولٌ حكماً. هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الوجود الحكمي للمصنف يعني كذلك أنه ليس للمصنف حيزٌ مكاني يشغله، فهو موجود بكل نسخةٍ منه، هذه النسخ التي من الممكن أن تتعدد إلى مالا نهاية لمصنفٍ واحد وحق المؤلف يبقى محله هذا المصنف بغض النظر عن عدد نسخه، في حين أن كل دعامةٍ من دعامتين المصنف محلٌ لحق ملكية مختلف.<sup>(٢)</sup> إن المصنف في واقع الحال ليس له أن يوجد إلا في العقل البشري، فمن عقل المؤلف إلى عقل المتألق ينتقل المصنف من خلال دعامةٍ ماديةٍ يراها المتنقلي كاللوحة أو التمثال، أو يقرأها ككتابٍ ورقي أو شاشةٍ رقميةٍ أو يسمعه من خلال موجاتٍ صوتية.

## المطلب الثاني: حدود الملكية العينية للدعامة المادية

يتميز حق الملكية العينية بأنه يمنح المالك السيطرة الفعلية على الشيء والاستئثار به، وعندما يكون الشيء محل هذه الملكية دعامةً مادية، فإن هذه السيطرة الفعلية من شأنها أن تؤدي بطريقه غير مباشرة إلى منع الوصول المادي إلى المصنف، هذه الميزة للمالك لا تُشكل استثناءً على مبدأ استقلال الملكيتين، ولا يمكن اعتباره بأنه يعطي الملكية العينية بعداً معنوياً (الفرع الأول). هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن حق الملكية العينية ليس له أن يتمتد ليمنح مالك الدعامة المادية الحق باحتكار الوصول الفكري للمصنف، لأن ذلك يعُد بُعداً معنوياً للملكية العينية من شأنه المساس بمبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الوصول المادي للمصنف

يقصد بالوصول المادي للمصنف تلك السيطرة الفعلية التي تمنحها الملكية العينية لمالك الدعامة المادية التي من شأنها أن تؤدي بطريقه غير مباشرة إلى منع الوصول المادي أو الوصول الفعلي إلى

(١) انظر نص المادة ٥٨ من القانون المدني: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

(2) Frédéric Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, 2ème éd , Economica, p. 525.

المصنف.<sup>(١)</sup> فالمتاحف مثلاً بإمكانها منع أو تقييد الجمهور من الوصول إلى مجموعات الأعمال الفنية التي تملكها هذه المتاحف، ومصدر قدرتها على ذلك حق الملكية على الدعايات المادية لهذه الأعمال الفنية.<sup>(٢)</sup> وبما أن المصنف متجسد في لوحة أو تمثال مملوك للمتحف، فإن الوصول إلى المصنف يمر عبر هذه الدعاية. بعبارة أخرى؛ فإن الملكية العينية لا تُعطي سلطة مباشرة لمالكها لمنع الوصول المادي إلى المصنف إنما بطريق غير مباشر، وهذه السلطة غير المباشرة لا تتكرس إلا بشرط أن يكون للمصنف نسخة وحيدة منه، أو على الأقل ندرة نسخ المصنف. أي أن هذه السلطة غير المباشرة سلطة بحكم الواقع وليس بحكم القانون لأنه ليس للملكية العينية أن تصرف إلى ملكية المصنف الفكرية بموجب مبدأ استقلال الملكية العينية عن الملكية الفكرية.

لذلك لو فرضنا أن أحد الأشخاص يملك مخطوطاً غير منشور لأحد المصنفات الأدبية؛ فإن الوصول المادي إلى هذا المصنف الأدبي يعتمد على إرادة مالك الدعاية الذي يحق له منع الوصول إلى ملكيته العينية وملحها الدعاية، وبالتالي الوصول إلى المصنف نفسه بمنع نشره أو حتى قراءته ومصدر سلطته بمنع النشر أو القراءة يرجع لكونه المالك لهذه النسخة الوحيدة من المصنف وهو غير ملزم بصفته مالكاً لهذه النسخة بتسليمها لأي كان حتى لو كان التسليم مطلوباً من المؤلف نفسه. لكن في ذات الوقت ليس لمالك المخطوط بموجب ملكيته العينية أن يمنع استنساخ المصنف الأدبي- على اعتبار وجود نسخ أخرى منه بيد المؤلف أو صاحب الحق مثلاً- وذات الشيء بالنسبة لمالك اللوحة الذي ليس له منع عرض المصنف الفني على الإنترنط بموجب ملكيته العينية لأن هذه الحقوق حقوق ملكية فكرية لا يستطيع أن يتمتع بها إلا المؤلف أو خلفه، سواء أكان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً. لذلك، خيراً فعل مشرعنا الأردني عندما عدّ نص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف الأردني بأن الغي عبارة "غير انه يحق لمن يملك هذه النسخة او النسخ ان يعرضها على العامة" التي كانت واردة فيها لتعارضها مع مبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية.<sup>(٣)</sup>

(١) يقصد بالوصول الفكري للمصنف الاستمتاع به من خلال الحواس بقراءته مثلاً أو مشاهدته، انظر:-

Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier 2007, p. 385.

(٢) Marie Cornu et Nathalie Mallet-Poujol, *Droit, oeuvres d'art et musées, Protection et valorisation des collections*, CNRS Éditions, 2006, n° 1107, p. 554.

(٣) انظر المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٨ لسنة ٢٠٠٥ - المنشور في العدد ٤٧٠٢ على الصفحة ١٠٩٧ والصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١ والساري من تاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١ والتي تنص: "تعديل المادة ١٥ من القانون الأصلي الغاء عبارة (غير انه يحق لمن يملك هذه النسخة او النسخ ان يعرضها على العامة) الواردة فيها".

هذا الوصول المادي الذي قد يحتاجه المؤلف نفسه لممارسة حقوقه الفكرية على مصنفه، كيف للمؤلف أن ينشر مصنفه إذا كانت النسخة الوحيدة منه ملكاً للغير؟ لم يلزم المشرع الأردني في هذه الحالة مالك الدعامة المادية بالسماح للمؤلف بالوصول المادي لمصنفه من خلال النسخة التي يملكها هذا الغير الذي: "... لا يكون ملزماً بتمكين المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها مالم يتم الاتفاق على غير ذلك".<sup>(١)</sup> وهذا يعني أن مالك الدعامة المادية الذي له الاستئثار بملكه بموجب حق الملكية ومنع أيٍ كان من الوصول إليه حتى لو كان مؤلف المصنف نفسه، أي أن حق الملكية العينية لم يتأثر بكون محله دعامة مادية. وفي هذه الحالة لا يبقى أمام المؤلف إلا اللجوء إلى نظرية إساءة استعمال الحق التي نص عليها القانون المدني بمواجهة مالك الدعامة المادية إذا ما توافرت شروطها.<sup>(٢)</sup> المشرع الفرنسي بدوره حصر تطبيق نظرية إساءة استعمال الحق بمواجهة مالك الدعامة المادية بشرطين: الأول أن تكون الإساءة "بيئنة" لاستعمال حق الملكية العينية (*l'abus notoire*)، والآخر أن تكون الإساءة البينة لاستعمال الحق من شأنها أن تحرم المؤلف من استعمال حقه الأدبي بتقرير النشر فقط دون سائر الحقوق.<sup>(٣)</sup> لذلك فإن الفقيه الفرنسي لوكا الذي يدعم فكرة استفاداد الحق بتقرير النشر من أول مرة على المصنف يرى أن المؤلف ما أن يمارس حقه الأدبي بتقرير النشر على المصنف لن يكون باستطاعته أن يستعين بنظرية إساءة استعمال الحق بمواجهة مالك الدعامة المادية.<sup>(٤)</sup>

#### الفرع الثاني: الوصول الفكري للمصنف (إشكالية صورة المال)

ويقصد هنا بالوصول الفكري للمصنف الاستمتاع به من خلال الحواس خاصة الاستمتاع البصري بالمصنف (قراءته، مشاهدته أو التأمل فيه).<sup>(٥)</sup> وهذا الوصول الفكري للمصنف قد يصطدم مع حق مالك الدعامة المادية للمصنف إذا ما اعتبرنا أن مالك الدعامة أن يملك صورتها. فالإشكالية

(١) انظر نص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

(٢) المادة ٦٦ من القانون المدني والتي تنص:

"إساءة استعمال الحق"

١. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢. ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ. إذا توفر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة."

(3) Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1996, n° 132, p. 124 ; Bernard Edelman, *De l'accès des auteurs d'une oeuvre cinématographique au négatif du film*, D. 2003, comm. p. 198.

(4) André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., p. 319.

(5) Séverine Dusollier, loc. cit.

التي تطرحها ملكية صورة المال هي معرفة فيما إذا كان مالك الشيء يملك كل منافعه المادية منها والمعنوية، ومن ضمنها صورة الشيء الذي يملكه. لن يكون بالإمكان الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الاكتفاء بقراءة نصوص القانون المدني الأردني فقط دون الرجوع إلى نصوص قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته خصوصاً نص المادة ١٥ منه، لأن هذه الإشكالية مرتبطة بشكل وثيق بمبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية، وهذا ما يؤكده اجتهاد القضاء الفرنسي بهذا الشأن.

في نهاية تسعينيات القرن الماضي طور القضاء الفرنسي مدعوماً من بعض الفقه، مبدأ مفاده أن مالك الشيء يملك بالإضافة إلى الشيء نفسه صورته. ففي العاشر من آذار لعام ١٩٩٩ حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن لمالك المال الحق باحتكار استغلال صورة ماله.<sup>(١)</sup> حيث بدأت وقائع هذه القضية عندما قامت إحدى الشركات باستتساخ صورة مقهى جوندريه (Café Gondrée) في مقاطعة النورماندي الفرنسية وذلك من خلال بطاقات بريدية، ولهذا المقهى أهمية سياحية وتاريخية باعتباره أول مبني تم تحريره على يد الحلفاء في الحرب العالمية الثانية. وقد اعترض مالك المقهى على هذا الاستغلال لصورة مقهى معتبراً أن ذلك من شأنه المساس بحق ملكيته العينية التي تشمل من وجهاً نظره صورة ماله. واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن "استغلال المال بشكل صور من شأنه الاعتداء على حق المالك بالانتفاع من ملكيته". وقد أثبتت محكمة النقض حكمها على ما ورد في نص المادة ٤٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن: "للمالك وحده الحق باستغلال ماله بأي شكل من الأشكال". اعتبر الفقهاء المؤيدون لهذا القرار وعلى رأسهم الفقيه زيناتي أن مالك الشيء يملك جميع منافعه حتى المعنوية منها لذلك فإن الملكية العينية يجب أن تمتد لتشمل جميع منافع الشيء المادية منها والمعنوية ومن ضمن هذه المنافع صورة المال.<sup>(٢)</sup>

وقد انتقد قسم كبير من الفقه هذا القرار لمحكمة النقض الفرنسية مما دفع بها إلى التراجع عن هذا القرار فيما بعد.<sup>(٣)</sup> فوجهة نظر هؤلاء أن المالك عندما يتمالك صورة ماله ويحتكر استغلالها؛ فإن

(1) Civ. 1re, 10 mars 1999, n° 96-18.699, « Café Gondrée », Bull. civ. I, n° 87 ; D. 1999, p. 319 , concl. J. Sainte-Rose , note E. Agostini ; GAJC, 12e éd., 2007, n° 68-69 ; GAPI 2004, n° 31 ; RDI 1999, 187, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 1999, p. 859, obs. F. Zenati ; RTD com. 1999, p. 397, obs. A. Françon ; JCP 1999. II. 10078, obs. P.-Y. Gautier, et I. 175, obs. H. Périnet-Marquet.

(2) F. Zenati, RTD civ. 1999, p. 859 note sous Civ. 1 re, 10 mars 1999 ; D. 1999, p. 319, note E. Agostini note sous le même arrêt; JCP 1999. II. 10078, obs. P.-Y. Gautier note sous le même arrêt ; G. Cornu, Droit civil : introduction, biens, personnes, Montchrestien, 12e éd., 2005, n° 1038.

(3) Valérie-Laure Benabou, La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, Droit & Patrimoine, Le mensuel, n°9, mars 2001, p. 84.

ذلك من شأنه أن يعطي للملكية العينية بعداً معنوياً لا يجوز أن يكون لها؛ فالبعدان المادي والمعنوي للملكية يجب أن ينفصلا تحقيقاً لمبدأ استقلال الملكية العينية عن الملكية الفكرية. فالمال عندما يكون دعامةً ماديةً لمصنف؛ فإن البعد المعنوي للدعامة المادية ما هو إلا المصنف ذاته، وبالتالي فإن الملكية العينية إذا امتدت لصورة المال، فإنها ستتمتد حتماً للمصنف عندما يكون هذا المال دعامةً ماديةً وهذا يتعارض بطبيعة الحال مع مبدأ استقلال الملكية العينية عن الملكية المعنوية.<sup>(١)</sup> ليس هذا فحسب، فلو افترضنا أن الملكية العينية عندما تصرف إلى المصنف من خلال صورة المال فإنها ستعطى المالك حقاً احتكارياً يفوق الحق المنوح للمؤلف ويتجاوزه. فالملكية العينية مطلقة من حيث النطاق ومؤبدة، ولا تطبق عليها الاستثناءات الواردة على حق المؤلف، أي أن الحقوق المنوحة لمالك الدعامة المادية للمصنف عندما تتمد ملكيته لصورة المال ستكون أوسع وأفضل من تلك المنوحة للمؤلف المصنف.<sup>(٢)</sup>

كل هذه الانتقادات جعلت محكمة النقض الفرنسية تتراجع عن نظرية ملكية صورة المال. ففي حكم لها عام ٢٠٠٣ أكدت المحكمة أنه لا يمكن أن يتمتد حق المالك لصورة ماله، إلا أنها أكدت في ذات الوقت أن الاستغلال التجاري لصورة المال من دون موافقة مالكه من شأنها أن تعتدى على حق المالك باستعمال ملكه واستغلاله.<sup>(٣)</sup> لم يلق هذا القرار استحسان الفقه الذي رأى أن محكمة النقض لم تتراجع كلياً عن نظرية ملكية صورة المال.<sup>(٤)</sup> وفي السابع من أيار عام ٢٠٠٤ أصدرت محكمة النقض الفرنسية بحثتها العامة قراراً أكدت فيه بأنه "ليس لمالك الشيء أن يعتد بحق حصري على صورة الشيء" إلا أنها أضافت: "وليس لمالك الشيء أن يعترض على استعمال صورة الشيء من قبل الغير إلا إذا أدى ذلك إلى إحداث اضطراب غير طبيعي" (trouble anormal) في ملكية الشيء. بمعنى آخر ليس للملكية العينية أن تمنع الغير من استغلال صورة المال، وحتى يتمكن مالك المال من منع استغلال صورة ماله فعليه اللجوء إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية لأن يكون استغلال صورة المال من شأنه أن يشكل اعتداءً على الحياة الخاصة لمالك أو منافسةً غير مشروعة.

(١) انظر مثلاً حكم محكمة بداية باريس تاريخ ٨ كانون ثاني ١٩٩٢ عندما رفضت المحكمة اعتبار أن لمالك لوحة من لوحات بيكانسو أن يعترض على استساغ اللوحة على وشاح من تصميم أحد دور الأزياء لأن حق الملكية ينحصر باللوحة كدعامةٍ مادية وليس له أن يتمتد لصورة المال:

TGI Paris, 8 janv. 1992, Juris-Data n° 044192.

(2) Séverine Dusollier, op. cit., p. 388.

(3) Cass. 2e civ., 5 juin 2003, Comm. Com. électr. oct. 2003, p. 25 note Ch. Caron, L'image des biens, une erreur de doctrine? ; T. Revet, RTD civ. 2004. 528 ; F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004, p. 962.

(4) Ch. Caron, loc cit.

وقد لاقى هذا القرار ترحيباً واسعاً من الفقه الذي عدّه تراجعاً صريحاً من محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها السابق بأن حق الملكية العينية يمتد لصورة المال.<sup>(١)</sup>

أوضحت محكمة النقض في حكمين آخرين لها المقصود بمعيار "الاضطراب غير الطبيعي" في الملكية الذي تمنعه القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية. ففي الخامس من حزيران عام ٢٠٠٣ قضت محكمة النقض بأن "نشر صورة مسكن المدعي بالجريدة وعنوانه بدقة يشكل اعتداءً على الحياة الخاصة للمدعي مالك العقار...".<sup>(٢)</sup> وفي قضية أخرى بين شركتين لبيع النبيذ، عندما استعملت الشركة المدعي عليها لتسويق نبيذها صورة القصر المملوك للشركة المدعية والذي يتم فيه إنتاج النبيذ، إذ رأت محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ ٢٨ حزيران عام ٢٠١٢ أن قيام المدعي عليها بإلصاق صورة القصر المملوك للشركة المدعية يُشكّلُ اضطراباً غير طبيعي، لأن هذا الفعل من شأنه أن يخلق لبسًا بين المنتجين، أي أن استعمال صورة المال من شأنه أن يشكل فعل منافسة غير مشروعة والاضطراب غير الطبيعي هو الخطأ الذي استندت عليه المدعية لإثبات دعوى المنافسة غير المشروعة.<sup>(٣)</sup> نجد هنا أن اجتهاد محكمة النقض الفرنسية قد استقر على أن حماية صورة المال لا يمكن أن تؤسس إلا على قواعد المسؤولية التقصيرية وليس على حق الملكية العينية.<sup>(٤)</sup>

إن استثناء صورة المال من نطاق حق الملكية وجعل حمايتها حكراً على قواعد المسؤولية التقصيرية هو تأكيدٌ على مبدأ استقلال الملكية العينية عن الملكية الفكرية على اعتبار أن كل ما هو معنوي يجب أن يخرج من نطاق الملكية العينية وأن حدود هذه الملكية لا يجب أن تمتد لتحتكر الوصول الفكري للمصنف.<sup>(٥)</sup>

(1) Cass., ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Bull. AP, n° 10 ; D. 2004, p. 1459, point de vue C. Atias , p. 1545 , note J.-M. Bruguière et note E. Dreyer ; D. 2004, p. 2406, obs. N. Reboul-Maupin ; GAJC, 12e éd., 2007, n° 68-69 ; RDI 2004, p. 437, obs. E. Gavin-Millian-Oosterlynck; RTD civ. 2004, p. 528, obs. T. Revet ; RTD com. 2004, p. 712, obs. J. Azéma; JCP 2004 II. 10085, obs. C. Caron; Rapport annuel C. cass. pour 2004, p. 344.

(2) Civ. 2e 5 juin 2003, n° 02-12.853, Bull. civ. II, n° 175 ; D. 2003, p. 2461 , note E. Dreyer ; RTD civ. 2003, p. 681, obs. J. Hauser ; Civ. 2e, 29 juin 1988, n° 87-10.463, Bull. civ. II, n° 160 ; P. Kayser, L'image des biens, D. 1995. Chron. 291.

(3) Cass. 1e civ. 28 juin 2012, n° 10-28.716, non publié au Bulletin.

(4) Frédéric Pollaud-Dulian, Images des biens : du droit exclusif au trouble anormal, D. 2012 p.2218.

(5) Ibid.

إن الطريق الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية بداعياً باعتبار أن الملكية العينية تمتد لتشمل صورة المال حتى تراجعها نهائياً عن اجتهادها، بالإضافة إلى الآراء الفقهية التي انتقدت هذا الاجتهاد ببيانٍ بشكلٍ واضحٍ كيف أن نظرية صورة المال تتعارض مع مبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية. وعليه فإن ذلك يقودنا إلى استنتاج أن نظرية صورة المال لا يمكن تطبيقها لتعارضها مع نص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة التي كرست مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاية المادية.

### الخاتمة والتوصيات:

لقد بينت هذه الدراسة أن مبدأ الفصل بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للدعاية المادية يتجاوز فكرة أن التنازل عن الدعاية المادية لا يتضمن تنازل المؤلف عن حقوقه. فنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف إنما يكرس مبدأً أساسياً في حق المؤلف إن لم يكن كذلك في كل فروع الملكية الفكرية، وهو استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية للدعاية. كذلك بينت هذه الدراسة أن النشأة التاريخية لهذا المبدأ كانت نقطة انطلاق مهمة للفقه والقضاء الفرنسي لصياغة نظرية الحقوق الأدبية للمؤلف في فرنسا في القرن التاسع عشر للميلاد. ومن نافلة القول إن الحق الأدبي للمؤلف يشكل حجر أساسٍ للنظرية العامة لحق المؤلف في فرنسا والتشريعات التي أخذت بهذه النظرية كالتشريع الأردني. إنَّ أساس هذا المبدأ يقوم على اعتبار المصنف شيئاً لا يوجد إلا بحكم القانون وهذا من شأنه أن ينزع المصنف عن كل ما هو مادي على عكس الدعاية المادية، فيقوم بالتالي الفصل النظري بينهما. وطالما أن هنالك شيئاً منفصلاً أحدهما حكميًّا (معنوي) والآخر واقعيًّا (مادي)، فهذا يعني أن ملكية كلٍّ منهما هي بالضرورة مستقلةٌ عن الأخرى؛ أي أن الاستقلال متبادل بين هاتين الملكيتين. لذلك وجِبَ وضع حدودٍ للملكية العينية باعتبارها حقاً عيناً خالصاً لا يمكن أن يكون له أيٌّ بعدٌ معنوي.

كذلك فإنه من الضروري بمكان التأكيد أن مبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية لا يعطي الغلبة لحق على آخر. لذلك فإنَّ حق الملكية العينية عندما يعطى لصاحبها منع الآخرين من الوصول المادي للشيء التي من شأنها أن تؤدي بطريقة غير مباشرة إلى منع الوصول للمصنف - عندما يكون هذا الشيء دعامةً ماديةً لمصنف - فإنَّ ذلك ليس من شأنه المساسُ بمبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية، لأنَّ هذه الميزة من الأبعاد المادية للملكية العينية. كذلك فإنَّ الملكية العينية ليس لها أن تمتد لتشمل صورة المال لأنَّ في ذلك بعداً معنويًّا لهذه الملكية وهذا مساسٌ خطيرٌ بمبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية المعنوية.

### التوصيات:

قصة ملكيتين: مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاية المادية في التشريعين الأردني والفرنسي  
د. سهيل هيثم حدادين، "محمد أمين" قاسم الناصر

---

الوصية الرئيسية التي خرجت بها هذه الدراسة هي أن حماية صورة المال لا يمكن أن تؤسس إلا على قواعد المسؤولية التقصيرية وليس باعتبار الاعتداء على صورة المال اعتداءً على حق الملكية العينية. وعليه فإن مالك المال إن رغب بمنع استغلال صورة ماله فعليه إثبات أن هذا الاستغلال يشكل فعلاً ضاراً بصاحب المال لأن يثبت أن استغلال صورة المال يشكل خرقاً لحياته الخاصة أو أن استغلال صورة المال يشكل فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة كما حددها القانون.

## المراجع

### أولاً: الكتب

#### أ. باللغة العربية:-

إدوار عيد، *حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون اللبناني والقوانين العربية والأجنبية*، ج ١، حق المؤلف، دار صادر، ط ٢٠٠١.

عبدالحميد الشناوي، *حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية*، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢.

عبدالرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، *حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢*، الكتاب الأول: *حقوق المؤلف*، دار النهضة العربية ٢٠٠٨.

محمد حسام محمود لطفي، *الملكية الأدبية والفنية، المفاهيم الأساسية والمشكلات العملية*، القاهرة ٢٠١٦.

مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ترجمة عبدالعزيز فهمي، دار الكتاب المصري، القاهرة الطبعة الأولى (١٩٤٦).

#### ب. بلغات أجنبية:

Adeney (Elizabeth), *The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press 2006.

Baudry-Lacantinerie (Gabriel), *Traité théorique et pratique de droit civil*, 12, *De la vente*,

Blanc (Étienne), *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice*, Paris 1844.

Caron (Christophe), *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1996.

Cornu (Gérard), *Droit civil : introduction, biens, personnes*, Montchrestien, 12e éd., 2005.

Cornu (Marie), Mallet-Poujol (Nathalie), *Droit, œuvres d'art et musées, Protection et valorisation des collections*, CNRS Éditions, 2006.

Desbois (Henri), *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 1978.

Dock (Marie-Claude), *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ Paris, 1962.

Dusollier (Séverine), *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier 2007.

Gastambide (Adrien), *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres, ou De la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture*, Paris 1837.

Gautier (Pierre-Yves), *Propriété littéraire et artistique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF 2017.

Gleize (Béatrice), *La protection de l'image des biens*, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Thèses, Doctorat et Notariat, t. 33, 2008.

Lucas (André), Lucas (Henri-Jacques) et Lucas-Schloëtter (Agnès), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Litec 2012.

Pardessus (Jean-Marie), *Cours de droit commercial*, 3<sup>ème</sup> éd., t. 2, Paris, 1825.

Pignatari (Olivier), *Le support en droit d'auteur*, Larcier 2013.

Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1922, t. 1

Pollaud-Dulian (Frédéric), *Le droit d'auteur*, 2ème éd., Economica.

Proudhon (Pierre-Joseph), *Les Majorats Littéraires*, Bruxelle 1862.

Recht (Pierre), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Histoire et théories, Bruxelles, 1969,

Renouard (Augustin-Charles), *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris 1838-1839.

Rideau (Frédéric), *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, PUAM 2004.

Troplong (Raymond Théodore), *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, Tome III, Paris 1856.

## ثانياً: المقالات والأبحاث العلمية

### **Benabou (Valérie-Laure):**

La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, *Droit & Patrimoine*, Le mensuel, n°9, mars 2001, p. 84.

L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France, in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Rencontre Franco-Allemandes, Litec, 2007, p.165.

Dock (Marie-Claude), *Genèse et évolution de la propriété littéraire*, RIDA n° 79, (n° spécial Histoire internationale du droit d'auteur – Des origins à nos jours), janv. 1974, p. 127.

### **Edelman (Bernard):**

De l'accès des auteurs d'une oeuvre cinématographique au négatif du film Ch. Manaila, Téléchargement payant de musique: le droit de la consommation s'applique strictement!, D. 2007, p. 219

L'"image" d'une oeuvre de l'esprit tombée dans le domaine public, D. 2001, p. 770.

**Gaudrat (Philippe):**

À la poursuite de l'oeuvre multimédia, in Les créations multimédia, Frederic Sardain (dir.), DTA vol. 8, n°2, 2001, p. 21.  
Droits des auteurs, Droits moraux. Théorie générale du droit moral (CPI, art. L. 121-1 à L. 121-9), J-C1 PLA, fasc. 1210.

Gautier (Pierre-Yves), L'accession mobilière en matière d'oeuvre de l'esprit : vers une nouvelle querelle de Proculéien et des Sabiniens, D. 1988, chron., p.152.

Geiger (Christophe), La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ? (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2004), RLDI n° 6, juin 2005, p. 6.

Ginsburg (Jane C.), « Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une oeuvre d'art : étude de droit comparé, RID camp. 1994, p. 811.

Pollaud-Dulian (Frédéric), Images des biens : du droit exclusif au trouble anormal, D. 2012 p.2218.

**Vivant (Michel):**

Parfum: l'heureuse résistance des juges du fond, D. 2007, pp. 954-955.  
La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, RIDE/4, 2006, p. 361.

Zenati (Frédéric), Du droit de reproduire les biens, D. 2004, p. 962.

**ثالثاً: الرسائل**

Pfister (Laurent), L'auteur, propriétaire de son oeuvre? La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957, Thèse Strasbourg, 1999.

Sirinelli (Pierre), Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, Thèse, Paris II, 1985.

Wolowski (Louis), Présentation de législation, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1839, l. 10, p. 213.

**رابعاً: قرارات المحاكم**

- T. corr. Seine, 13 déc. 1834.
- Cass. crim., 23 juil. 1841, DP 1841, 1, p. 322.
- CA Paris avr. 1850, DP 1852, 2, p. 159
- CA Paris 5 juin 1855, DP 1857, 2, p. 28

- Trib. Civ. Seine, 5 mai 1894, Ann. 1894, p. 337
- CA Besançon, 21 mai 1902, DP 1904, jurispr. p. 9, note E. Pouillet.
- Cass. crim. 19 mars 1926, DP 1927, 1, p. 25, note Nast
- T. civ. Seine, 15 nov. 1927, DP 1928, 2, p. 89.
- CA Paris, 6 mars 1931, DP 1931, 2, p. 88, note Nast.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1982, Bull. civ. I, n° 228.
- TGI Paris, 8 janv. 1992, Juris-Data n° 044192.
- TGI Paris, 5 mars 1993, RIDA avr. 1993, p. 240.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1999, n° 96-18.699, «Café Gondrée», Bull. civ. I, n° 87.
- D. 1999, p. 319, concl. J. Sainte-Rose, note E. Agostini;
- RDI 1999. 187, obs. J.-L. Bergel.
- RTD civ. 1999. 859, obs. F. Zenati.
- RTD com. 1999 p. 397, obs. A. Françon.
- JCP 1999 II. 10078, obs. P.-Y. Gautier.
- JCP 1999 I. 175, obs. H. Périnet-Marquet.
- F. Zenati, RTD civ. 1999, p. 859.
- T. Revet, RTD civ. 2004. 528.
- D. 1999, p. 319, note E. Agostini.
- JCP 1999. II. 10078, obs. P.-Y. Gautier.
- Civ. 2<sup>e</sup> 5 juin 2003, n° 02-12.853, Bull. civ. II, n° 175.
- D. 2003, p. 2461, note E. Dreyer.
- RTD civ. 2003, p. 681, obs. J. Hauser.
- Comm. Com. électr. oct. 2003, p. 25 note Ch. Caron, L'image des biens, une erreur de doctrine?
- Cass., ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Bull. AP, n° 10.
- D. 2004, p. 1459, point de vue C. Atias, p. 1545, note J.-M. Bruguière et note E. Dreyer.
- D. 2004, p. 2406, obs. N. Reboul-Maupin.
- RDI 2004, p. 437, obs. E. Gavin-Millan-Oosterlynck.
- RTD civ. 2004, p. 528, obs. T. Revet.
- RTD com. 2004, p. 712, obs. J. Azéma.
- JCP 2004 II. 10085, obs. C. Caron; Rapport annuel C. cass. pour 2004, p. 344.
- CA Paris, 11 juill. 2005, Comm. Com. électr., 2006, comm., p. 93, obs. Ch. Caron.
- Cass. 1<sup>e</sup> civ. 28 juin 2012, n° 10-28.716, non publié au Bulletin.

## سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني

د. مؤمن نايف السعايدة \*

أ. د. مهند عزمي ابو مغلي

تاريخ القبول: ١٨/١١/٢٠١٩ م.

تاريخ تقديم البحث: ٤/٨/٢٠١٩ م.

### ملخص

تهدف هذه الدراسة بموضوع سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني؛ حيث تناولت مفهوم عقد الأشغال العامة والذي أشار إليه نظام الأشغال الحكومية الأردني، إضافة إلى خصائص ذلك العقد، وذلك بأن يرد موضوع العقد على عقار، وأن يجري تنفيذه لحساب شخص معنوي عام، وأن تكون الغاية منه تحقيق منفعة عامة، وصولاً إلى مفهوم سحب المشروع والذي أشارت إليه المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، وكذلك الطبيعة القانونية لسحب المشروع وانتهاءً بالأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب، حيث اختلف الفقهاء حول أساس سلطة الإدارة في سحب المشروع فمنهم من رده إلى اعتبار السلطة العامة، ومنهم من رده إلى اعتبار المصلحة العامة إضافة إلى شروط سحب العمل أو المشروع من المقاول، والآثار التي تترتب على سحب المشروع أو العمل من المقاول المتعاقد مع الإدارة.

وإن مشكلة البحث تكمن في الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة، فهي تُشكل إما جزءاً من جانب الإدارة أو تصرف إداري أو سلطة مستقلة.

وتوصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات وكان من أهم النتائج أن المشرع الأردني لم يحدد الضوابط والحالات التي تتعلق بسحب العمل أو المشروع من المقاول على سبيل الحصر، بل جاءت مطلقة، أما أهم التوصيات؛ على المشرع الأردني تحديد الضوابط والحالات التي تتعلق بسحب العمل أو المشروع من المقاول تحديداً واضحاً.

**كلمات الدالة:** عقد الأشغال العامة، السحب.

\* كلية القانون، جامعة عمان العربية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **The Authority of the Administration in Withdrawing the Public Works Contract in the View of Jordanian legislation**

**Dr. Momen Nayef Al Saaydeh**

**Prof. Mohannad Azmi Abo Moghli**

### **Abstract**

This study deals with the authority of the administration in withdrawing the contract of public works in the view of the Jordanian legislation. It deals with the concept of public works contract referred to by the Jordanian government works system. In addition to the characteristics of that contract, and the purpose of which is to achieve public benefit, up to the concept of withdrawal of the project referred to in Article (84) of the Regulations of the law of the organization of tenders and auctions. Also, the jurists differed on the basis of the authority of the administration in withdrawing the project. Some of them responded to the public authority's consideration, some of which were to be considered as public interest in addition to the terms of withdrawal of work or project from the contractor, and the results that come up from the withdrawal of the project or work with the contractor contracting with the administration.

The problem of the research lies in the legal nature of the authority of the administration in withdrawing the contract of public works, they constitute either a penalty by the administration or an administrative act or an independent

The researcher reached a number of conclusions and recommendations. One of these is that the Jordanian legislator did not specify the controls and cases related to the withdrawal of the work or the project from the contractor. But the most necessary recommendation is the Jordanian legislator should specify the limits controls and cases related to the withdrawal of work on project from the contractor clearly and specifically.

**Keywords:** public works contract, clouds

## المقدمة:

يُعد عقد الأشغال العامة من أبرز العقود الإدارية الذي تتولى الدولة من خلاله التعاقد مع الغير باعتباره أحد وسائلها في تسخير المرافق العامة وتحقيق أغراضها، إذ يلعب عقد الأشغال العامة دوراً هاماً في إنشاء وصيانة المرافق العامة، حتى تتمكن الإدارة من إدارة مراقبتها وتقديم خدماتها للأفراد المنتفعين بانتظام وإطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، وبموجب ذلك فإن الإدارة العامة في عقد الأشغال العامة تتمتع بامتيازات وسلطات أوسع من الطرف الثاني وهو المتعاقد معها والذي يسمى بالمقابل، حيث تتمكن الإدارة بعدها لتلك الامتيازات من التعديل والتغيير في الالتزامات والشروط التعاقدية بإرادتها المنفردة، وذلك وفقاً للحدود والضوابط التي تقتضيها المصلحة العامة، وذلك تماشياً مع المبدأ القائل بضرورة مواكبة المرافق العامة للمستجدات والمتغيرات، وكذلك مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل.

وعلى ذلك تعتبر سلطة الإدارة في التعديل والتغيير في الشروط التعاقدية عن طريق الأوامر التغييرية التي تصدرها الإدارة في نطاق تنفيذ عقد الأشغال العامة، إذ قد يترتب عليها نتائج خطيرة تؤدي إلى الإضرار بالمقابل (المتعاقد) مع الإدارة، وبالتالي فإنه يجب مراعاة صدور تلك الأوامر بطريقة تضمن المحافظة على التوازن بين حقوق والالتزامات طرفي العقد، وأن يكون صدور الأوامر التغييرية وفقاً لضوابط وقيود تراعي فيها قواعد العدالة والمصلحة العامة.

في ضوء ما تقدم فإن من أهم الامتيازات التي منحت للإدارة في عقد الأشغال العامة هي سلطتها في سحب العقد بإرادتها المنفردة، وقد يكون ذلك على شكل جزاء ينال من المتعاقد معها بسبب إهماله أو تقصيره في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الموكولة إليه، أو بسبب صدور خطأ عنه، أو قد يكون استجابة لمقتضيات المصلحة العامة.

أما مشكلة الدراسة فتكم في الطبيعة القانونية للسحب التي من الممكن أن تحمل أنها جزاء من جانب الإدارة بحق المقاول، أم أنها تصرف إداري بإرادة الإدارة المنفردة، أم أنها سلطة مستقلة للإدارة في السحب بعيداً عن فكرة التعديل، ومدى كفاية الحلول التي قدمها المشرع في حل تلك المشكلة.

### أهداف الدراسة:

تهدف دراسة سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني إلى تحقيق العديد من الأهداف، وهي:

- ١- تحديد ماهية عقد الأشغال العامة.
- ٢- تحديد المفهوم القانوني لسلطة الإدارة في سحب المشروع.
- ٣- نطاق صلاحية الإدارة في سحب المشروع ومبراته.
- ٤- التعرف على الأساس القانوني لسلطة الإدارة في سحب المشروع.
- ٥- التعرف على شروط السحب وضوابطه القانونية.
- ٦- تحديد الآثار المترتبة على السحب.

### الدراسات السابقة:

١- دراسة الكاسح، نصر الدين مصطفى محمـد (٢٠٠٨): سلطة الإدارة في تعديل وإنـهـاء العـقد الإـدارـي، دراسـة مـقارـنة، رسـالـة مـاجـسـتـير، جـامـعـة التـحـدي، لـيـبيـا. تـنـاـولـت هـذـه الـدـرـاسـة سـلـطـة الإـادـارـة في تعـدـيل وإنـهـاء العـقد الإـادـارـي من نـاحـيـة ضـوـابـط وـحدـود التـعـدـيل، وـكـذـلـك شـرـوـط الإنـهـاء وـالـآـثـار المـتـرـتـبـة عـلـى إنـهـاء عـقد الأـشـغال العـامـة، وـرـقـابـة القـضـاء الإـادـارـي عـلـى سـلـطـة الإـادـارـة في إنـهـاء عـقد الأـشـغال العـامـة، وـيـخـتـلـف مـوـضـوـع درـاسـتـا عنـ الـدـرـاسـة السـابـقـة فيـ أـنـه تـنـاـولـتـ الـمـفـهـومـ الـقـانـونـيـ لـسـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ السـحـبـ، وـحـدـودـ نـطـاقـ سـلـطـتـهـ فيـ السـحـبـ، وـكـذـلـكـ الـأـسـاسـ الـقـانـونـيـ لـسـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ السـحـبـ، إـضـافـةـ إـلـىـ الطـبـيـعـةـ الـقـانـونـيـةـ لـسـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ السـحـبـ.

٢- دراسة الحجري، أـحمدـ بنـ سـالمـ بنـ شـامـسـ (٢٠١٣): الأـوـامـرـ التـغـيـيرـيـةـ فيـ عـقدـ الأـشـغالـ العـامـةـ فيـ ضـوـءـ عـقدـ الـفـيـديـكـ النـمـوذـجيـ، درـاسـةـ مـقارـنةـ، رسـالـةـ مـاجـسـتـيرـ، جـامـعـةـ الـبـيرـمـوكـ، الأـرـدنـ. تـنـاـولـتـ هـذـهـ الـدـرـاسـةـ سـلـطـةـ الإـادـارـةـ الـقـانـونـيـةـ فيـ الدـوـلـ الـمـقـارـنـةـ فيـ إـصـدـارـ أـوـامـرـ الـعـملـ فيـ عـقدـ الأـشـغالـ العـامـةـ، وـالـآـثـارـ الـقـانـونـيـ المـتـرـتـبـ لـلـأـوـامـرـ التـغـيـيرـيـةـ منـ الـزيـادـةـ فيـ التـزـامـاتـ الـمـقاـوـلـ، وـكـذـلـكـ الـآـثـارـ الـقـانـونـيـ المـتـرـتـبـ عـلـىـ الإـخـلـالـ بـتـفـيـذـ أـوـامـرـ الـعـملـ التـغـيـيرـيـةـ، إـضـافـةـ إـلـىـ ضـمـانـاتـ الـمـقاـوـلـ تـجـاهـ سـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ إـصـدـارـ الأـوـامـرـ التـغـيـيرـيـةـ، وـيـخـتـلـفـ مـوـضـوـعـ درـاسـتـا عنـ الـدـرـاسـةـ السـابـقـةـ فيـ أـنـهـ تـنـاـولـتـ سـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ سـحـبـ عـقدـ الأـشـغالـ العـامـةـ فيـ ضـوـءـ التـشـريـعـ الـأـرـدـنـيـ، وـنـطـاقـ سـلـطـةـ الإـادـارـةـ فيـ سـحـبـ المـشـروـعـ، وـكـذـلـكـ شـرـوـطـ مـمارـسـةـ الإـادـارـةـ لـسـلـطـتـهـ فيـ السـحـبـ، وـالـآـثـارـ الـتـيـ تـنـتـرـتـ عـلـىـ السـحـبـ.

**منهجية الدراسة:**

سيتبع الباحث في دراسته لهذا الموضوع المنهج الوصفي التحليلي والاستقصائي؛ وذلك من خلال بحث سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني، وتحديد أساسها القانوني مع بيان وتوضيح آراء واتجاهات الفقهاء والقضاء الإداريين من خلال تحليل أحكام المحاكم الإدارية والنصوص القانونية، وأية نصوص أخرى تتعلق بالموضوع كلما أمكن ذلك في ضوء ما يقتضيه البحث العلمي وأصوله.

**حدود الدراسة:**

تم تحديد البحث مكانيًّا في المملكة الأردنية الهاشمية، وزمانيًّا في نظام الأشغال الحكومية الأردني رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦ م، إضافة إلى النصوص المنظمة لأوامر العمل التغيرية الواردة في عقد الأشغال العامة.

**خطة الدراسة:**

للإجابة على مختلف الأسئلة التي تثيرها سلطة الإدارة في سحب عقد الأشغال العامة في ضوء التشريع الأردني، فقد ارتى الباحث تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، على أن تنتهي هذه الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** مفهوم عقد الأشغال العامة وسحب المشروع وطبيعته القانونية.

**المبحث الثاني:** الأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب وشروطه وآثاره القانونية.

**الخاتمة:** النتائج والتوصيات.

**المبحث الأول: ماهية سحب عقد الأشغال العامة**

ان لعقد الأشغال العامة أهمية بارزة لأنه يعتبر أحد وسائل الإدارة في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد والذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التي تسعى إليه الإدارة، ولسحب مشروع عقد الأشغال العامة الدور الأكبر في العقد؛ وذلك نظراً لأنه امتياز منح للإدارة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء وبموافقة الإدارة المنفردة في سحب ذلك المشروع، كما أن له طبيعة قانونية قد ترجع أحياناً إلى عدة اعتبارات قانونية، وسيتم تناول ذلك من خلال المطالب التالية:

## المطلب الأول: مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه

إن عقد الأشغال العامة عُرف من قبل التشريع والفقه ووضعت له عدة تعاريفات، كونه أحد أهم العقود الإدارية، كما أنه يمتاز بعدد من الخصائص تجعله مختلفاً عن غيره من العقود الإدارية، وهذا ما سيتناوله الباحث من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة

عرف نظام الأشغال الحكومية الأردني الأشغال العامة في المادة الثانية منه على أنه: "إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها وصيانتها، وما تحتاج إليه من شراء واستئجار ونقل وتقديم وتسليم المواد والتجهيزات واللوازم والمعدات ومركبات الأشغال والأجهزة والقطع التبديلية الخاصة بهذه الأشغال أو الازمة لدراستها وتشغيلها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها".<sup>(١)</sup>

وبالنظر إلى التعريف السابق نجد أن المشرع قد أغفل الأعمال التي تقوم بها الإدارة من خلال الغير من دائرة الأشغال العامة، وذلك بالنص على الأشغال العامة التي تكتسب صفة العمومية، إذ أنه لم يُشر إليها في تعريفه للأشغال العامة.

ويرى الباحث أن المشرع الأردني لم يضع مفهوماً متكاملاً يحدد الأشغال العامة؛ ولم يحدد أدنى ضابط أو معيار للأعمال التي تُعد من قبيل الأشغال العامة، إضافةً إلى أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف عقد الأشغال العامة.

وقد عرف جانب من الفقه عقد الأشغال العامة على أنه: "عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقاً للفائدة العامة"<sup>(٢)</sup>، وعرفه جانب منهم على أنه: عقد يعهد فيه أحد أشخاص القانون العام لمقاول بتنفيذ أشغال عامة، في مقابل ثمن.<sup>(٣)</sup>

(١) المادة (٢) من نظام الأشغال الحكومية الأردني رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦، المنشور في الجريدة الرسمية ص ٢١٤٣، عدد ٣٤٣٩، تاريخ ١٢/١/١٩٨٦.

(٢) قرة، فتحية (١٩٨٧): أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص ٥٦.

(٣) الشرقاوي، سعاد (١٩٩٩): العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، ص ٣٧.

وعُرف أيضاً على أنه: "عقد إداري تبرمه الإدارة مع أحد المتعاقدين (فرداً كان أم شركة) لبناء عقارات أو ترميمها أو صيانتها لحساب شخص معنوي عام بغية تحقيق منفعة عامة، وذلك لقاء ثمن محدد متفق عليه ضمن شروط التعاقد" (١).

ويرى الباحث أنه يمكن تعريف عقد الأشغال العامة على أنه: عقد إداري يجري بين شخصين أحدهما من الأشخاص المعنوية العامة والأخر أحد الشركات أو الأفراد يلتزم بمقتضاه الأخير بتنفيذ كافة أعمال البناء والصيانة والترميم لحساب الأول وهو الشخص المعنوي العام، بقصد تحقيق نفع عام، وبموجب ثمن يتم الاتفاق عليه مسبقاً.

#### الفرع الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة

أشار نظام الأشغال العامة الحكومية الأردني، وبعض التعاريف التي توصل إليها الفقهاء إلى ضرورة أن يتضمن عقد الأشغال العامة العديد من العناصر والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود؛ وهي على النحو الآتي:

##### أولاً: أن يرد موضوع الأشغال العامة على عقار

يتوجب أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار، وبالتالي يُستبعد من دائرة عقد الأشغال العامة ما يرد على المنقولات مهما بلغت تكلفتها أو قيمتها، وعليه فإنه لا يكون محلًّا لعقد الأشغال العامة الاتفاق الذي يرد على المنقولات، بصرف النظر عن مالكها، حتى وإن كان مُدرجاً ضمن قائمة الأموال العامة (٢).

إن العلاقة القائمة ما بين الأشغال العامة والمرافق العامة هي السبب الرئيسي لاشترط أن يرد عقد الأشغال العامة على عقار، سواءً أكان الغرض من إبرام العقد هو البناء أو إعادة إعمار أو الترميم، ومهما كانت طبيعة ذلك العقار، الذي من الممكن أن يكون عقاراً بالتخصيص أو عقاراً بطبعته (٣).

(١) القبيلات، حمدي (٢٠١٦): القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص ١٠٨.

(٢) حاج سعيد، عبدالله (٢٠١٥): أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن، ص ٢٤.

(٣) خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (٢٠٠٥): الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٤٧.

**ثانياً: أن يجري تنفيذ الأعمال لحساب شخص معنوي عام**

يجب أن يتم تنفيذ الأعمال من قبل المتعهد لحساب شخص معنوي عام، أي لحساب الدوائر الحكومية المركزية كانت مثل الوزارات، أو لامركزية مثل الهيئات العامة أو المؤسسات العامة، وبموجب ذلك لا يتوجب أن يكون العقار محل الشغل مملوكاً للشخص المعنوي العام، بل يكفي القول أن يكون الشغل لحساب شخص معنوي عام، وبصرف النظر فيما إذا كان الشخص المعنوي العام يشرف إشرافاً مباشراً على العمل أم أن مصير العقار محل الشغل في نهاية المطاف إلى ذلك الشخص المعنوي العام<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً: أن يستهدف عقد الأشغال تحقيق منفعة عامة**

يشترط في أعمال عقد الأشغال العامة تحقيق منفعة عامة، حتى لو لم يتصل هذا العمل بمال عام، وبالتالي فإنه تخرج من دائرة عقد الأشغال العامة جميع العقود التي ترد على عقار تعود ملكيته للأفراد العاديين أو للدولة كملكية خاصة، ويخرج كذلك من دائرة الأشغال العامة العقود التي تكون لحساب شخص عام وتستهدف تحقيق منفعة فردية أو خاصة<sup>(٢)</sup>.

ويرى الباحث أنه وبالرجوع إلى كافة التعريفات التي تناولت مفهوم عقد الأشغال العامة، قد تعرضت وبطريقة غير مباشرة إلى ضرورة تضمين عقد الأشغال مجموعة الخصائص التي تم ذكرها سابقاً، إذ أنه إذا تخلف عنصر أو خاصية واحدة منها فإننا لا نكون أمام عقد أشغال عامة بالمعنى السابق، وبالتالي يجب أن توجد كافة العناصر والخصائص السابقة في عقد الأشغال العامة

**المطلب الثاني: سحب المشروع وطبيعته القانونية**

تستطيع الإدارة فرض العديد من الجزاءات بإرادتها المنفردة دون حاجة للرجوع إلى المتعاقدين معها وهو المقاول في عقد الأشغال العامة، إذ أن الإدارة تمتلك تلك السلطات بموجب الامتيازات التي منحت لها ودون حاجتها للجوء إلى القضاء المختص، وإن لم يكن منصوص على ذلك في العقد، وسوف يتناول الباحث بالدراسة المقصود بسحب العمل ابتداءً، والأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب، وذلك من خلال ما هو آتي:

(١) القضاة، أمجد أحمد (٢٠١٤): صلاحيات المهندس المشرف في عقد الأشغال العامة التموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن، ٢٠١٩، ص ١٩.

(٢) القبيلات، حمدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٩.

## الفرع الأول: مفهوم سحب المشروع

أشارت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري إلى إجراء سحب العمل أو المشروع من المقاول، بنصها "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة..... كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ الإجراءين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

أ. فسخ العقد.

ب. سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها....<sup>(١)</sup>.

على ضوء ما تقدم يمكن تعريف سحب المشروع على أنه: إجراء إداري يعطى الإدارة الحق في أن تتولى وتمارس ما أهمل المقاول بالقيام به أو قصر في تنفيذه أو إسناد العمل إلى مقاول آخر، ويكون ذلك على نفقة المقاول المهمل أو المقصر، وذلك حفاظاً على مقتضيات المصلحة العامة<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة ٢٥ من نظام الأشغال الحكومية وتعديلاته رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته (أ). للوزير بناء على تسيب الوزير المختص أو وكيل وزارة الأشغال العامة أو لجنة التصنيف أو التأهيل ذات الاختصاص حرمان أي متعدد أو مستشار من تنفيذ الأشغال أو الخدمات الفنية الحكومية لمدة محددة إذا تبين له عدم المقدرة على الوفاء بالالتزام أو قصر في تنفيذ الالتزام أو تم سحب مشروع منه بسبب التقصير أو تغيرت الأسس التي تم التصنيف أو التأهيل بموجبها ويحق للوزير شطب المقاول أو المستشار إذا تكررت عدم المقدرة على الوفاء أو قصر في تنفيذ أكثر من التزام أو تم سحب أكثر من مشروع منه بسبب التقصير.<sup>(٣)</sup>

وعليه فإن سحب العمل أو المشروع من المقاول يعتبر أحد أهم وسائل الضغط التي تمارسها الإدارية عليه، ليتم إجباره على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها بالعقد، حيث لا تلجأ الإدارية إلى تلك الوسيلة إلا إذا أخل المقاول بالتزاماته التعاقدية إخلاً خطيراً يؤثر في جريات العقد، ويكون ذلك بسبب إهمال المقاول المتعاقد مع الإدارية في التنفيذ، أو أن يتأخر في التسليم بالمدة المحددة رغم إخطاره المتكرر بذلك<sup>(٤)</sup>.

(١) اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨.

(٢) محمد، سامح عبدالله عبدالرحمن (٢٠١٦): سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، ص ١٠١.

(٣) نظام أشغال حكومية أردني، رقم (٧١) لسنة ١٦٨٦ وتعديلاته.

(٤) الجبوري، محمود خلف (٢٠١٧): العقود الإدارية، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص ١٥١.

وفي هذا المفهوم يعتبر البعض سحب العمل نوع من الجزاءات المؤقتة، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الأصلي، حيث يتم سحب المشروع من المقاول مع بقاء مسؤوليته قائمة بالالتزام في تنفيذ المشروع على حسابه، حيث تقوم الإدارة بإحلال نفسها مكانه، أو أنها تحيل المشروع إلى مقاول آخر كبديل عن المقاول للاستمرار في التنفيذ، وعلى مسؤوليته الخاصة، وذلك بما لها من سلطات وامتيازات واسعة <sup>(١)</sup>.

وعليه فإن سحب العمل من يد المقاول في حال إخلاله بالتزاماته قد يرجع إلى عدة أسباب لا شأن للإدارة فيها من جانب، ولم يُشر إليها النص من جانب آخر، كما هو الحال في إعسار المقاول، إذ يكون المركز الحالي للمقاول في تلك الحالة متربداً لا يقوى على الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد يرجع سحب المشروع لأسباب أخرى أيضاً كما في الحالة التي تخلّى فيها المقاول عن المقاولة، أو في حال أن ثبت عدم تمكنه من المباشرة أو الإستمرار في أعمال المقاولة دون عذر مشروع، فهذه الأسباب لا تكون على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال <sup>(٢)</sup>.

وتأييداً لذلك فقد صدر قرار عن المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم ٢٠٠٢/١١٠١٦ تاريخ ٢٠٠٥/٢٦ والذي جاء فيه "طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، للجهة الإدارية الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، غير أن سلطة الإدارة في التعديل ليست سواء في جميع العقود الإدارية فهذه السلطة تطبق في بنود التوريد دون عقود الالتزام باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسهيل وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة وكذلك في عقود الأشغال العامة باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد، لذا خولها المشرع في مثل هذه العقود الحق في إسناد البنود المستجدة لذات المقاول القائم بالعمل دون غيره عن طريق الإنفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة، ويشترط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق ويتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية - أثر ذلك - إذا كانت الأعمال الإضافية مثبتة الصلة بـالإعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة". <sup>(٣)</sup>

(١) الشيخ ذيب، محمد موسى علي (٢٠١٥): النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في الأردن، إطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن، ص ٦٤.

(٢) الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

(٣) إدارية عليا أردنية، رقم ٢٠٠٢/١١٠١٦ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠٠٥/٢٦، منشورات مركز عدالة.

ويرى الباحث من خلال التعريف السابق لمفهوم سحب المشروع أن للإدارة صلاحية واسعة في عقد الأشغال العامة في فرض إجراء سحب المشروع من تحت يد المقاول، حيث لا يكون ذلك بمثابة جزاء وإنما هو تصرف أو إجراء من جانب الإدارة تفرضه على المقاول بما لها من سلطة تقديرية ودون أن تلجم القضاء وذلك لاعتبارات المصلحة العامة.

#### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لسحب المشروع

اختلف الفقهاء بالنظر إلى الطبيعة القانونية لسحب المشروع، وذلك باختلاف الآراء التي توجهت إلى اعتبارات السحب، فهل إنها جزاء من جانب الإدارة تجاه المقاول؟ أم أنها تصرف إداري بإرادتها المنفردة؟

ذهب البعض إلى أن فكرة سحب المشروع لا تعدو أن تكون أحد أكبر الجزاءات الجسيمة التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها، وذلك مقابل إخلاله بالالتزامات المترتبة عليه، إذ أنه وبموجب ذلك الجزاء ترجم الإدارية المقاول (المتعاقد معها) على تنفيذ التزامه، وذلك بقيامه بوضع المشروع أو العمل محل عقد الأشغال تحت إدارتها حرصاً منها على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد<sup>(١)</sup>.

ولا يتفق الباحث مع ما ذهب إليه الرأي السابق في أن سحب المشروع في عقد الأشغال العامة هو عبارة عن جزاء يفرض من جانب الإدارة تجاه المقاول، ذلك أن الجزاءات تكون معلومة مسبقاً لطيفي العقد وذلك بموجب أحكام العقد، ومنصوص عليها بنص القانون، كما هو الحال في الغرامات، كغرامات التأخير، وكذلك الحال بالنسبة لمصادر التأمين.

ويرى البعض الآخر أن فكرة سحب مشروع عقد الأشغال العامة عبارة عن تصرف إداري بإرادتها المنفردة بما تملكه من امتيازات السلطة العامة التي منحتها حق التعديل في الالتزامات التعاقدية دون الرجوع إلى الطرف الآخر المتعاقد معها وهو المقاول، فهي تستعمل حقها كسلطة إدارية، وهذا الحق مستمد من النظام العام<sup>(٢)</sup>.

وباستطلاع آراء الفقهاء السابقة نجد أن فكرة سحب مشروع عقد الأشغال العامة عبارة عن إجراء أو تصرف مستقل من جانب الإدارة في حال إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية معها، وهو

(١) الحجري، أحمد بن سالم بن شامس (٢٠١٣): الأوامر التغیریة في عقد الأشغال العامة في ضوء عقد الفیدیک النمودجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ص ١٦٣.

(٢) عياد، أحمد عثمان (١٩٧٣): مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ٢١٦.

د. مؤمن نايف السعايدة، أ.د. مهند عزمي أبو مغلى

غير مرتبط بالجزاءات التي تفرضها على المقاول من جانب، وغير مرتبط أيضاً بفكرة امتياز السلطة العامة الذي يمنح للإدارة في العقود الإدارية.

### المبحث الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في سحب المشروع

اختلف الفقهاء حول أساس سلطة الإدارة في سحب المشروع في عقد الأشغال العامة، فمنهم من يرد فكرة سحب المشروع إلى أن أساسها هو المصلحة العامة ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومنهم من يردها إلى فكرة امتياز السلطة العامة، وسوف يتناول الباحث هاتين الفكرتين من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: اعتبار السلطة العامة الأساس القانوني لسحب المشروع

يعتبر سحب المشروع في عقد الأشغال العامة من المتطلبات التي تقتضيها اعتبارات الصالح العام، فهو من النظام العام، يتوجب على الإدارة القيام بذلك به من تلقاء نفسها ودون طلب من أحد، استناداً إلى نصوص العقد، فهو ليس حقاً لها، فقيام الإدارة بسحب المشروع من المقاول لا يعد من قبيل الجزاء، وأنما هو إجراء يصدر عن الإدارة تنفيذاً للعقد<sup>(١)</sup>.

إن إجراء سحب المشروع من يد المقاول في حال إخلاله وتقديره في تنفيذ التزاماته يُعد من باب إعمال الإدارة لسلطتها في التنفيذ المباشر، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، أو أدنى حاجة لإنزال النص، وبالتالي فإن الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة، وهي التي تضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فهي التي تت肯ل باتخاذ إجراء السحب للمشروع دون انتظار لصدر حكم قضائي بذلك<sup>(٢)</sup>.

إضافةً إلى أن سلطة الإدارة في سحب المشروع بإرادتها المنفردة يقع في فكرة السلطة العامة، وهي من أهم مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة إزاء الأفراد، وذلك ضماناً لتنفيذ الالتزام المتصل بسير المرفق العام في حال إخلال المقاول في تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>(٣)</sup>.

(١) الشريف، عزيزة (١٩٨١): نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص ١٦٩.

(٢) محمد، سامح عبدالله عبدالرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٣) الجمل، هارون عبدالعزيز (١٩٧٩): النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص ٨٨.

أن فكرة السلطة العامة كأحد الإعتبارات التي تمنح الإدارة الصلاحية في السحب، تُعد من أقوى الأسلحة التي تستخدمها الإدارة في مواجهة المقاول، وبإرادتها المنفردة، وأن سلطتها في السحب يجب أن تستند إلى فكرة السلطة العامة<sup>(١)</sup>.

يتفق الباحث مع ما ذهب إليه الاتجاه السابق الذي يرى أن سحب المشروع في عقد الأشغال العامة من المتطلبات التي تقتضيها اعتبارات السلطة العامة، حيث يعتبر سحب المشروع من باب الإجراءات التي تقوم بها الإدارة، وليس جزاء تفريضه على المقاول، إذ أن الجزاءات تكون محددة سلفاً عند التعاقد، وقبل الشروع في تنفيذ العقد، حيث يُعد سحب المشروع من النظام العام.

#### الفرع الثاني: اعتبار المصلحة العامة الأساس القانوني لسحب المشروع

إن سلطة الإدارة في سحب المشروع من المقاول حسب ذلك الاتجاه قد يرد في دائرة ضرورات المصلحة العامة التي تقتضيها متطلبات حسن سير المرفق العام الذي ينتفع منه الأفراد، إذ أن من العناصر الأساسية للمرفق العام هو سيره بانتظام وإطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا ثبتت للإدارة أن العقد الذي محله تشغيل المرفق العام غير صالح لإدارة ذلك المرفق؛ فإن من صلاحيات الإدارة أن تعمل على سحب عقد الأشغال العامة من المقاول وفقاً لمقتضيات ومتطلبات المصلحة العامة التي تتطلبها المرافق العامة<sup>(٢)</sup>.

إن وجود عقد الأشغال العامة مرتبط بتحقيق المصلحة العامة وليس بتحقيق مصالح مالية لجانب الإدارة، فإذا جرى سحب العقد من جانب الإدارة حسب ذلك الاتجاه دون أن يستهدف تحقيق الصالح العام، فإنه يكون دون مبرر وعرضة للإلغاء أمام القضاء المختص، لذلك فعندما تقرر الإدارة سحب العقد من المقاول؛ فإنها ترى أن استمراره لا يتوافق مع مقتضيات المصلحة العامة من جانب، واحتياجات المرفق العام من جانب آخر<sup>(٣)</sup>.

ويرى الباحث ضرورة وحدة الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة السلطة العامة، وفكرة الصالح العام وحسن سير المرفق العام، حيث أن فكرة سحب عقد الأشغال العامة من يد المقاول تستند إلى مزيج من فكرة السلطة العامة، ومتطلبات الصالح العام، وامتيازات السلطة العامة.

(١) عبدالحميد، مفتاح خليفة (٢٠٠٧): إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص ٨٠.

(٢) عبدالحميد، مفتاح خليفة، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) عياد، أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

## المطلب الثاني: شروط سحب العمل من المقاول

تتعدد شروط سحب العمل من المقاول، حيث لا يمكن حصرها ضمن دليل أو مرشد يبين شروط سحب المشروع أو العمل من المقاول، ذلك أن الأخطاء التي قد تصدر من جانب المقاول متعددة، وتوجب تصرف الإدارة في سحب المشروع لما صدر عن المقاول من خطأ يلزم ذلك التصرف؛ وسيتناول الباحث شروط سحب العمل حسب ما هو آتٍ:

### الشرط الأول: وقوع خطأ جسيم من جانب المتعاقد<sup>(١)</sup>.

يصدر عن المقاول أثناء قيامه بتنفيذ عقد الأشغال العامة كإجراء طبيعي ناجم عن العمل العديد من الأخطاء، ولكن العبرة ليس في الخطأ ذاته؛ وإنما في جسامته ذلك الخطأ والذي يؤثر في سير المرفق العام، الأمر الذي يُجيز للإدارة اتخاذ إجراء السحب بإرادتها المنفردة، حيث لا يمكن تصوّر قيام الإدارة بسحب العمل من المقاول في حال الأخطاء البسيطة.

يمكن القول وكما أسلفنا سابقاً إن الخطأ الجسيم هو الذي يبرر للإدارة اتخاذ إجراء سحب العمل من المقاول ووضع العمل أو المشروع تحت تصرف الإدارة، وأن الخطأ البسيط لا يبرر للإدارة اتخاذ ذلك الإجراء، ولكن من الممكن الإقدام على ذلك الإجراء في حال أن اجتمعت مجموعة من الأخطاء البسيطة والمتعددة في آن واحد والتي لا يكفي كل منها على حدة أن يكون كافياً لسحب العمل<sup>(٢)</sup>.

يمكن الإشارة إلى بعض الأخطاء الجسيمة التي تعد كذلك وتجيز للإدارة سحب العمل من المقاول؛ كما في حالة إذا استخدم المقاول أثناء تنفيذ العقد أحد وسائل الغش أو الاحتيال أو الإهمال الجسيم في تنفيذ العقد أو في حال تنازل المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية دون الحصول على الموافقة الخطية من جانب الإدارة، ويعد أيضاً من باب الخطأ الجسيم هو رفض المقاول الالتزام بالأوامر المصلحية التي تصدر من جانب الإدارة والمتعلقة بمتابعة تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً، وكذلك التعديلات، وبعض الأعمال التي تقتضيها القوة القاهرة<sup>(٣)</sup>.

(١) محمد، سامح عبدالله عبدالرحمن، سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) الجمل، هارون، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٣) مجذوب، عبدالحليم (٢٠١٨): مقال بعنوان سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بإلتزاماتهم التعاقدية، دراسة مقارنة، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر ص ٨٧\_٨٨.

يرى الباحث أنه ومن باب العدالة وتحقيقاً للمصلحة العامة التي تقضي بها متطلبات المرفق العام، يتوجب على المشرع إدراج نصوص قانونية أو شروط أو حالات محددة على سبيل الحصر تبين متى يمكن للإدارة إتخاذ إجراء سحب العمل، وأن لا يكون الأمر متزوك لسلطة الإدارة في تحديد ما هو جسيم وما هو غير ذلك دون أدنى ضابط أو قيد.

### **الشرط الثاني: إعذار المتعاقدين قبل إجراء السحب**

أشارت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري إلى ضرورة إعذار المقاول قبل إجراء السحب، بقولها "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أخلف القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد...."

وبالرجوع إلى النص السابق في قانون المناقصات والمزايدات نجد أن المشرع قد أوجب على جهة الإدارة ضرورة إعذار المقاول المقصري في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل قيامها باتخاذ إجراء السحب، حيث أنها اشترطت عليه بأن يقوم بالإصلاحات الالزمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره على العنوان المحدد.

ويرى الباحث ضرورة أن يتضمن الإخطار ماهية المخالفات التي صدرت عن المقاول المقصري، إضافةً إلى المهلة القانونية التي يتوجب على المقاول خلالها تصويب وضعه من خلالها.

### **المطلب الثالث: الآثار المترتبة على السحب**

يترتب على إخلال المقاول بتنفيذ التزاماته التعاقدية تجاه الإدارة أن تقوم الأخيرة بصفتها صاحبة المشروع أو العمل محل العقد الإداري - وكما أسلفنا سابقاً بأن - بسحب العمل أو المشروع من يد المقاول المُخل أو المقصري، حيث أن ذلك الإجراء ينجم عنه العديد من الآثار، والتي سنتناولها من خلال ما هو آتٍ:

#### **الفرع الأول: سحب المشروع إجراء عارض ومؤقت**

أشرنا سابقاً إلى أن إجراء سحب العمل، أو المشروع ما هو إلا من الإجراءات الضاغطة على المقاول وذلك ضمناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد، وضمانة أخرى أيضاً لإجبار المتعاقدين على الاستمرار في تنفيذ الأشغال التي تم التعاقد عليها، حيث لا يعد ذلك الإجراء من قبيل الجزاءات الإدارية التي تملكها الإدارة تجاه المتعاقدين معها، والتي تمكن الإدارة من فرض الجزاء المناسب بحق المتعاقدين في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

ينجم عن سحب المشروع من المقاول أن تبقى العلاقة التعاقدية مابين الإدارة والمقاول قائمة، حيث أن ذلك الإجراء لا يعد فاسحاً للعقد، وإنما تستمر تلك الرابطة التعاقدية على الرغم من سحب المشروع من المقاول؛ وذلك من خلال قيام الإدارة بالتنفيذ على حساب ومسؤولية المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا يعد ذلك شرطاً جزائياً ولا يعتبر كذلك من باب التعويض للإدارة عما لحقها من ضرر، وذلك ما يميز إجراء سحب المشروع عن فسخ العقد والذي بموجبه تنتهي العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمقاول، ويترتب على ذلك نتيجة حتمية مفادها أن تقوم الإدارة وقبل البدء بالتنفيذ على حساب المقاول باحتساب ما تم إنفاقه من مصاريف ونفقات وما تم شراؤه من معدات وأدوات للمشروع، وكذلك معرفة الأدوات المستعملة من الجديدة والتي أعدت للاستعمال في إنشاءات المشروع، وذلك تؤخذ بعين الاعتبار عند الانتهاء من تسوية الحسابات مع المقاول، ويتكبد المقاول أيضاً المصاريف والنفقات التي تدفعها الإدارة بسبب سحب المشروع من المقاول، وكذلك غرامة التأخير جراء تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو تقصيره في تنفيذ تلك الالتزامات، حيث لا تحتاج غرامة التأخير إلى حكم قضائي من المحكمة المختصة، وإنما تقضي به الإدارة من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن جعل إجراء سحب المشروع من يد المقاول لا يؤثر في العلاقة التعاقدية ما بين الإدارة والمقاول، هو بمثابة ضمانة لصالح المقاول حتى يتمكن من استرداد ما تم دفعه وانفاقه من مصاريف ونفقات لغايات المشروع.

### الفرع الثاني: التنفيذ على حساب المقاول

إن من أهم الآثار التي تترتب على سحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، هو سلطة الإدارة في التنفيذ على حسابه، حيث يمكن للإدارة الحجز على كافة المعدات والأدوات المستخدمة في المشروع، وكذلك المباني والمنشآت حتى تتمكن الإدارة من استئناف العمل بالمشروع الذي تم سحبه من المقاول، كما أنه بإمكان الإدارة ولغاية استكمال العمل بالمشروع أن تتولى بيع جميع المحجوزات التي قامت بحجزها لغايات استيفاء حقوقها والتعويض عما لحقها من ضرر جراء سحب المشروع من المقاول، كما أنه يجوز للإدارة وضع المشروع تحت التنفيذ المباشر من قبل الإدارة أو أن تحيل أمر استكمال إجراءات التنفيذ إلى مقاول آخر تختاره بالطريقة المناسبة<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد، سامح عبدالله عبدالرحمن، سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ٢٨٥\_٣٠٠.

(٢) مقال بعنوان سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، دراسة مقارنة،

مرجع سابق، ص ٩٢ .

يستبعد المقاول الذي سُحبَ العمل منه مؤقتاً عن تنفيذ الأشغال العامة مع بقائه مسؤولاً عن تلك الأشغال والتي أخلَ في تنفيذ التزامه تجاهها أو قصرَ عن القيام بها، ويترتب على ذلك أن تختار الإدارة الأسلوب المناسب في التنفيذ بأن تديره بنفسها أو عن طريق مقاول آخر يتم اختياره لتلك الغاية، ويترتب على ذلك أن إجراء سحب المشروع من المقاول ليس محدوداً بمدة محددة وإنما يبقى ذلك الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للإدارة، بيدَ أنه يجوز للإدارة أن تنهي ذلك الأمر بإنجاز المشروع أو السماح للمقاول الأصلي باستئناف العمل بالمشروع أو بفسخ العقد<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن عدم وضع مدة زمنية محددة تنهي من خلالها إجراء سحب العمل؛ فيه إجحاف واعتداء صارخ على حقوق المقاول وإضراراً بمركزه المالي، إذ لا بد من تحديد مدة محددة تبين للمقاول الجديد أو للإدارة في حال توليها التنفيذ بنفسها الفترة الزمنية الواجب عليها إنجاز المشروع خلالها، وإلا أعادت المشروع إلى المقاول الأصلي أو تعويضه بما فاته من ضرر، دونما ترك تلك المدة مفتوحة دون قيد أو ضابط يحددها.

#### الخاتمة:

تعرضنا من خلال بحثنا هذا إلى أهم الجوانب المتعلقة بسلطة الإدارة في سحب مشروع عقد الأشغال العامة في التشريع الأردني، وذلك من خلال التعرض إلى ماهية سحب عقد الأشغال العامة، وكذلك مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائص ذلك العقد بأن يردّ موضوع الأشغال العامة على عقار، وأن يجري تنفيذ الأعمال لحساب شخص معنوي عام، وأن يستهدف عقد الأشغال العامة تحقيق منفعة عامة، وتناولنا في هذه الدراسة سحب المشروع وطبيعته القانونية من حيث التعرض لمفهوم سحب المشروع وطبيعته القانونية، إضافة إلى الأساس القانوني لسلطة الإدارة في سحب المشروع، حيث اختلفت الاتجاهات في الأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب، فذهبت بعض هذه الاتجاهات إلى أن الأساس القانوني يتمثل في اعتبار السلطة العامة في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى أن الأساس القانوني هو اعتبار المصلحة العامة، وصولاً إلى شروط سحب العمل أو المشروع من المقاول والتي تتمثل في وقوع خطأ جسيم من جانب المتعاقد، إضافة إلى ضرورة إعذار ذلك المتعاقد قبل إجراء السحب.

وانتهت الدراسة بتناول الآثار المترتبة على السحب والتي تتمثل في أن سحب المشروع هو إجراء عارض ومؤقت حيث تبقى العلاقة التعاقدية ما بين الإدارة والمقاول قائمة، إذ أن إجراء

(١) الجمل، هارون، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ٢١٧.

السحب لا يعد فاسحاً للعقد، وإنما تستمر تلك الرابطة التعاقدية على الرغم من سحب المشروع من المقاول، ولا يعد ذلك شرطاً جزائياً، إضافة إلى أنه يتم التنفيذ على حساب المقاول، وهو من أهم الآثار التي تترتب على سحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو سلطة الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد معها، حيث يمكن للإدارة الحجز على كافة المعدات والأدوات المستخدمة في المشروع، كما أنه بإمكان الإدارة ولغاية استكمال العمل بالمشروع أن تتولى بيع جميع المحجوزات التي قامت بحجزها لغايات استيفاء حقوقها والتعويض عما لحقها من ضرر جراء سحب المشروع من المقاول.

ومن خلال ما تقدم توصلنا إلى النتائج الآتية:

**أولاً: النتائج:**

- ١- لم يحدد المشرع الأردني في نظام الأشغال الحكومية الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول فمنهم من يعتبره جزاء إداري يفرض من جانب الإدارة جراء إخلال المتعاقد بالالتزامات التعاقدية، ومنهم من يعتبره تصرف إرادي من جانب الإدارة.
- ٢- لم ينظم المشرع الأردني الأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب فيرده أحياناً إلى اعتبار المصلحة العامة ويرده تارة أخرى إلى اعتبار السلطة العامة.
- ٣- لم ينص المشرع الأردني في نظام الأشغال الحكومية على تعريف عقد الأشغال العامة.
- ٤- لم يحدد المشرع الأردني والمصري الضوابط والحالات التي تتعلق بسحب العمل أو المشروع من المقاول على سبيل الحصر، إذ أشارت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري على سبيل المثال إلى عبارة "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة...."، إذ ترك الإخلال بالالتزام التعاقدى أو الإهمال مفتوحاً دون تحديد الحالات والضوابط التي تبين ماهية الإخلال أو الإهمال.

**ثانياً: التوصيات:**

- ١- يوصي الباحث على المشرع الأردني أن ينص في نظام الأشغال الحكومية على الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول.
- ٢- يوصي الباحث على المشرع الأردني أن يحدد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في السحب بحيث يكون المعيار القانوني في السحب واضحاً ويكون مرده إما إلى اعتبار المصلحة العامة أو إلى اعتبار السلطة العامة.
- ٣- يوصي الباحث على المشرع الأردني أن يتم النص على تعريف محدد وشامل لكافة عناصر عقد الأشغال العامة ليكون مرشدًا عاماً لكافة المتعاقدين.
- ٤- يوصي الباحث على المشرع الأردني تحديد الضوابط والحالات التي تتعلق بسحب العمل أو المشروع من المقاول تحديداً واضحاً.

## المراجع

### أولاً: الكتب:

الجبوري، محمود خلف (٢٠١٧): العقود الإدارية، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن.

خليفة، عبدالعزيز عبدالمنعم (٢٠٠٥): الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية مصر.

الشرقاوي، سعاد (١٩٩٩): العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر.

الشريف، عزيزة (١٩٨١): نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

عبدالحميد، مفتاح خليفة (٢٠٠٧): إنتهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

عياد، أحمد عثمان (١٩٧٣): مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

القبيلات، حمدي (٢٠١٦): القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.

قرة، فتحية (١٩٨٧): أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

محمد، سامح عبدالله عبدالرحمن (٢٠١٦): سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر.

### ثانياً: الرسائل الجامعية والأبحاث:

الجمل، هارون عبدالعزيز (١٩٧٩): النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

حاج سعيد، عبدالله (٢٠١٥): أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن.

الجري، أحمد بن سالم بن شامس (٢٠١٣): الأوامر التغيرية في عقد الأشغال العامة في ضوء عقد الفيديك التمونجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن.

---

الشيخ ذيب، محمد موسى علي (٢٠١٥): النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في الأردن، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن.

القضاة، أمجد أحمد (٢٠١٤): صلاحيات المهندس المشرف في عقد الأشغال العامة النموذجي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن.

مجدوب، عبدالحليم (٢٠١٨): مقال بعنوان سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية، دراسة مقارنة، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، الجزائر.



## جريمة الرشوة الانتخابية في التشريع الأردني (دراسة تحليلية ومقارنة)

د. سالم حمود العضايلة\*

د. خالد عبدالرحمن الحريرات

تاريخ القبول: ١٨/١١/٢٠١٩.

تاريخ تقديم البحث: ٢٤/٧/٢٠١٩.

### ملخص

يتناول هذا البحث جريمة الرشوة الانتخابية وأكثر صورها شيوعاً وهي بيع وشراء الأصوات في الانتخابات، ويقارن توجه التشريع الأردني بالتشريعات العربية والأجلو-سكسونية والتشريع الفرنسي، ويكشف البحث جوانب قصور التشريع الأردني في عدم تجريم بعض الأفعال ومجموعة من الممارسات التي تؤثر في إرادة الناخبين وتطوي على مساس بسلامة الانتخابات ومنها الترشيح الصوري، ويقدم البحث جملة من التوصيات لتطوير قانون الانتخاب لضمان نزاهة الانتخابات وسلامة تمثيل الناخبين وتعزيز الثقة في مجلس النواب ورفع سوية الممارسة الديمقراطية في الأردن.

**الكلمات الدالة:** رشوة انتخابية، مال سياسي فاسد، منفعة، اقتراع على وجه خاص، امتياز عن الاقتراع، ترشيح صوري.

\* كلية الحقوق/جامعة مؤتة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **The Crime of Electoral Bribery in Jordanian Legislation (Analytical and Comparative Study)**

**Dr. Salem Al-Adaileh  
Dr. Khalid Alhrerat**

### **Abstract**

This research discusses electoral bribery and its most common forms which is buying and selling of votes in elections. It compares the Jordanian legislation with Arab, Anglo-Saxon and French legislations. The research reveals the shortcomings of the Jordanian legislation concerning decriminalizing certain acts and a set of practices that influence will of voters and affect righteousness of election including ostensible candidacy. The researchers come up with a number of proposals in order to develop the electoral law to ensure the integrity of the elections, rightness of voters' representation, boost confidence in House of Representatives and upgrading of democratic practice in Jordan.

**Keywords:** Election Bribery, Corrupted Political Money, Utility, Voting in Particular, Abstention from Voting, Ostensible Candidacy.

**المقدمة:**

**موضوع البحث وأهميته:**

الانتخابات هي أداة الحكم الديمقراطي ووسيلة الشعب في ممارسة حقه في اختيار ممثليه في السلطة التشريعية في الدولة، وفي سبيل تحقيق الحاكمة الرشيدة ينبغي أن يكون أعضاء السلطة التشريعية على سوية عالية من التأهيل والنزاهة والاستقامة، وأن يتسم تمثيلهم لأفراد الشعب بالصدق والدقة من خلال انتخابات سليمة تحاط فيها إرادة الناخبين بالحماية من أي عيب يمكن أن يشوبها سواء بالإكراه أو الإغراء بالمنافع المادية أو المعنوية، وقد تناول البحث واحدة من أكثر الوسائل تأثيراً في إرادة الناخبين وهي الرشوة الانتخابية واستخدام المال السياسي غير القانوني لشراء أصوات الناخبين.

**مشكلة البحث:**

قصور قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم (٦) لعام ٢٠١٦ عن تحقيق المبادئ التي يتطلبها الدستور الأردني في قانون الانتخاب وهي سلامة الانتخابات وعقاب العابثين بإرادة الناخبين الواردة في المادة ٦٧ من الدستور على الوجه الأمثل، ويظهر القصور في عدم تجريم بعض نماذج الأفعال التي تتطوّي على المساس بإرادة الناخبين، وعدم تجريم استغلال الترشيح والانسحاب من الترشيح كوسيلة للمناجرة بالأصوات، وغموض شروط الترشيح وعدم كفاية شروط الانتخاب في ضمان أهلية المرشح والناخب الالزمه لسلامة الانتخابات، وقد أبرز البحث أوجه القصور والاقتراحات الالزمه لتلافيها.

**منهجية البحث:**

اتبعنا منهج الدراسة المقارنة لتحديد اتجاه المشرع الأردني فيما يتعلق بجوانب تجريم الرشوة الانتخابية واستخدام المال السياسي الفاسد بالمقارنة مع التشريعات العربية والتشريعات الانجلو-سكسونية والتشريع الفرنسي، وبالتدقيق في نصوص قانون الانتخاب الأردني استخدامنا منهج تحليل مكونات تلك النصوص لكشف قصور خطة المشرع الأردني واقتراح بدائل أينما اقتضى الأمر التحليل والنقد.

**محددات البحث:**

يقتصر هذا البحث على دراسة الرشوة الانتخابية في مجال الانتخابات النيابية فقط، ولن يخوض في أي انتخابات أخرى سواءً الانتخابات الالمركزية أو البلدية أو النقابية.

## خطة البحث:

قسمنا مكونات البحث إلى ثلاثة مباحث:

ناقشا في المبحث الأول ماهية الرشوة الانتخابية وذاتية الجرائم الانتخابية التي تنتهي لها هذه الجريمة، وفي المبحث الثاني تم توضيح الأركان التي تتكون منها الرشوة الانتخابية، وأفردا المبحث الثالث لنتائج ارتكاب جرم الرشوة الانتخابية.

### المبحث الأول: ماهية الرشوة الانتخابية

تناول في هذا المبحث دلالة مصطلح الرشوة الانتخابية ومدى مرادفته لمصطلح المال السياسي الفاسد والخصوصية التي تميز هذه الجريمة في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نحدد المصلحة التي يحميها القانون بتجريم الرشوة الانتخابية.

### المطلب الأول: خصوصية جريمة الرشوة الانتخابية

الانتخابات هي أداة تعبر أفراد المجتمع عن إرادتهم العامة في الحكم من خلال اختيار ممثليهم في المجالس التشريعية، والانتخاب والترشح من أهم الحقوق السياسية التي تحظى بالاهتمام والحماية في الدساتير والقوانين في الدولة الحديثة، وسنوضح في هذا المطلب مدلول الرشوة الانتخابية والمال السياسي في الفرع الأول ثم نعرض لذاتية الجرائم الانتخابية بشكل عام في الفرع الثاني ونحدد طبيعة هذه الجريمة في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: مدلول الرشوة الانتخابية والمال السياسي

#### أولاً: المقصود بالرشوة الانتخابية

جرى اختيار مصطلح الرشوة الانتخابية لصدق دلالته على عملية بيع وشراء الأصوات في الانتخابات الواردة في المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم (٦) لعام ٢٠١٦، حيث لم يرد ذكر هذا المصطلح في هذا القانون كما هو الحال في معظم التشريعات الانتخابية العربية<sup>(١)</sup>،

(١) المادة (٤١) المعدلة من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري، المادة (٢٧) من قانون الانتخاب العراقي رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥، المادة (١١٣) من قانون الانتخابات العامة السوري لسنة ٢٠١٤، المادة (٤) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي، الفصل (١٦١) من القانون الانتخابي رقم ١٦ لعام ٢٠١٤ التونسي، المادة (١٠٠) من قانون المدونة الانتخابية المغربي رقم ٩٨،٩ لعام ١٩٩٧.

وأيضاً قوانين العقوبات في لبنان المادة ٣٣١ وفي الجزائر المادة ١٠٦ وفي فلسطين المادة ١٨٢.

بينما يكاد يجمع الفقه العربي<sup>(١)</sup> والأنجلوسكسوني<sup>(٢)</sup> وبعض التشريعات في الدول الأنجلوسكسونية<sup>(٣)</sup> على استخدام هذا المصطلح للدلالة على ذات المضمون، وهو ما دفعنا إلى مقارنة الفقه العربي والأنجلوسكسوني من أجل توحيد المصطلحات القانونية الدارجة في هذا الجانب من البحث القانوني.

وتختلف الرشوة الانتخابية عن الرشوة الوظيفة الواردة في المادة (١٧١)، (١٧٠) من قانون العقوبات الأردني التي تفترض توافر صفة الموظف العام أو من في حكمه في المرتشي، في حين يمكن أن يتلقى الرشوة الانتخابية الناخب أو شخص وسيط ولا يشترط أن يكون موظفاً، وفي حين تقع الرشوة الوظيفية على الادارة العامة وما ينبغي لها من ثقة وتدخل بواجبات الوظيفة تقع الرشوة الوظيفية على السلطة التشريعية وما ينبغي لأعضائها من ثقة وتدخل بواجبات المواطن الصالحة باختيار نواب الشعب بأمانة ونزاهة، وبتميز الرشوة الانتخابية عن جرم الرشوة في قانون العقوبات يمكن تعريفها بأنها: "الاتجار بالانتخابات العامة بقيام المرشح أو من يمثله بتقديم أعمدية أو فائدة معينة أو قرض أو منفعة ما أو الوعد بأي من ذلك إلى ناخب أو أكثر للتأثير على إرادته لحمله على أن يدلي بصوته على نحو معين أو الامتناع عن التصويت<sup>(٤)</sup>، أو قيام الناخب أو أي شخص آخر بقبول ذلك أو طلبه".

(١) انظر في مصر: جاب الله، أمل لطفي، أثر الجرائم الانتخابية على مشروعية الانتخابات التشريعية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط١، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٣٨. وفي العراق: الأستاذ، ضياء، جرائم الانتخابات، مكتبة زين الحقوقية والأبية، بيروت، ط١، ٢٠٠٩، ص ٣٨٩. وفي الجزائر: مفتاح، عبد الجليل، وشبرى، عزيزة، الجريمة الانتخابية – دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٣٧/٣٦، بسكرة، الجزائر، ٢١٠٤، ص ٢٦٠. وفي الكويت: الكندري، فيصل، أحكام الجرائم الانتخابية، جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٠، ص ١٤٧.

(٢) في الولايات المتحدة وأستراليا انظر:

Graeme, David Orr, Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery , BA LLB (Hons) LLM (Merit) Grad Cert Higher Ed, Griffith Law School, Griffith University, Submitted in fulfillment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy, October, 2002, p1-5.

(٣) المادة ١٧/٤٨ قانون الانتخاب في ولاية نيويورك الأمريكية.  
المادة ٩/٣٦٤ قانون ولاية كونيكتكت الأمريكية.

١٠٩ من قانون الانتخاب في جنوب أستراليا والمادة ٣٢٦ من قانون الكومنولث الأسترالي لعام ١٩١٨.

(٤) الفيل، علي عدنان، جريمة الرشوة الانتخابية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٣، وانظر أيضاً: جاب الله، أمل، مرجع سابق، ١٣٠. وقد أضفنا كلمة القرص إلى التعريف للتفيد بما ورد في قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٦ لعام ٢٠١٦.

## ثانياً: المقصود بالمال السياسي الفاسد وعلاقته بالرشوة الانتخابية

يستخدم اصطلاح المال السياسي في الأردن للدلالة على دفع المرشحين مال نقد أو عيني إلى الناخبين لشراء الأصوات في الانتخابات، وقد ورد هذا الاصطلاح في تقارير المركز الوطني لحقوق الإنسان الخاصة بمراقبة سلامة ونزاهة الانتخابات لنقد هذه الظاهرة،<sup>(١)</sup> ولكن المقصود كما أشارت تلك التقارير هو المال الفاسد<sup>(٢)</sup> والمال غير القانوني (السياسي)<sup>(٣)</sup> وهذا ما ورد في تصريحات الهيئة المستقلة للانتخاب حيث استخدما كمترادفين، وحيث أن مدلول المال السياسي الفاسد يقتصر على الأموال النقدية والعينية ولا يشمل المنافع المعنوية، نجد أن مصطلح الرشوة الانتخابية أصدق تعبيراً وأوسع دلالة على تجريم نماذج الأفعال التي تؤثر في ارادة الناخب الواردة في المادة<sup>(٤)</sup> من قانون الانتخاب الأردني رقم (٦) لعام ٢٠١٦.

### الفرع الثاني: ذاتية الجرائم الانتخابية

هناك اتجاه فقهي لا يكتفي بالجرائم الخاصة بالانتخابات، وإنما يتسع في مدلول الجرائم الانتخابية لتشمل صور جرمية تقليدية مثل القتل والخطف وإتلاف الممتلكات والتزوير نظراً لارتباطها بالانتخابات<sup>(٥)</sup>.

ونرى أن هذا الاتجاه يخلط بين جريمة تقليدية ترتكب بمناسبة الانتخابات أو من أجلها كالخطف والقتل، وبين فعل أو امتياز عن فعل لا يشكل بذاته جريمة بمعزل عن الانتخابات لأنه اعتداء على حق مرتبط بالانتخابات، ولا يتصور تجريمه بذات الشروط لو لم يتصل بالانتخابات والضمانات المقررة لها، كطلب شخص من مرشح مبلغ من المال من أجل أن يقترب لصالحه، ولذلك من الدقة حصر جرائم الانتخابات بالأفعال أو الامتياز عن الأفعال التي ترتبط ارتباطاً نوعياً بالانتخابات بمساسها بحق أو أكثر من الحقوق الصالحة بعملية الانتخاب كالتسجيل في قوائم الناخبين والترشيح والاعتراض ومقتضيات النزاهة وحياد الجهات الرسمية وحرية الإدلاء بالأصوات والاقتراع والفرز وكافة الإجراءات في جميع المراحل إلى إعلان النتائج والبت في الطعون، أي تلك الجرائم التي لا يتصور وجودها دون الانتخابات.

(١) المركز الوطني الأردني لحقوق الإنسان، تقريري العامين ٢٠١٣ و٢٠١٦ حول الانتخابات النيابية، الصفحتان ٢٠ و٩ على التوالي.

(٢) المرجع السابق، تقرير عام ٢٠١٣، ص ٢٠.

(٣) المرجع السابق، تقرير عام ٢٠١٦، ص ٩.

(٤) الأسدية، ضياء، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها.

تجنب التشريعات الانتخابية تعريف الجريمة الانتخابية واكتفت بذكر صورها، بينما تفاوت رأي الفقه فمنهم من عرّفها بأنها: "الأفعال التي تمال من صحة العملية الانتخابية وتؤدي إلى تغيير الحقيقة فيها سواء تم ذلك بطريقة التزوير أي الغش أو تعمد التصرف خلاف أحكام القانون"<sup>(١)</sup>، ومنهم من لا يقتصر على قانون الانتخاب ويضيف إليها الجرائم المتصلة بها والواردة في قانون العقوبات ويعتبرها بأنها: "الأفعال التي تمثل انتهاكاً لحسن سير العملية الانتخابية سواء حدثت في مرحلة الإعداد أو التحضير لها، أو في مرحلة الممارسة وأثناء سيرها حتى إعلان النتائج سواء كانت واردة في قانون الانتخابات أو قانون العقوبات"<sup>(٢)</sup>، بينما يرى اتجاه آخر حصرها في مخالفة قانون الانتخاب ويعرّفها بأنها: "الأفعال والامتناعات التي تتطوي على مخالفة لأحكام قانون الانتخاب"<sup>(٣)</sup>.

ونرى حصر الجرائم الانتخابية بالجرائم المرتبطة بالانتخابات ارتباطاً نوعياً لا يقبل التجزئة، بمعنى قصرها على الأفعال أو الامتناع عن الأفعال التي لا يمكن تجريمها بذات الطريقة لو لم تكن متصلة بالانتخابات سواء وردت في قانون الانتخاب أو في قوانين أخرى.

#### الفرع الثالث: طبيعة الرشوة الانتخابية

تثير الجرائم الانتخابية عموماً الجدل حول طبيعتها فيما إذا كانت من الجرائم التقليدية أم السياسية، ويفرق الفقه بين الجريمة العادلة والجريمة السياسية وفق معيارين: معيار شخصي يعتبر أن الجريمة سياسية إذا كان الباعث على ارتكابها سياسياً أو أن الغاية من ارتكابها سياسية، ومعايير موضوعي يعتبر الجريمة سياسية إذا كان محل الاعتداء يتعلق بنظام الدولة السياسي أو بنظام الحكم أو شكل السلطة السياسية وطريقة ممارستها لسلطاتها أو بحقوق الأفراد السياسية<sup>(٤)</sup>، ويذهب غالب الفقه إلى اعتبار جرائم الانتخابات من الجرائم السياسية لأنها تتعلق بحقي الانتخاب والترشح وهما حقوق سياسية يساهمان في اختيار أعضاء السلطة التشريعية<sup>(٥)</sup>، وقد استثنى المشرع الأردني

(١) أبو زيد، حسني شاكر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٨.

(٢) محمد، أمين مصطفى، الجرائم الانتخابية ومدى خصوصية دور القضاء في مواجهة الغش الانتخابي، دراسة في القانون الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٢-١٥.

(٣) الباز، داود، حق المشاركة في الحياة السياسية، دراسة تحليلية للمادة (١٢) من دستور القانون المصري مقارنة مع النظام في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٩٣.

(٤) حموده، منتصر سعيد، الجريمة السياسية، دراسة مقارنة بين القوانين الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٨، ص ٤٠ وما بعدها.

(٥) انظر في ذلك كل من: عفيفي، كامل عفيفي، الانتخابات التنبالية وضماناتها الدستورية، دراسة مقارنة، دار الجامعيين، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٤٩. والباز، داود، مرجع سابق، ص ٧٣. وفوزي، صلاح الدين، النظم والإجراءات الانتخابية، دار

الجريمة السياسية من الجرائم التي تحول دون الترشح للانتخابات في المادة (١٠ / و) من قانون الانتخاب، وكذلك من الجرائم التي تسقط عضوية مجلس النواب في المادة (٧٥ / ١) من الدستور الأردني، ولكن المشرع الأردني لم يعرف الجريمة السياسية وترك للفقه والقضاء الاجتهد بتحديد طبيعة جرائم الانتخابات وهل هي عادية أم سياسية؟ ونرى تطبيق المعيار الشخصي في تحديد ماهية الجريمة السياسية التي تتميز بنبل الバاعث وشرف الغاية، وبذلك يمكن استبعاد الرشوة الانتخابية من الجرائم السياسية على سند من انتفاء الbaauth السياسي على ارتكابها أو الغاية السياسية من اقترافها، ونجد إن الفارق بين الجريمة السياسية والرشوة الانتخابية يكمن في جوهر كل منهما، فجوهر الجريمة السياسية هو الاعتقاد، والاعتقاد: حالة فكرية وهي نتاج عمليات ذهنية لا يشك مرتكبها بانتفاء ضررها، يمكن أن يشوبها الخطأ ولكنها تترجع من الخطيئة ومناط اللوم في جريمتها انحراف في التفكير، قد يشكل خطراً أو يلحق ضرراً بالمصالح التي يحميها القانون، ومضمون الاعتقاد في الجريمة السياسية هو فساد السلطة أو عدم كفايتها لأداء واجباتها، والدافع لارتكابها هو الرغبة بإنهاء حالة الفساد أو معالجة قصورها، وغايتها النهائية هي تحقيق الصالح العام للمجتمع، والاعتقاد في هذه الحالة -سواء كان مصيبة أم مخطئاً- ينفي سوء النية، وهذا ما يبرر استثناءها من الجرائم العادية و يجعل مرتكبها جديراً بمزايا الجريمة السياسية، أما الرشوة الانتخابية فجوهرها الغش، والغش: نزعة أنانية وهي نتاج دوافع غريزية لا يشك مرتكبها بتحقق ضررها، تكون متعتمدة ولا تنتهي فيها الخطيئة، ومناط اللوم في جريمتها انفلات في الشهوة قد يشكل خطراً أو يلحق ضرراً بالمصالح التي يحميها القانون، ومع الغش يكون الbaauth على ارتكاب الرشوة الانتخابية هو الجشع والطمع وغايتها النهائية جني مكاسب شخصية وليس تحقيق الصالح العام، والغش في هذه الحالة ينفي حسن النية، ويبعد استبعادها من الجرائم السياسية، ونقترح أن يعتمد القضاء المعيار الشخصي لاستبعاد الرشوة الانتخابية من الجرائم السياسية.

## المطلب الثاني: المصلحة في تجريم الرشوة الانتخابية

الجريمة عدوان على المجتمع ويقصد المشرع من حظرها تحقيق مصلحة محددة جديرة بالحماية، ونتناول في هذا المطلب المحل الذي يستهدفه القانون بالحماية بتجريم الرشوة الانتخابية في الفرع الأول، ثم نقوم بتحديد أساس هذه الحماية في الفرع الثاني.

النهاية العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٨-١٩. وعفيفي، مصطفى محمود، نظامنا الانتخابي في الميزان، بحث تحليلي مقارن لنظام الانتخاب في مصر، مكتبة سعيد رافت، جامعة عين شمس، ١٩٨٤، ص ١٩.

## الفرع الأول: محل الحماية في الرشوة الانتخابية

الرشوة الانتخابية من جرائم الخطر<sup>(١)</sup> وليس من جرائم الضرر<sup>(٢)</sup>، حيث أن المصلحة التي يقصدها المشرع بالحماية في كافة جرائم الانتخاب هي سلامة العملية الانتخابية في مراحلها كافة، وقد نصت على ذلك المادة (٦٧)ـج من الدستور الأردني، وفي جريمة الرشوة الانتخابية بشكل خاص تظهر الحماية بصورة أكثر تحديداً وهي سلامة إرادة الناخبين أنفسهم التي تشكل جزءاً هاماً من سلامة العملية الانتخابية، وقد تولت الفقرة (ب) من البند الأول من المادة (٦٧) من الدستور الأردني النص عليها صراحة، ذلك إن العبث بإرادة الناخبين يفضي حتماً إلى المساس بنزاهة الانتخاب ويشكل خطراً على سلامتها، وما ورد عليه النص في الفقرتين (ب) و (ج) من المادة (٦٧)ـج من الدستور الأردني يمثل المبادئ التي كفلها الدستور وأوجب تضمينها في قانون الانتخاب، وعند التدقيق في الأفعال أو الامتناع عن الأفعال الوارد ذكرها في المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم (٦) للعام ٢٠١٦ نجد إن التجريم يطالها وإن لم يتحقق ضرر فعلي ملموس، والنماذج المذكورة تتحقق بها الجريمة بمجرد الطلب أو القبول من قبل المقترع أو مجرد العرض من قبل المرشح أو مناصريه، وكذلك تتحقق الجريمة ولو لم يقترع المرشح أو يمتنع عن التصويت على النحو الذي يرغبه المرشح، بمعنى ليس من الضروري لقيام الجريمة أن تؤدي تلك الأفعال إلى تغيير إرادة الناخبين، ولا يشترط لتمام الجريمة أن تؤثر تلك السلوكيات في سلامة الانتخابات من الناحية الفعلية، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن صدور حكم بالإدانة في جريمة انتخابية لا يقبح في صحة وسلامة العملية الانتخابية<sup>(٣)</sup>، ولكنها حتماً تتطوي على خطر العبث بإرادة الناخب وتهديد سلامة الانتخابات بالضرر، والفارق بين الخطر والضرر في هذه الحالة هو فارق كمي وليس نوعي، أي إن الخطر ينذر بوقوع ضرر يمس سلامة الانتخابات على سبيل الاحتمال، وإن لم يصل درجة التأكيد، وقد رأى المشرع أن مجرد الاحتمال ب الواقع ضرر يكفي للتدخل بتجريم تلك الأفعال أو الامتناع عن الأفعال التي تشكل خطر على سلامة الانتخابات، وسنعالج هذه الناحية تفصيلاً في الفرع التالي.

## الفرع الثاني: أساس الحماية في الجريمة الانتخابية

تمثل الديمقراطية مبدأ أساسياً في النظم السياسية الحديثة وتقوم على مفهوم أن السيادة للشعب وتتخضع جميع السلطات العامة لإرادة الشعب، ولذلك تحظى الحريات العامة والحقوق الفردية

(١) من هذا الرأي: جابر الله، أمل، مرجع سابق، ص ١٣١-١٣٢، الكندي، فيصل، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٢) انظر خلاف هذا الرأي: الأسد، ضياء، مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٣) محمد، أمين مصطفى، مرجع سابق، ص ١١٧.

للاحترام والاهتمام، ويقرر وفق هذا المبدأ المساواة بين جميع المواطنين وتفقق معظم الأنظمة الديمقراطية على أن ممارسة الشعب للسيادة ومساهمته في السلطة لا يتم إلا من خلال نظام نيابي يضع السلطة في أيدي نواب ينتخبهم الشعب ويمارسون السلطة باسمه، والمقصود بالسلطة في هذه الحالة جميع أجهزة الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية<sup>(١)</sup>.

ومن حيث طبيعة حق الانتخاب فقد انقسم الفكر السياسي حوله، فمنهم من يرى بأنه وظيفة ومنهم من يعتبره حق شخصي، فإذا كان الانتخاب وظيفة لاختيار من يمثل السلطة السياسية فمن حق المشرع عدم تعديمه وأن يحصره في نخبة متقدمة قادرة على ممارسة هذا الحق كما ورد في تصنيف أفلاطون للناخبين في المدينة الفاضلة<sup>(٢)</sup>، وإذا كان حق شخصي فهذا يعني أن الانتخاب حق طبيعي سابق في الوجود على السلطة التشريعية التي تستطيع تنظيم الانتخاب ولكن لا تملك الحرمان منه، فكل مواطن في الدولة استعمال هذا الحق بشروط تكفل ممارسته بعدها<sup>(٣)</sup>، وهناك اتجاه يرى أن الانتخاب حق وظيفة في آن معا، فهو حق في البداية عند قيد اسم الناخب في جداول الناخبين، ثم يتحول إلى وظيفة تتمثل بالاشتراك في تكوين الهيئات العامة في الدولة عند ممارسة حق التصويت.<sup>(٤)</sup>

لكن الرأي الراجح في الفقه الحديث أن الانتخاب ليس حقا ولا وظيفة وإنما سلطة قانونية يقرها المشرع للناخب، ويترتب على هذا أن للمشرع الحق في تعديل شروط هذه السلطة، وأنها غير قابلة للتازل أو الاتفاق على مخالفة القواعد المنظمة لها،<sup>(٥)</sup> ويستند هذا الرأي إلى الاتجاه الفلسفى الذى ينكر فكرة الحق في القانون وينتقد مرجعيتها الميتافيزيقية، ويطرح فكرة الوضع القانوني أو (المركز القانوني) بديلاً لها، والانتخاب وفق هذا الاتجاه مكنته وليس حق.<sup>(٦)</sup>

وقد ترك الانقسام الفقهي حول طبيعة الانتخاب أثره في تحديد الأساس الذى يقوم عليه تجريم الرشوة الانتخابية، ويمكن القول إن هناك ثلاثة أفكار في تحديد هذا الأساس هي:

(١) بدوي، ثروت، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٧٩ وما بعدها.

(٢) خليفة، علي أحمد، القانون الانتخابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت ط ١، ٢٠٠٧، ص ٧٧.

(٣) خليفة، علي أحمد، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٤) شيخا، ابراهيم عبدالعزيز، الوجيز في النظم لسياسية والقانون الدستوري- تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٧.

(٥) أنظر: الخطيب، نعمان، الوسيط في النظم الدستورية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ١٩٩٩، ص ٢٧٩. وخليفة، علي أحمد، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٦) الشاوي، منذر، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ٣، ٢٠١٧، ص ٤١٢.

١. اعتبر خبير قانون الانتخابات الأمريكي (لونشتاين) (Don Lowenstein) أن محل الحماية في الرشوة الانتخابية هو إما أن الرشوة الانتخابية تفرز أعضاء سلطة غير مؤهلين وغير جديرين بشغل السلطة التشريعية أو التنفيذية أي خلل في التمثيل النبأي وبذلك يتحقق الضرر بتولي مهمة التشريع لغير أهلاها ويخلق طبقة حاكمة فاسدة تصدر قرارات حكم غير رشيدة، أو أن عملية بيع وشراء الأصوات بحد ذاتها تلحق الضرر بمبادئ الديمقراطية والقيم السياسية<sup>(١)</sup> ويفيد هذه الفكرة لندgren (James Lindgren) الذي يعرف الرشوة بأنها منفعة فاسدة تعطى أو تأخذ للتأثير في سلوك رسمي من أجل حصول الراغبي على معاملة أكثر من عادلة<sup>(٢)</sup>.
٢. الاقتراع حق سياسي غير قابل للتصرف، لأنه يرتبط بالتزام اختيار من يشغل سلطة عامة سواء تشريعية أو تنفيذية في الأنظمة التي تنتخب فيها الحكومة، والاقتراع حق منح للمواطن ليلتزم باختيار من يؤدي أفضل وليس من يدفع أكثر، وإن بيع الأصوات يتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص في الانتخابات ويحابي الأثرياء في الوصول إلى السلطة على نحو يخل بمبادأ المساواة بين المرشحين<sup>(٣)</sup>.
٣. الاقتراع غير قابل للتصرف ويختلف هذا الرأي عن الرأي السابق في أن عدم القابلية للتصرف لا تعود إلى أنه حق سياسي يرتبط به التزام باختيار من يشغل سلطة العامة وإنما لأن الاقتراع بحد ذاته ممارسة للسلطة<sup>(٤)</sup>، وتنقق مع هذا الفكرة لسبعين فمن ناحية تتفق هذه الفكرة مع الرأي الراجح في تحديد طبيعة الانتخاب كسلطة قانونية، ومن ناحية ثانية نجد إن ممارسة السلطة التشريعية تتكون من عدة مراحل ولا تتحصر في ممارسة النائب المنتخب للاختصاصات المقررة له بموجب الدستور والقانون خلال مدة النيابة، وإنما تمتد هذه الممارسة إلى الطريقة التي يتم بها اختيار هذا النائب من قبل المترشح، وبذلك فإن الاقتراع جزء لا يتجزأ من عملية ممارسة السلطة التشريعية ولا يمكن التنازل عنه أو التصرف فيه، وما يؤكد هذا الرأي هو تمييز إرادة الناخب بالحماية من العبث في صلب الدستور المادة (٦٧) / ١-بـ، وتقديمها على سائر الجرائم الأخرى التي شملها المشرع بالحماية بالإجمال ضمن مبدأ سلامة العملية الانتخابية في مراحلها كافة في الفقرة اللاحقة من ذات المادة (٦٧) / ١-جـ، وترك تفصيل تلك الحماية لقانون الانتخابات، وبقراءة هذا النص (م ٦٧ / ١-بـ - عقاب العابثين بإرادة

(1) Graeme, D. Orr, op, cit, p.257

(2) James Lindgren 'The Elusive Distinction Between Bribery and Extortion: From the Common Law to the Hobbs Act 35 UCLA Law Rev, (1988), 815, 824.

(3) Graeme, D. Orr, op, cit, p 286-288.

(4) Ibid, p 290-291.

الناخب) مع نص المادة الأولى من الدستور الأردني التي تعتبر النيابة جزءاً من نظام الحكم في الأردن، فإن اعتبار الاقتراع جزءاً من ممارسة السلطة التشريعية يتفق مع جوهر القانون ومبادئ السياسة، فإذا كان جرم الرشوة في قانون العقوبات إخلال بواجبات الوظيفة فإن الرشوة بالانتخابات إخلال بواجبات المواطن التي تقتضي ممارسة ذلك الجزء من السلطة باختيار من يشغل السلطة التشريعية بناءً على معيار الأفضل وليس الأكثر ثراءً.

### المبحث الثاني: أركان الرشوة الانتخابية

الرشوة الانتخابية من الجرائم التي يفترض فيها القانون عنصراً خاصاً وهو صفة الناخب وستتناول هذا العنصر المفترض في المطلب الأول ضمن الركن القانوني، بينما نخصص المطلبين الثاني والثالث لمناقشة الركين المادي والمعنوي على التوالي.

#### المطلب الأول: الركن القانوني

نبين في هذا المطلب مشروعية تجريم الرشوة الانتخابية في الفرع الأول ثم نوضح العنصر المفترض في الرشوة الانتخابية في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: مشروعية تجريم الرشوة الانتخابية

جرمت المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لعام ٢٠١٦ مجموعة من الأفعال التي تتحقق بها الرشوة الانتخابية وسندين تفصيلاً هذه الأفعال عند مناقشة الركن المادي، وبالرغم من أن الانتخابات تجري في فترة زمنية معينة إلا أن قانون الانتخاب ليس من القوانين محددة المدة التي تحدد نصوصها مدة سريان مفعولها<sup>(١)</sup>، ذلك أن الانتخابات منتظمة وأن طالت الفترة بين تنظيمها في كل مرة تتكرر فيها، كما أن القانون ينظم أحكام سابقة على موعد إجرائها فيما يتعلق بالتسجيل وداول الناخبين وينظم أحكام لاحقة أيضاً فيما يتعلق بالطعون في صحتها.

#### الفرع الثاني: العنصر المفترض في الرشوة الانتخابية

في هذا الفرع نوضح أولاً المقصود بالعنصر المفترض في التشريع الأردني أولاً ثم نعرض ثانياً لتجهيز التشريعات المقارنة بخصوص هذا العنصر.

(١) انظر في القوانين محددة المدة: الجبور، محمد، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار وائل للنشر، عمان، ط١، ٢٠١٢ ص ٨٣. والمجالي، نظام، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة تحليلية، في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٦، ٢٠١٧، ص ١٤٠.

## أولاً: العنصر المفترض في التشريع الأردني

بالرجوع إلى نص المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لعام ٢٠١٦ نجد أن المشرع الأردني تطلب لاكتمال النموذج القانوني للرسوة الانتخابية توافر عنصر وهو صفة الناخب في من يتقى العطاء أو المنفعة أو القرض أو أي مقابل آخر أو الوعد بأي منها أو من يقبل أو يطلب أي من ذلك، والعنصر في هذه الحالة شرط لقيام الجريمة وليس ركن فيها، ولكن اشتراطه يرتبط بوجود الجريمة ارتباطاً لا يتصور قيام نموذجها القانوني بدون توافره.

وقد عرفت المادة (٢) من قانون الانتخاب الأردني لعام ٢٠١٦ الناخب بأنه: "كل أردني له الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب" وتنطبق المادة (٣) من ذات القانون على الناخب ١٨ سنة شمسية من عمره قبل تسعين يوم من التاريخ المحدد لإجراء اقتراع وأوقفت استعمال حق الانتخاب من قبل العسكريين، وحرمت فترين من ممارسة حق الانتخاب هم كل من المحكوم عليه بالإفلاس ولم يستعيد اعتباره قانوناً والمجنون أو المعتوه أو المحجور عليه، أما من يعطي الناخب أو يقرضه أو يعرض عليه أو يتعهد بإعطائه مالاً أو منفعة أو أي مقابل آخر مقابل حمله عن الاقتراع على وجه معين أو الامتناع عن الاقتراع فيستوي أن يكون مرشحاً أو شخصاً آخر سواء توافرت فيه شروط الناخب أم لا، وهذا يسري على من يقبل أو يطلب مباشرة أو غير مباشرة مالاً أو قرضاً أو منفعة أو مقابل آخر لنفسه أو لغيره ليؤثر في غيره للاقتراع أو الامتناع عن الاقتراع، وهذا الشخص يكون وسيطاً في عملية الرسوة بين الناخب والمرشح.

## ثانياً: العنصر المفترض في التشريعات المقارنة

الترمت التشريعات العربية بعنصر صفة الناخب في من يتقى العطاء أو المنفعة أو أي مقابل آخر أو الوعد بأي منها أو من يقبل أو يطلب أي من ذلك، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع المصري<sup>(١)</sup> والعراقي<sup>(٢)</sup>، والصوري<sup>(٣)</sup>، واللبناني<sup>(٤)</sup> والكويتي<sup>(٥)</sup> والتونسي<sup>(٦)</sup>

(١) المادة (٤٨) من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١١ المعدلة للمادة (٤١) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ مصري

(٢) المادة (٢٧) من قانون الانتخاب العراقي رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥

(٣) المادة (١١٣) من قانون الانتخابات العامة السوري لعام ٢٠١٤

(٤) المادة (٣٣١) من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣ المعدلة.

(٥) المادة (٤٤) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢

(٦) المادة ١٦١ من القانون الأساسي التونسي رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ المتعلق بالانتخابات والاستفتاء.

والجزائري<sup>(١)</sup> والمغربي<sup>(٢)</sup> وعلى هذا النحو أيضا سار المشرع الفرنسي<sup>(٣)</sup> والتشريعات الانجلوسكسونية في بريطانيا<sup>(٤)</sup> وجنوب استراليا<sup>(٥)</sup>، وعدد من الولايات المتحدة الأمريكية منها نيويورك<sup>(٦)</sup> وكاليفورنيا<sup>(٧)</sup> وواشنطن<sup>(٨)</sup>، والشرع الأردني في اشتراط صفة الناخب في النموذج القانوني للرشوة الانتخابية ساير التشريعات المقارنة، إلا أن بعض التشريعات انفردت بسياسة عقابية بتجريم الرأسي دون المرتشي مثل التشريع التونسي<sup>(٩)</sup>.

وصفة الناخب المفترضة في النموذج القانوني للرشوة الانتخابية كما أقرتها التشريعات المقارنة يجب توافرها وقت ممارسة النشاط المجرم، ولكن فقدان هذه الصفة لاحقاً وبعد تمام النشاط الذي يتحقق به الركن المادي لا يؤثر في قيام الجريمة وتهضم مسؤولية الناخب الجزائية عندئذ بالرغم من فقدانه لصفة الناخب<sup>(١٠)</sup>، كذلك لا يشترط صحة قيد الناخب في جداول الناخبين لتوافر هذه الصفة في الناخب<sup>(١١)</sup>.

### المطلب الثاني: الركن المادي

تناول في هذا المطلب نماذج الأفعال التي يتحقق بها الركن المادي في الرشوة الانتخابية في الفرع الاول، ثم نعرض لصور الفائدة المرجوة من الرشوة الانتخابية في الفرع الثاني، ونفرد الفرع الثالث للغرض من الرشوة الانتخابية.

#### الفرع الاول: نماذج الأفعال المكونة للركن المادي

أشرنا سابقاً أن الرشوة الانتخابية من جرائم الخطر وليس من جرائم الضرر، وهي من الجرائم الشكلية، أي من جرائم السلوك المجرد التي تقوم بمجرد ارتكاب واحد من الأفعال التي ورد النص عليها في المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الاردني، دون استلزم نتائج، فالركن

(١) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري.

(٢) المادة (١٠٠) من مدونة الانتخابات المغربية رقم (٩٩٧) لعام ١٩٩٧.

(٣) المادة (١٠٦) من قانون الانتخاب الفرنسي

(٤) المادة (١١٣) من قانون تمثيل المواطنين البريطاني لعام ١٩٨٣

(٥) المادة ١٠٩ من قانون الانتخاب لجنوب استراليا لعام ١٩٨٥.

(٦) المادة ١٤٢-١٧ من قانون الانتخاب في نيويورك.

(٧) المادة ١٨٥٢٠ من قانون الانتخاب في كاليفورنيا.

(٨) المادة (٢٩A.84.620) من قانون الانتخاب في واشنطن.

(٩) المادة ١٦١ من القانون الأساسي التونسي رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ المتعلقة بالانتخابات والاستفتاء.

(١٠) براهيمي، الوردي، النظام القانوني للجرائم الانتخابية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٤٩.

(١١) شوقي، يعيش تمام وشبرى، عزيزة، جريمة الرشوة الانتخابية بين التشريع الانتخابي والتطبيق القضائي، دراسة مقارنة، (الجزائر، تونس، المغرب) نموذجا، مجلة جيل، الابحاث القانونية المعمقة، العدد ١٥، جوان، ٢٠١٧، ص ٤١.

المادي فيها يتكون من السلوك المجرم فقط، ويؤكد هذه الطبيعة الشكلية أن المشرع لم يشترط أن يقترب الناخب على النحو المتفق عليه مع من قدم المنفعة المادية أو المعنوية أو الوعود بها، وبمجرد قبول أو طلب المنفعة سواء كانت مادية أو معنوية أو أخذها أو الاتفاق على تأجيلها تتحقق الجريمة ولو لم يف المقترب بما ورد به من الاقتراح على نحو معين أو الامتناع عن الاقتراح<sup>(١)</sup>.

وقد درجت التشريعات العقابية على ذكر عدد من الأفعال التي يتحقق بها السلوك الجرمي المكون لهذا الجريمة<sup>(٢)</sup>، وباستعراض نص المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب لعام ٢٠١٦، نجد ان المشرع أدرج الأفعال التالية:

أولاً: الأفعال المتصور صدورها عن المرشح أو شخص آخر قد يكون ممثلاً عن المرشح أو أحد أنصاره أو مؤيديه كما قد يكون أحد خصوم المرشح الذي يرغب بحجب الأصوات عن نكایة وإضراراً به، أو توجيهها إلى مرشح منافس له، وهذه الأفعال هي:

١. إعطاء الناخب مال نقدی أو عینی، ويعني الإعطاء المناولة التي تنتقل بها الحيازة المادية، بما يكفل ممارسة سلطات المالك على ذلك الشيء.

٢. الإقراض وتفهم هذه الصورة بأنها تسليف مبلغ نقدی إلى ناخب يتم تسديده لاحقاً دفعة واحدة أو أقساط بفوائد أو بدونها وبتوثيق أو بدونه، ومن الواضح ان المشرع الأردني توسع في تجريمه لشمول هذا التصرف ضمن الأفعال التي تتحقق بها الرشوة الانتخابية، قاصداً بذلك التشدد في حماية سلامة العملية الانتخابية مما يمكن أن يشوبها بالعيب والتشويه ، بينما خلت معظم التشريعات العربية<sup>(٣)</sup> من هذه الصورة في تجريمها للرشوة الانتخابية، غير أن هناك تشريعات أخرى نصت على تجريم الاقتراض بالصورة المذكورة مثل التشريع البريطاني<sup>(٤)</sup> وتشريع ولاية نيويورك الأمريكية<sup>(٥)</sup> وهذا توجه محمود للتشريع الأردني لضمان سلامة إرادة الناخب وتحrirها من أي ضغط أو إكراه بما فيه الحاجة إلى اقتراض المال.

(١) تصنف الجرائم من حيث النتيجة إلى جرائم مادية تتطلب حصول نتيجة وجرائم شكلية تعتبر تامة بمجرد ارتكاب السلوك الجرمي دون استلزم نتيجة، انظر: المجلاني، نظام، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

(٢) شوقي، يعيش تمام وشبرى، عزيزة، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.

(٣) تجنبنا للتكرار راجع التشريعات العربية الواردة في الفرع الثاني العنصر المفترض في التشريعات المقارنة.

(٤) المادة (١١٣) من قانون تمثيل المواطنين البريطاني لعام ١٩٨٣

(٥) المادة ١٤٢ من قانون الانتخاب في نيويورك.

٣. العرض ويعني إبداء المرشح أو شخص وسيط استعداده لدفع مبلغ من المال أو تقديم منفعة أو قرض أو أي مقابل آخر، والعرض تعبير عن الإرادة بالإيجاب قد يلقى قبولاً أو رفضاً من الناخب، وسواء لقي هذا العرض قبولاً أم لم يلق فان جريمة الرشوة الانتخابية تتحقق به، لأن المشرع في المادة ٥٩/٢ من قانون الانتخاب ذكر فعل عرض، والعرض كفعل مستقل بذاته عن القبول الذي قد يحصل وقد لا يحصل، ولكنه لا يؤثر في وجود العرض السابق في زمن حصوله على القبول، وطالما أن المشرع لم يشترط القبول فإن العرض ينصرف إلى هذا المعنى وتتحقق به الجريمة.

٤. التعهد ويعني التزام المرشح بإعطاء الناخب مالاً أو منفعة أو قرض أو تقديم أي مقابل آخر، ويختلف التعهد عن الإعطاء والقرض من حيث عنصر الزمن الذي يتم فيه تقديم المال أو المنفعة أو القرض أو المقابـل في أنه مؤجل إلى المستقبل وليس معجل في الحال، وسواء تم تنفيذ الالتزام بعد التصويت أم لم ينفذ فإن ذلك لا ينفي أن جريمة الرشوة الانتخابية سابقة على التصويت<sup>(١)</sup>.

ثانياً: الأفعال المتصورة صدورها عن الناخب نفسه أو شخص آخر وسيط بين الناخب والمرشح أو من ينوب عنه وتشمل:

١. قبول المال أو القرض أو المنفعة أو أي مقابل آخر، والقبول تعبير عن الإرادة<sup>(٢)</sup> بعدم الممانعة في تلقي الأعطيـة أو العرض، ويقابل الإيجاب الصادر من الطرف الآخر بالتقديم أو العرض.

٢. طلب المال أو القرض أو المنفعة أو أي مقابل آخر، والطلب إفصاح عن الرغبة ينطوي على حـث المرشح أو أي شخص آخر على تقديم الرشوة<sup>(٣)</sup>

وبتقـيق الفقرة الثانية من نص المادة (٥٩) من الانتخاب لمجلس النواب الأردني لعام ٢٠١٦

نجد أنها تنص على ما يلي:

"من قبل أو طلب مباشرة أو بصورة غير مباشرة مبلغاً من المال أو قرضاً أو منفعة أو أي مقابل آخر... إلخ نص الفقرة" أي أن المشرع ذكر صور الفائدة مقابل الاقتراض أو الامتناع عنه أو التأثير في الغير للقيام بذلك وهذه الصور يجمع بينها عنصر التعجـيل من حيث زمن الحصول عليها،

(١) الأسدـي، ضيـاء، مرجع سابق، ٣٩٦.

(٢) سلطـان، أـنور، مـصادر الالتزام في القانون المـدنـي الأـرـدنـي، درـاسـة مـقارـنة بـالـفـقـه الإـسـلـامـي، مـنشـورـات الجـامـعـة الأـرـدنـيـة، عـمـان، طـ1، ١٩٨٧، صـ٥٦.

(٣) جـابـ اللهـ، أـمـلـ، مـرجعـ سـابـقـ، صـ١٣١.

ولم يذكر المشرع طلب أو قبول التعهد بتقديمها في المستقبل، أي طلبها أو قبولها مؤجلة غير مجلة، بالرغم من ذكره نموذج هذا الفعل في الفقرة الأولى من نفس المادة عند ذكر الأفعال التي تقدم للناخب، ونحسب أن المشرع اكتفى بعبارة (أو أي مقابل آخر) التي قد تشمل هذه الصورة، لكن غياب عبارة (التعهد) يثير اللبس والغموض، ويقصر عن شمول بعض الأفعال التي يطلب فيها الناخب أو غيره تعهدا من المرشح أو الوسيط بدفع مال أو تحقيق منفعة أو مقابل آخر في المستقبل وبعد التصويت: مثل طلب الناخب من المرشح تعهد بتأمين عمل له في القطاع العام أو الخاص بعد أن يفوز بالانتخابات مقابل أن يقرع لصالحه<sup>(١)</sup>، ونرى ضرورة ذكر هذه الصورة صراحة في الفقرة الثانية تجنباً لنفسير الفقرة الثانية من المادة<sup>(٥٩)</sup> بما يتفق وبكافئ سوء نية الناخب الذي قد يكتفي بطلب تعهد بمنفعة مستقبلية ويلوذ بالدفع بخلو النص من هذا النموذج تحديداً ليطلب من المحكمة إعلان عدم المسؤولية وقد يفلت من العقاب، وقد تتبهت بعض التشريعات إلى ذلك كالتشريع المغربي<sup>(٢)</sup> واللبناني<sup>(٣)</sup> أو أدرجت قبول أو التماس الوعود بالمنافع ضمن دائرة الأفعال المجرمة.

#### الفرع الثاني: صور الفائدة من الرشوة الانتخابية

تتعدد صور الفائدة المرجوة من الرشوة الانتخابية، وقد درجت التشريعات على ذكر أكثرها شيوعاً في الواقع مثل المبالغ المالية أو الهدايا أو التبرعات أو الأموال العينية، وهي على سبيل المثال لا الحصر لذلك أضافت معظم التشريعات صور فضفاضة تتسع لعدد كبير مما يمكن أن يقدم مقابل للمتاجرة بأصوات الناخبين سواء كانت مادية أو معنوية مثل المنفعة<sup>(٤)</sup> أو الفائدة<sup>(٥)</sup> أو العطايا<sup>(٦)</sup> أو الأشياء ذات القيمة<sup>(٧)</sup> والمكافأة<sup>(٨)</sup> أو الهدايا<sup>(٩)</sup> أو التبرعات<sup>(١٠)</sup> أو المزايا<sup>(١١)</sup>.

(١) الوعود بوظيفة من الصور الدارجة كمقابل لشراء الأصوات في الأردن، انظر: المركز الوطني، تقرير ٢٠١٣، مرجع سابق، ص ٢١.

(٢) المادة (١٠٠) من مدونة الانتخابات المغربية للعام ١٩٩٧.

(٣) المادة (٣٣١) من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣ المعدلة.

(٤) المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني لعام ٢٠١٦.

(٥) المادة (٤٨) من المرسوم بقانون لسنة ٢٠١١ المعدلة للمادة (٤) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦.

(٦) المادة (٣٣١) من قانون العقوبات اللبناني.

(٧) المادة ١٤٢-١٧ من قانون الانتخاب في نيويورك.

(٨) المادة (29A.84.620) من قانون الانتخاب في واشنطن.

(٩) المادة (١٠٠) من مدونة الانتخابات المغربية للعام ١٩٩٧.

(١٠) المادة (١٦١) من القانون الأساسي التونسي رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ المتعلق بالانتخابات والاستفتاء.

(١١) المادة (١٠٦) من قانون الانتخاب الفرنسي.

وقد اكتفى المشرع الأردني بذكر صور إعطاء المال أو المنفعة أو القرض، وحالفة التوفيق بإضافة عبارة (أو أي مقابل آخر) بوصفها تتسع لأي من صور الفائدة التي يمكن أن يعطيها المرشح أو غيره ويجنيها الناخب أو الوسيط، والمنفعة أو المقابل قد يكون مادي أو معنوي كالحصول على ترقية، وقد تكون مشروعة كالحصول على وظيفة أو غير مشروع كالمواد المخدرة أو تببير لقاء جنسي مع فتاة<sup>(١)</sup>.

ويخرج عن مفهوم المنفعة توزيع المأكولات والمشروبات التي توزع في مراكز الاقتراع إذا كانت قيمتها متدنية وتوزع على الجميع دون استثناء وبدون التعريف على من قدمها أو الجهة الداعمة<sup>(٢)</sup>، ولا يعتبر من قبيل المنفعة تقديم المرشح لسيارات لنقل الناخبين إلى مراكز الاقتراع، ولكن المرشح يرتكب رشوة انتخابته إذا قام بتعويض الناخب بما دفعه من أجرة إلى مركز الاقتراع<sup>(٣)</sup>.

وفي سبيل ضبط دلالة المنفعة تنظم بعض التشريعات تقديم التبرعات النقدية والعينية إلى الأفراد والجمعيات الخيرية والأندية الرياضية والمؤسسات غير الرسمية حيث يتم حظر تلك الأنشطة خلال فترة الحملات الانتخابية<sup>(٤)</sup>، وقد سلك المشرع الأردني خطة موفقة بحظر تقديم الهدايا أو التبرعات أو المساعدات النقدية أو العينية أو غيرها من المنافع أو الوعود بتقديمها إلى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين مباشرة أو بالواسطة، وحظر أيضاً على أي شخص أن يطلبها أو يسعى للحصول على وعد بها<sup>(٥)</sup>، وذلك لتجنب تأثيرها على إرادة الناخبين ومن ينتفعون بخدمات تلك الجمعيات أو الأندية أو المؤسسات، ولكن تتجه بعض التشريعات إلى استثناء التبرعات والمساعدات المنتظمة من الحظر إذا كان المرشح قد درج على تقديمها قبل الحملة الانتخابية<sup>(٦)</sup>، وقد أغفل المشرع الأردني تنظيم التبرعات والمساعدات المنتظمة المقدمة بمعرفة مرشحين قبل الانتخابات ونقترح أن تستثنى من الحظر بشرط أن تكون موجهة للمؤسسات والجمعيات والأندية فقط دون

(١) جاب الله، أمل، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) تنص المادة ٤٠-١٧ من قانون الانتخاب في ولاية نيويورك على استثناء هذا النوع من النشاط من التجريم إذا كان ثمن المواد الموزعة أقل من دولار واحد حسب سعر البيع بالجزء.

(٣) براهيمي، الوردي، مرجع سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

(٤) المادة (٥٩) من قانون الانتخابات النيابية اللبناني رقم ٢٥ لعام ٢٠٠٨.

(٥) مضمون المادة (٢٤) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني لعام ٢٠١٦.

(٦) تستثنى المادة (١٩) من قانون الانتخابات النيابية اللبناني رقم ٢٥ لعام ٢٠٠٨ التبرعات والمساعدات المقدمة للأفراد والمؤسسات والجمعيات والأندية من الحظر من المرشحين أو المؤسسات التي يمتلكها أو يديرها مرشحون درجوا على تقديمها بصورة اعتيادية ومنتظمة منذ ما لا يقل عن ٣ سنوات قبل بدء فترة الحملة الانتخابية.

الأفراد وأن يكون انتظامها سابق على بدء الحملة الانتخابية بفترة لا تقل عن ٣ سنوات وهي فترة كافية لتجريدها من شبهة التأثير على إرادة الناخبين.

كما ويخرج عن مفهوم الوعود بالمنفعة الذي يشكل جرم الرشوة الانتخابية تلك الوعود التي يطلقها المرشحون والأحزاب ضمن الإعلان عن السياسة العامة وبرامج العمل<sup>(١)</sup> التي ينونون اتباعها حال فوزهم والتي تتضمن وعد بمنافع مثل تخفيض الضرائب على سلع معينة أو إعفاء بعض الخدمات من الرسوم أو خلق فرص عمل في قطاع معين أو في منطقة معينة، حيث درجة الحملات الانتخابية على التبشير بسياسات وبرامج تعد الناخبين بالرخاء وتحسين أداء الاقتصاد، إذ أن مثل هذه الوعود العامة موجهة إلى جمهور الناخبين وليس إلى ناخب أو عدد معين من الناخبين بما لا يحتمل معه مساسها بإرادة الناخبين.

ونقترح حظر تقديم خدمات حكومية من خلال توسط المرشحين لدى الموظفين الحكوميين خلال فترة الحملات الانتخابية، حيث أن حظر استخدام الوسائل والموارد المملوكة للمؤسسات الحكومية والرسمية الواردة في المادة (٢٣) يتعلق بالدعائية الانتخابية للمرشحين بمعناها الصريح وقاصر عن تحقيق هذه الغاية، لأن تسهيل تقديم خدمات رسمية من خلال الاستجابة لطلبات مرشحين دون الآخرين يمثل دعاية رسمية مبطنة تخل بمبدأ المساواة وحياد أجهزة الحكومة في الانتخابات، وتساهم بآيات الناخبين أن المرشح الذي ينجح في تحصيل خدمات من الحكومة لديه نفوذ وسطوة على أولئك الموظفين وهو ما يخل بمبدأ المساواة مع المرشحين الآخرين، ونقترح إضافة (عبارة الصريحة أو الضمنية) أو عبارة (المباشرة أو غير المباشرة) بعد عبارة الدعاية الانتخابية في عجز المادة (٢٣) من قانون الانتخاب لعام ٢٠١٦.

### الفرع الثالث: الغرض من الرشوة الانتخابية

من أجل تمام الركن المادي في الرشوة الانتخابية فإن الأفعال الواردة ذكرها سواء بإعطاء المال أو المنفعة أو القرض أو أي مقابل آخر أو الوعود بها من جانب المرشح أو أي شخص، وطلب أو قبول ذلك من قبل الناخب أو شخص وسيط يلزم أن يكون الغرض منها العبث بإرادة الناخب والتأثير عليها بتوجيهها للاقتراع على نحو معين أو الامتناع عن الاقتراع، ويمكن النظر إلى هذا الغرض من جهتين فمن جهة المرشح أو أي شخص يعمل لصالحه فإنه يعبر عن رغبته في حال كونه بادر بالعرض - أو موافقته في حال أن المرشح هو من بادر بالطلب - على توجيه إرادة

(١) تنص المادة ٢/١٠٩ من قانون الانتخاب في جنوب استراليا على أن الرشوة الانتخابية لا تشمل الإعلان عن سياسة عامة أو الوعود بإجراءات وخططة عمل عامة.

الناخب للاقتراع على نحو خاص أو الامتناع عن الاقتراع، ومن جهة الناخب أو الشخص الوسيط فإنه يعبر عن إرادته في حال كونه بادر بالطلب - أو بالقبول - في حال أن المرشح أو شخص آخر عرض عليه - بتوجيه إرادته للاقتراع على نحو خاص أو الامتناع عن الاقتراع، ولا يدح في تمام جريمة الرشوة الانتخابية بعد ذلك عدم وفاء المرشح بما وعد به، فالرشوة الانتخابية من جرائم الخطر حيث يتشكل خطر العبث بإرادة الناخب وتهديد سلامة الانتخابات بالضرر بمجرد رغبة المرشح بالتأثير على إرادة الناخب ولو لم يتحقق ذلك التأثير أو بموافقة الناخب على العبث بإرادته وتحويلها من حق للمواطن إلى سلعة للمساومة ولو لم يف بما وعد به من الاقتراع على نحو خاص أو الامتناع عن الاقتراع، وسنعرض للفروض الممكنة التي تقدم من أجلها الرشوة الانتخابية كالتالي:

1. الاقتراع على وجه خاص: والاقتراع هو ممارسة الناخب لحق الانتخاب بالإدلاء بصوته من خلال الحضور إلى مركز الاقتراع وإثبات هويته وتدوين البيانات وخيارات الانتخاب في الورقة المخصصة لذلك حسب التعليمات ووضعها في الصندوق، وقد يكون توجيه إرادة الناخب بالتصويت إلى مرشح معين أو قائمة معينة أو بالتأشير على الاسم أو إشارة القائمة بما يجعل من ورقة الاقتراع صالحة للاحتساب لصالح ذلك المرشح أو القائمة، كما قد يكون التوجيه للناخب بالاقتراع على أنه أمي بحجة أنه لا يجيد الكتابة<sup>(١)</sup>، أو بالاقتراع على نحو يبطل ورقة الاقتراع بتضمينها عبارات معينة أو إضافة تدل اسم المقترع أو بعدم تحديد المرشحين أو القائمة أي بتركها فارغة، أو التأشير على أكثر من قائمة، ففي هذه الحالات تعتبر الورقة باطلة<sup>(٢)</sup>.

2. الامتناع عن الاقتراع ويتحقق ذلك بعد عدم الحضور إلى مركز الاقتراع أو الحضور بعد الوقت المحدد للاقتراع أو الحضور أثناء الوقت دون بطاقة الهوية، بقصد عدم الاقتراع، وهذا النوع من التأثير في إرادة الناخب خيار يلجأ له بعض المرشحين لحجب أصوات سكان منطقة معينة عن مرشح منافس لهم بما يخل بالمنافسة ويزيد من فرصهم بالفوز في الانتخابات.

(١) لم يستبعد قانون الانتخاب الأردني لعام ٢٠١٦ هذا الفرض وأشار إليه في المادة (٣٨) وفرض عقوبة لمن يدعى ذلك خلافاً للحقيقة في المادة (٥٦/ب).

(٢) مضمون المادة ٤٣ أ/أ فقرات (٢) و(٣) و(٤) من قانون الانتخاب الأردني رقم ٦ لعام ٢٠١٦.

### المطلب الثالث: الركن المعنوي

الرشوة الانتخابية جريمة عمدية، ولكن ما نوع القصد الجرمي في الرشوة الانتخابية؟ وهذا ما سنبينه في الفرع الأول، ثم نعرض لطرح الباحثين بخصوص فكرة تعدد أنواع القصد الجرمي لجسم الجدل الفقهي في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: الجدل حول نوع القصد الجرمي في الرشوة الانتخابية

الرشوة الانتخابية من الجرائم القصدية، وقد عرف قانون العقوبات الأردني النية الجرمية في المادة ٦٣ بأنها إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، واصطلاح النية هنا رديف للقصد الجنائي، وحيث أن الإرادة لا تقوم فعلاً ولا يتاح لها أداء دورها في تبيان القصد ما لم تكن مستندة إلى العلم على النحو الذي يمكن معه القول بأن القصد علم وإرادة<sup>(١)</sup>، فإن القانون يتطلب لقيام الرشوة الانتخابية توافق عنصري العلم والإرادة، ولكن هل يكفي القصد العام بعنصريه العلم والإرادة لقيام الركن المعنوي في الرشوة الانتخابية أم لا بد من وجود قصد خاص أيضاً؟ لقد انقسم الفقه إلى رأيين: فمنهم من يرى أنه يكفي القصد الجنائي العام لتحقق الركن المعنوي في الرشوة الانتخابية<sup>(٢)</sup>، من خلال العلم بماهية تقديم المال أو المنفعة أو عرضها من قبل المرشح أو من ينوب عنه أو قبول أو طلب المال أو المنفعة من قبل المرشح أو الوسيط للتأثير على إرادة الناخب واتجاه إرادة المرشح أو الناخب أو الوسيط إلى تلك الأفعال ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة بالاقتراع على نحو معين أو الامتناع عن الاقتراع، أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن القصد العام لا يكفي لقيام الركن المعنوي ولا بد من وجود قصد خاص في جريمة الرشوة الانتخابية هو التأثير على الناخب للاقتراع على وجه خاص أو الامتناع عن الاقتراع<sup>(٣)</sup>، كما أن هناك نص صريح على هذا القصد في بعض التشريعات كما في دول المغرب العربي<sup>(٤)</sup>، وسنبينه رأينا في هذا الجدل في الفرع التالي.

(١) الم GALI، نظام، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٢) الكندري، فيصل، مرجع سابق، ص ٢٠، جاب الله، أمل، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٣) أحمد، حسام الدين محمد، الحماية الجنائية للمبادئ الحاكمة للانتخاب السياسي في مراحله المختلفة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٣، ص ١٧٨-١٧٩، الكندري، فيصل، مرجع سابق، ص ٤٠٢، هرجه، مصطفى مجدي، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقانون -القسم الخاص- الكتاب الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ١٩٨٨، ص ٩٨-٩٩، مراد، عبدالفتاح، شرح قوانين الانتخابات الرئاسية، الناشر غير مذكور، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٣٧.

(٤) مشار إليه لدى: شوقي وشبرى، مرجع سابق، ص ٤٨.

## الفرع الثاني: تعدد أنواع القصد الجرمي في الرشوة الانتخابية

بالتدقيق نجد أن سبب الاختلاف بين الرأيين في الفرع السابق هو الخلط بين القصد لدى المرشح أو من يمثله أو الوسيط من جهة وبين الناخب من جهة أخرى، ونرى ضرورة التفرقة بينها، وأساس هذه التفرقة أن الناخب هو الوحيدة بين جميع من يمكنهم أن يقتربوا هذه الجريمة يكون لديه العلم على سبيل الجزم واليقين بما ينوي القيام به من اقتراع على وجه خاص أو الامتناع عن الاقتراع، فقد يخدع الناخب المرشح ويتظاهر بتلبية طلبه ولكنه يضمر عكس ذلك، ففي هذه الحالة يتوافر لديه العلم الأكيد بأنه لن يقترع أو يمتنع عن الاقتراع لصالح المرشح مقدم الرشوة وتصرف إرادته إلى ذلك، ولكن تتحقق أركان الجريمة رغم علمه الأكيد بنقض الغرض من الرشوة ورغم اتجاه إرادته إلى عدم تحقيق ذلك الغرض، ذلك أن القصد الخاص في هذه الحالة ليس جزءاً من النموذج القانوني للرشوة الانتخابية بالنسبة للناخب، حيث تتحقق أركانها بمجرد قبوله العرض أو المنفعة أو بمجرد طلبه للمنفعة دون ضرورة لتوافر القصد الخاص الذي لا يشكل عنصراً في الركن المعنوي في هذه الحالة، وتقود هذه التفرقة التي توصلنا إليها إلى أنه يكفي توافر القصد العام لدى الناخب أي يكفي أن يحيط علمه بأنه يطلب أو يقبل العرض أو المال أو المنفعة أو القرض أو أي مقابل آخر وأن تتجه إرادته إلى فعل الطلب أو القبول، ولا يهم بعد ذلك أن كان صادق النية بتحقيق الغرض من تلقي المنفعة أو مخادعاً لا ينوي تحقيق ذلك الغرض.

أما بالنسبة إلى المرشح أو من يمثله أو الشخص الوسيط الذي يصل المرشح بالناخب أو العكس فإن النية التي يضمرها الناخب لا تكون معلومة لديه وهذا هو أساس التفرقة بينهما، وإنما تتجه نية كل من هولاء إلى تقديم العرض أو المال أو المنفعة أو القرض أو أي مقابل آخر بقصد خاص هو التأثير في إرادة الناخب وحمله على الاقتراع على نحو خاص أو الامتناع عن الاقتراع، مما يجعل من القصد العام في هذه الحالة غير كافٍ لقيام الجريمة التي لا يمكن تصورها بدون قصد خاص، فلا يعقل أن يجرم فعل عرض مال أو منفعة أو قرض أو تقديم أي منها من هذا الشخص إلى الناخب دون أن يكون القصد منها التأثير في إرادة الناخب.

## المبحث الثالث: النتائج المترتبة على ارتكاب الرشوة الانتخابية

في هذا المبحث نتناول اثبات الرشوة الانتخابية في المطلب الأول، ونستعرض العقوبات المقررة لها في المطلب الثاني، ثم نبحث في أثر التحقيق والتقادم وأثر الإدانة على المركز القانوني للناخب والمرشح في المطلب الثالث.

## المطلب الأول: إثبات الرشوة الانتخابية

في الفرع الأول من هذا المطلب نوضح الأدلة المقبولة في الإثبات، وفي الفرع الثاني نبين خطة المشرع لتسهيل إثبات الرشوة الانتخابية وتشجيع الكشف عنها.

### الفرع الأول: أدلة الإثبات

الرشوة الانتخابية كباقي الجرائم تخضع لمبدأ الاقتضاء الذاتي للقاضي المقرر في المادة ٤٧/١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والتي تقضي بإقامة البينة في الجنايات والجناح والمخالفات بكافة طرق الإثبات، ويحكم القاضي حسب فناعته الشخصية، ولا يقييد هذه القناعة سوى أن تكون يقينية ومبينة على أدلة مشروعة لها أصل في ملف الدعوى، وتناقش فيها الخصوم وتتفق وأنطق السليم، ويجب أن يكون الحكم الذي توصل إليه القاضي سائغاً ومحبلاً وبيدي عقلاً ومنطقاً إلى النتيجة التي خلص إليها تحت رقابة محكمة التمييز<sup>(١)</sup>.

ولا يدح في مشروعية أدلة الإثبات في الرشوة الانتخابية ضبط المرشح أو أحد أنصاره أثناء قيامه بشراء الأصوات من قبل موظفي الضابطة العدلية، إذا كانوا قد قاموا بذلك من خلال التخفي والظهور بأنهم ناخبيون يرغبون ببيع الأصوات<sup>(٢)</sup> لضبط تلك العملية، شريطة أن يكون دورهم كاشفاً لهذه الجريمة ولم يصل إلى حد التحرير من عليها وخلقها في ذهن المرشح أو من ينوب عنه<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثاني: خطة المشرع في تسهيل الإثبات

إثبات الرشوة الانتخابية أمر عسير لحرص جميع الأطراف على إحاطة نشاطهم بالسرية والكتمان من ناحية، ولسهولة إنكار مثل هذه النشاطات أو إظهارها على أنها مشروعة من ناحية ثانية، لذلك عمد المشرع إلى تشجيع الناخب أو الشخص الوسيط على كشف نشاطات من يتاجر بالأصوات الانتخابية، وقرر الإعفاء من العقاب للمرشح أو الشخص الوسيط الذي يساهم في كشف عملية الاتجار في حالتين:

١- البوح: وهو المبادرة بأخبار السلطات عن واقعة الاتجار بالأصوات من قبل الناخب أو الشخص الوسيط بعد أن قبل العرض أو أخذ المقابل أو المنفعة، ويكون البوح قبل أن تكتشف السلطات أمر الواقع.

(١) نمور، محمد، أصول الاجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط٤، ٢٠١٦، ص ٢٣٢-٢٣٣.

(٢) في جواز التخفي وأصطناع المرشدين انظر: نمور، محمد، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٣) انظر في الجدل حول مشروعية الأدلة في حالة المحرض الصوري: السعيد، كامل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، ٢٠٠٩، ص ٣٩٩-٤٠٩.

٢- الاعتراف: وهو إقرار المدعى عليه على نفسه<sup>(١)</sup> بواقعة الاتجار بالأصوات المنسوبة إليه، ويتم من قبل الناخب أو الشخص الوسيط الذي قبل الرشوة الانتخابية أو طلبها، ويحصل بعد ضبط الواقعة وسير التحقيق فيها، أي بعد أن اكتشفت السلطات أمر الواقع.

وفي الحالتين تبرز أهمية خطة المشرع في الاعفاء من العقاب لدفع الناخب أو الوسيط للبوج أو الاعتراف لتسهيل كشف وإثبات الرشوة الانتخابية بالنسبة للمرشح وغيره من الأشخاص المتورطين في استعمال المال السياسي.

### المطلب الثاني: عقوبة الرشوة الانتخابية

يتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع نعرض للعقوبات الأصلية في الفرع الأول وللعقوبات الفرعية في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث نناقش قصور خطة المشرع الأردني في تجريم بعض الأفعال التي تمس سلامة العملية الانتخابية.

#### الفرع الأول: العقوبات الأصلية

تشدد المشرع الأردني في تصنيف الرشوة الانتخابية واعتبرها من الجنایات، ونصت المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٦ لعام ٢٠١٦ على حد أدنى لعقوبتها بالوضع بالأشغال الشاقة<sup>(٢)</sup> لمدة ٣ سنوات وحد أعلى بالوضع بالأشغال الشاقة لمدة ٧ سنوات، مما يتيح للقاضي إعمال سلطته التقديرية باختيار العقوبة بين الحدين بما يتاسب مع ظروف ارتكابها وحالة مرتكبها، وبعد ذلك يمكن للقاضي أيضًا الحد من شدة العقوبة إذا اقتضى الحال بتغريم العقاب بتخفيف عقوبة المحكوم عليه بالرشوة الانتخابية إلى الحبس لمدة سنة على الأقل وفقاً للأسباب المخففة في حدود المادة ٩٩/٤ من قانون العقوبات ووقف تنفيذ العقوبة سندًا لأحكام المادة ٤٥ مكررة من قانون العقوبات.

أما التشريعات العربية فقد ذهبت غالبيتها إلى اعتبار الرشوة الانتخابية من الجناح كما في مصر<sup>(٣)</sup> والعراق<sup>(٤)</sup>، وسوريا<sup>(٥)</sup>، ولبنان<sup>(١)</sup> والكويت<sup>(٢)</sup> وتونس<sup>(٣)</sup> والجزائر<sup>(٤)</sup> والمغرب<sup>(٥)</sup> وهو ذات

(١) نمور، محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(٢) الغيت كلمة الشاقة أينما وردت في قانون العقوبات الأردني بموجب القانون المعدل لعام ٢٠١٧، ولذلك على المشرع تعديل عقوبة الأشغال الشاقة الواردة في هذا القانون لتنسجم مع عقوبة الأشغال المؤقتة في قانون العقوبات.

(٣) المادة (٤٨) من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١١ المعدلة للمادة (٤١) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ مصري

(٤) المادة (٢٧) من قانون الانتخاب العراقي رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.

(٥) المادة (١١٣) من قانون الانتخابات العامة السوري لعام ٢٠١٤.

ذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي<sup>(١)</sup>، ولم تتفق التشريعات الأنجلوسكسونية على اتجاه موحد حيث اعتبرتها غالبيتها من الجنج مثل ولاية كاليفورنيا<sup>(٧)</sup> والأيام،<sup>(٨)</sup> ونبراسكا<sup>(٩)</sup> وكارولينا الشمالية<sup>(١٠)</sup> في حين عدد آخر أدرجها ضمن فئة الجنائيات مثل نيويورك<sup>(١١)</sup> ونيومكسيكو<sup>(١٢)</sup> وواشنطن<sup>(١٣)</sup>، وتقرر معظم التشريعات التي اعتبرت الرشوة الانتخابية من فئة الجنج بعقوبة الحبس والغرامة معاً كما في المغرب<sup>(١٤)</sup> وولاية كالفورنيا<sup>(١٥)</sup> أو بإحدى العقوبتين كما في الكويت،<sup>(١٦)</sup> بينما تكتفي بعض التشريعات بالغرامة فقط كما في الجزائر.<sup>(١٧)</sup>

وقد وردت عقوبة الرشوة الانتخابية في معظم التشريعات في القوانين الانتخابية ومنها التشريعات العربية في مصر وسوريا والعراق والكويت والمغرب والتشريعات الأنجلوسكسونية في جنوب أستراليا وعدد كبير من الولايات المتحدة الأمريكية التي سبق ذكرها، ولكن هناك عدد من التشريعات تحيل عقوبة الرشوة الانتخابية إلى قوانين العقوبات مثل الجزائر<sup>(١٨)</sup> ولبنان<sup>(١٩)</sup>.

(١) المادة (٣٣١) من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣ المعدلة.

(٢) المادة (٤) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢.

(٣) المادة ١٦١ من القانون الأساسي التونسي رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ المتعلقة بالانتخابات والاستفتاء.

(٤) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري.

(٥) المادتين (١٠١، ١٠٠) من مدونة الانتخابات المغربية رقم ٩/٩٧ لعام ١٩٩٧، ولكن تترواح العقوبة بين ٥-١ سنوات حبس.

(٦) المادة (L 106) من قانون الانتخاب الفرنسي

(٧) المادة ٨٥٢٠ من قانون الانتخاب في كاليفورنيا.

(٨) المادة (١٧-١٧-٣٨) من قانون الانتخاب في الأيام

(٩) المادة (٣٢- ١٥٣٦) من قانون الانتخاب في نبراسكا

(١٠) المادة (163A-1388) من قانون الانتخاب في كارولينا الشمالية

(١١) المادة (١٤٢) من قانون الانتخاب في نيويورك.

(١٢) المادة (٩-٣٦٤) من قانون الانتخاب في ولاية نيومكسيكو.

(١٣) المادة (29A.84.620) من قانون الانتخاب في واشنطن.

(١٤) المادتين (١٠١، ١٠٠) من مدونة الانتخابات المغربية رقم ٩/٩٧ لعام ١٩٩٧

(١٥) المادة ٨٥٢٠ من قانون الانتخاب في كاليفورنيا.

(١٦) المادة (٤) من قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة الكويتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢.

(١٧) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري.

(١٨) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري.

(١٩) المادة (٣٣١) من قانون العقوبات اللبناني.

## الفرع الثاني: العقوبات الفرعية

بالإضافة إلى العقوبات الأصلية تقرر التشريعات الانتخابية عقوبات تبعية أو تكميلية<sup>(١)</sup> كالحرمان من الترشح والتصويت لمدة محددة أو دائمة<sup>(٢)</sup>، وبعض التشريعات تقرر الحرمان من الوظائف العامة لمدة محددة<sup>(٣)</sup> ويعد هذا النوع من العقوبة تطبيقاً لمبدأ الجزاء من جنس العمل حيث أن المرشح أو الناخب أساء استخدام هذا الحق السياسي واستحق الحرمان من هذا النوع من الحقوق.

وتتصنف معظم التشريعات على عقوبة الحرمان من التصويت أو الترشح كعقوبات تبعية في القوانين الانتخابية ذاتها وعلى هذا النهج سار المشرع المصري<sup>(٤)</sup> والمغربي<sup>(٥)</sup> والتونسي<sup>(٦)</sup>، في حين حين ترد هذه العقوبات في قوانين العقوبات في تشريعات أخرى مثل التشريع العراقي<sup>(٧)</sup> والجزائري،<sup>(٨)</sup> أو ترد في التشريع الانتخابي وقانون العقوبات معاً كما في التشريع الكويتي<sup>(٩)</sup> وبعض التشريعات الانجلوسكسونية كما في ولاية كونيكت<sup>(١٠)</sup> ونيو مكسيكو<sup>(١١)</sup> الأميركية، وجنوب أستراليا<sup>(١٢)</sup>، وفي التشريع الفرنسي ينص عليها في قانون العقوبات الجديد كعقوبات تكميلية وليس تبعية<sup>(١٣)</sup>.

(١) العقوبة التبعية تتبع العقوبة الأصلية وجوبياً بحكم القانون ولا يتصور صدورها منفردة، أما العقوبة التكميلية فتتحمل العقوبة الأصلية ولا توقع إلا إذا نطق بها القاضي وقد تكون وجوبية أو جوازية انظر: السعيد، كامل، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

(٢) شوقي وشبرى، مرجع سابق، ٤٩-٥١.

(٣) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري تقرر حرمان مرتكب الرشوة الانتخابية من حقوق المواطن ومن كل وظيفة عامة أو مهمة عامة لمدة لا تقل عن سنة لا تتجاوز خمس سنوات.

(٤) المادة ٢/د من قانون مبادرة الحقوق السياسية المصري.

(٥) المادة (١٠٤) من مدونة الانتخابات المغربية رقم ٩٩٧ لعام ١٩٩٧.

(٦) المادة (١٦٦) من القانون الأساسي التونسي رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ المتعلق بالانتخابات والاستفتاء.

(٧) المادة ٣١١ من قانون العقوبات العراقي.

(٨) المادة (١٠٦) من قانون العقوبات الجزائري لعام ١٩٦٦.

(٩) المادة ٢ من قانون الانتخاب والمادة ٦٨ من قانون الجزاء

(١٠) المادة ٤-٣١ من قانون الانتخاب في ولاية كونيكت.

(١١) المادتين ١١-٢٠-١ و ١٢-٢٠-١ من قانون الانتخاب في ولاية نيو مكسيكو.

(١٢) المادة ١٠٩ من قانون الانتخاب في جنوب أستراليا.

(١٣) المادة (١١٧) من قانون الانتخاب الفرنسي والمادة ٣١-٢٦ من قانون العقوبات الفرنسي، وقد كانت المادة (٣٤) من قانون العقوبات القديم تنص على حرمان حق الانتخاب والتشريع كعقوبة تبعية؛ انظر: الكندي، فيصل، مرجع سابق، ص ٢٥٣ وما بعدها.

أما المشرع الأردني فقد اكتفى بالحرمان من الترشح كعقوبة تبعية في المادة (١٠ / و) من قانون الانتخاب التي تحظر الترشح لمن حكم عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه<sup>(١)</sup>، ونجد أن هذه الفقرة تستدعي المراجعة وفقاً لما يلي:

١. إن المقصود بالسجن في هذه الفقرة هو كل عقوبة سالبة للحرية سواء كانت اعتقال مؤبد أو مؤقت أو أشغال مؤبدة أو مؤقتة أو الحبس<sup>(٢)</sup>.

٢. إن تحديد مدة العقوبة بالسجن لمدة تزيد على سنة واحدة يعصم المرشح الذي أدين بجناية ومنها الرشوة الانتخابية من الحرمان من الترشح إذا كان قد انتفع بالأسباب المخففة الواردة في المادة ٩٩ من قانون العقوبات، والتي تمكن القاضي أن ينزل بالعقوبة في الجنايات لا يزيد حدها الأدنى عن ٣ سنوات - ومنها الرشوة الانتخابية وفق المادة (٥٩) من قانون الانتخاب - إلى الحبس لمدة سنة ما عدا حالة التكرار.

٣. إن هذه العقوبة التبعية تتعلق بالحرمان من الترشح، ولم يرد في قانون الانتخاب ذكر لعقوبة الناخب أو الوسيط بالحرمان من الانتخاب<sup>(٣)</sup> في حالة إدانته بالرشوة الانتخابية.

وفي ضوء هذه الحقائق نقترح ما يلي:

أ. تعديل نص الفقرة (و) من المادة ١٠ من قانون الانتخاب لستثنى المحكوم بجناية عموماً من الترشح لتصبح: "ان لا يكون محكوم عليه بجناية بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه".<sup>(٤)</sup>

ب. ونقترح حرمان المرشح أو الناخب أو الوسيط أو أي شخص آخر يرتكب الرشوة الانتخابية ليس فقط من الترشح، وإنما أيضاً من الاقتراع لمدة تستغرق دورة الانتخابات القادمة على

(١) المادة ٦/٣٦٥ من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني تفرض عقوبة تبعية هي الحرمان من عضوية مجلس الامة للمحكوم عليه بالرشوة والاختلاس واساءة الادتمان وجميع الجرائم المخلة بالشرف والامانة والثقة العامة ولو استبعاد اعتباره، ويشير مضمون هذه المادة شبهه دستوريه لتعارضها مع المادة ٧٥ من الدستور الاردني التي تعتبر في فقرتها ١/(د) ان مدة العقوبة وليس نوع الجريمة هو المعيار لاهلية العضوية في مجلسى النواب والاعيان.

(٢) العضايلة، امين، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ١٥١.

(٣) قوانين الانتخاب السابقة في الاردن كانت تحظر الانتخاب لمن حكم عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يشمله عفو او يستبعد اعتباره. انظر: الشطناوي، فيصل، النظام الدستوري الاردني، مطبع الدستور التجارية، عمان، ط١، ٢٠٠٣، ص ٢٣٠. العضايلة، امين، المرجع السابق، ص ١٥٠، ولكن الغي هذا الشرط بصدور قانون الانتخاب رقم ٢٥ لعام ٢٠١٢ والتعديلات اللاحقة.

(٤) من هذا الرأي في الجرائم الانتخابية عموماً: حجازي، صالح والديباش، علي، دور الحماية الجزائية للانتخابات في تعزيز النظام النيابي الديمقراطي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٨) المجلد (٣) العدد (٢٩)، ٢٠١٦، ص ١٤٧.

الأقل، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الأساسي للانتخاب في تونس<sup>(١)</sup> وقانون الانتخاب الكويتي<sup>(٢)</sup>.

وفي سبيل تحقيق الردع لمقدمي الشكاوى الكيدية فرض المشرع الأردني في الفقرة ب/٢ من المادة ٥٩ من قانون الانتخاب عقوبة جنائية الرشوة الانتخابية على كل من قدم أي معلومات كيدية بقصد الإضرار أو الإيقاع بالمرشح، وهذا منهج موفق قصد منه المشرع الحد من الكيدية وتحري الحقيقة والصدق من أي شخص يتتوفر لديه معلومات عن بيع أصوات قبل أن يتقدم ببلاغ إلى السلطات المعنية.

### الفرع الثالث: قصور خطة المشرع الأردني في حماية سلامة الانتخابات

أظهر اجراء الانتخابات النيابية في الأردن خصوصا في العقود الثلاث الأخيرة استخدام للمال السياسي<sup>(٣)</sup> على نحو يمس بنزاهة الانتخابات وسلامتها، ويهدد مبادئ المساواة والمنافسة الشريفة بين المرشحين، فقد سجلت حالات متعددة بالمتاجرة بالأصوات بدفع مبالغ نقدية أو أموال عينية، ولذلك نرى أن هناك عدد من الأفعال الملزمة للانتخابات التي تصدر من مرشحين أو توجه إلى مرشحين وتمس شفافية الانتخابات وتهدد سلامتها بالخطر وتخل بمبدأ المنافسة والمساواة بين المرشحين ولم يطلاها التجريم وهي:

#### ١. الترشح الصوري ويتم في حالتين:

أ. قيام أحد المرشحين بإعطاء شخص مال أو منفعة أو أي مقابل آخر من أجل أن يرشح نفسه للانتخابات دون أن يكون جاد وبلا رغبة حقيقة في خوضها، غالباً ما تكون فرصه بالفوز ضئيلة إن لم تكن معودمة، وذلك من أجل تشتت أصوات الناخبين في منطقة معينة في الدائرة لصالح المرشح مقدم الرشوة وإضراراً بمرشح آخر منافس له.

ب. قيام شخص بترشح نفسه للانتخابات دون أن يكون جاد وبلا رغبة حقيقة في خوضها وبسوء نية، وتكون غالباً فرصه بالفوز ضئيلة أو معودمة، وذلك من أجل المساومة على الانسحاب لصالح أحد المرشحين مقابل مال أو منفعة أو أي مقابل آخر.

(١) المادة (١٦٦) تفرض عقوبة الحرمان من الاقتراع لمترتب الجرائم الانتخابية لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن ست سنوات لم يحكم بالحبس سنة فأكثر.

(٢) المادة ٢ من قانون الانتخاب الكويتي وكذلك المادة ٦٨ من قانون الجزاء الكويتي.

(٣) المركز الوطني الأردني لحقوق الإنسان، تقريري العامين ٢٠١٣ و٢٠١٦ حول الانتخابات النيابية، الصفحتان ٢٠ و٩ على التوالي.

٢. الانسحاب من الترشيح ويختلف هذا الغرض عن النقطة ب في الحالة السابقة بأن المرشح في هذه الحالة يكون قد أقدم على الترشيح بحسن نية، وقد تكون فرصه بالفوز ممكنة، لكنه يتعرض للإغراء بدفع مال أو منفعة أو أي مقابل آخر من قبل مرشح آخر للانسحاب لصالحه. ونرى تجريم هذه الأفعال لمساسها الواضح بسلامة العملية الانتخابية.

### المطلب الثالث: نتائج ارتكاب جريمة الرشوة الانتخابية

نناوش في هذا المطلب أثر الملاحة على المرشح قبل إعلان النتائج وبعد إعلانها، فنوضح أثر تحريك دعوى الحق العام على المرشح أو الناخب في الفرع الأول، ثم نوضح أثر التقادم وتاريخ بدئه في الفرع الثاني، ونناوش أثر صدور حكم بالإدانة على المرشح الذي أعلن فوزه في الفرع الثالث.

#### الفرع الأول: أثر التحقيق في الرشوة الانتخابية

مباشرة إجراءات التحقيق مع المرشح أو الناخب أو أي شخص في ارتكاب جرم الرشوة الانتخابية أثناء مرحلة الاقتراع وقبل إعلان النتائج ليس له أثر موقف لحق الانتخاب أو الترشيح عملاً بمبدأ قرينة البراءة، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي قطعي.

وإذا استمر التحقيق الابتدائي لدى النيابة العامة أو وصل إلى مرحلة التحقيق النهائي أمام المحكمة بعد إعلان نتائج الانتخابات، فإن إجراءات التحقيق والمحاكمة ليس لها أثر على إعلان فوز المرشح المتهم أو صحة نيابته، ولكن تظهر عقبة إجرائية بحصول النائب (المرشح الفائز) على حصانة إجرائية تحول دون محکمته خلال مدة اجتماع مجلس النواب الأردني ما لم يصدر من هذا المجلس قرار بالأكثرية المطلقة بوجود سبب كافٍ لتوقيفه أو محکمته في غير حالة التلبس بجناية،<sup>(١)</sup> وتنتج هذه الحصانة أثراًها بالرغم من ارتكاب الرشوة الانتخابية في وقت سابق على اكتسابه صفة النائب، ويخشى في هذه الحالة أن تطول إجراءات التحقيق والمحاكمة وقد تستغرق فترة طويلة من عمر المجلس النيابي مما يفرغ الحماية الجنائية من مضمونها، ولذلك نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه من اقتراح معالجة المشرع موضوع التحقيق في الجرائم الانتخابية بالنسبة للمرشحين الفائزين على ضوء الفقرات المقررة بالنسبة للقضاة في قانون استقلال القضاء بتشكيل محكمة خاصة تفصل في اتهامات الجرائم الانتخابية على وجه السرعة بما يكفل سلامية العملية الانتخابية<sup>(٢)</sup> ويعزز ثقة جمهور الناخبين بنزاهتها.

(١) انظر: نمور، محمد، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٢) حجازي والدبابس، مرجع سابق، ص ١٤٥-١٤٦.

## الفرع الثاني: أثر التقادم على الرشوة الانتخابية

أفرد المشرع المادة ٦٣ من قانون الانتخاب رقم ٦ لعام ٢٠١٦ لأثر التقادم على الجرائم الانتخابية عموماً، ونص على سقوط جميع تلك الجرائم بعد مضي ثلاث سنوات على إعلان النتائج النهائية للانتخابات، ويشكل هذا النص خروج على القواعد العامة في تحديد بدء سريان سقوط دعوى الحق العام من تاريخ وقوع الجريمة، حيث إن بعض جرائم الانتخاب ومنها الرشوة الانتخابية ترتكب قبل إعلان نتائج الانتخابات لكن المشرع ضرب موعد إعلان النتائج النهائية لبدء سريان سقوط تلك الجرائم وذلك لخصوصية هذه الجرائم التي يجمع بينها وحدة الحق المعتمد عليه وهو سلامة العملية الانتخابية.

## الفرع الثالث: أثر الإدانة بالرشوة الانتخابية

نفرق في أثر الإدانة بالرشوة الانتخابية بين النائب (المرشح الفائز) وبين الناخب أو أي شخص آخر من جهة، وبين الإدانة قبل إعلان النتائج بفوز المرشح وبعدها من جهة أخرى، فإذا كان المرشح بالرشوة الانتخابية قبل انتهاء عملية الاقتراع يفقد هذا المرشح أحد شروط الترشيح بالحكم عليه في جنائية الرشوة الانتخابية والتي يبلغ حدتها الأدنى الوضع بالاشغال لمدة ثلاثة سنوات، ولكن في حال استخدام القاضي للأسباب المخففة عملاً بأحكام المادة (٩٩)/٤ من قانون العقوبات الأردني فإن العقوبة يمكن أن تخفض إلى الحبس لمدة سنة، وفي هذه الحالة لا يبطل ترشيحه باعتبار أن الفقرة (و) من المادة (١٠) من قانون الانتخاب تشرط في المرشح ألا يكون محكوماً عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه، وحيث أن الحبس لمدة سنة لا يزيد بطبيعة الحال عن سنة واحدة ولا يؤثر على استجمام المرشح لشروط الترشيح، ونرى أن هذا اتجاه منتقد وعلى المشرع الأردني معالجة هذا الخلل على نحو ما سبق مناقشته في العقوبات الفرعية، للحيلولة دون ترشح من يحكم بالرشوة الانتخابية أو أي جنائية عموماً ولو انتفع بالأسباب المخففة وفق أحكام المادة (٩٩)/٤ من قانون العقوبات، أما في حالة إدانة الناخب أو أي شخص آخر بجريمة الرشوة الانتخابية قبل انتهاء عملية الاقتراع وعلى فرض أن المرشح لم يكن متورطاً في نشاطهم المجرم، فإن ذلك لا يؤثر على صحة وأهلية ذلك المرشح لمتابعة الترشح، وأيضاً لا تأثير للإدانة في هذه الحالة على أهلية الناخب أو الوسيط للاقتراع وهو توجيه منتقد سبق مناقشته في العقوبات الفرعية.

وفي الغالب يصدر الحكم القضائي بالإدانة بالرشوة الانتخابية بعد نتائج الانتخابات، فإذا كانت الإدانة لناخب أو شخص وسيط وليس للمرشح وهو (النائب الفائز) فلا تأثير لذلك على صحة فوز

النائب، وقد عالج المشرع الفرنسي هذه الحالة وقرر عدم تأثير الإدانة الجنائية في إلغاء الانتخاب الذي أعلنت النتائج عن صحته من قبل السلطات المختصة أو فاتت مواعيد الطعن فيه<sup>(١)</sup>، وأيضاً استقر اجتهاد محكمة النقض المصرية فيما سبق على أن الإدانة في جرائم التأثير على إرادة الناخبين لا تؤدي إلى بطلان الانتخابات<sup>(٢)</sup>.

أما في حالة صدور إدانة بالرشوة الانتخابية للمرشح الذي أُعلن فوزه نائباً بالانتخابات فإن عقوبة الجناية التي يبلغ حدتها الأدنى الوضع بالأشغال لمدة ٣ سنوات تجرد النائب من الأهلية وفق الشرط الوارد في الفقرة (د) من المادة ١/٧٥ من الدستور الأردني التي تقرر عدم جواز عضوية مجلس النواب ل "من كان محكوماً عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه"، وبذلك يفقد أهليته وتسقط عضويته حكماً<sup>(٣)</sup>، ولكن قد تصح نيابته في هاتين هي: صدور عفو عام عن النائب أو في حال انتفauge بالأسباب المخففة التقديرية المقررة في المادة ٤/٩٩ من قانون العقوبات التي تتيح للقاضي أن ينزل بعقوبة الجناية إلى الحبس لمدة سنة، وبذلك يبقى النائب مستوفياً للشرط الوارد في الفقرة (د) من المادة ١/٧٥ من الدستور الأردني، وتتنص المادة ١٧١ من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام ٢٠١٣ بـان يبلغ رئيس مجلس النواب الهيئة المستقلة للانتخاب في حال شغور مقعد أي نائب للاستقالة أو الوفاة أو لـاي سبب من الأسباب، ولم تبين هذه المادة ما إذا كان الحكم على النائب بعقوبة الحبس سنة تقع ضمن تلك الأسباب، ونقتصر النص بصرامة على هذا السبب لـشغور المقعد من أجل إجراء انتخابات فرعية لـملء هذا المقعد، لأن الغياب كل هذه الفترة يتعارض مع قيام النائب المحكوم عليه بـواجباته.

وقد تصدى الدستور الأردني لصحة أعمال النائب الذي يحكم ببطلان نيابته في المادة ٧١ من الدستور حيث اعتبرت أعمال النائب السابقة على إعلان بطلان نيابته صحيحة ومنتجة لآثارها<sup>(٤)</sup>، وينتقد جانب من الفقه هذا المنحى، ويقترح وقف إنتاج أعمال النائب لآثارها إلى حين صدور حكم قضائي يفصل في الطعن بصحة نيابته<sup>(٥)</sup>، ولا تتفق مع هذا الرأي لأن تعليق أعمال النائب المتهם يتناقض مع قرينة البراءة من جهة، ولأن القانون يحمي الظاهر، والمصلحة في حماية

(١) المادة ١٠٥ من قانون الانتخاب الفرنسي.

<sup>٢)</sup> مشار إليه لدى محمد، أمين، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) مضمون المادة ٣/٧٥ من الدستور الأردني:

(٤) تنص المادة ٧١/٤ من الدستور على ما يلي: "تعتبر الأعمال التي قام بها العضو الذي أبطلت المحكمة نيابة قبل إبطالها صحيحة.

(٥) حجازي والديباس، مرجع السابق، ص ٤٨١.

جريمة الرشوة الانتخابية في التشريع الأردني (دراسة تحليلية ومقارنة) د. سالم حمود العضايلة، د. خالد عبدالرحمن العريرات  
الظاهر ترجح على المصلحة بالتوjos خيفة من المجهول من جهة أخرى، ولذلك فان المعالجة الدستورية في المادة ٧١/٤ حالها التوفيق بضمان استقرار المراكز القانونية الالزام لقيام السلطة التشريعية بعملها.

#### الخاتمة:

في نهاية البحث في الرشوة الانتخابية في التشريع الأردني ومقارنتها بالتشريعات العربية والأجلوسكوسونية والتشريع الفرنسي، وبعد تحليل النصوص الناظمة لهذه الجريمة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كما يلي:

#### النتائج:

١. يستخدم اصطلاح المال السياسي (غير القانوني) أو المال الفاسد في تقارير المركز الوطني لحقوق الإنسان وتصريحات الهيئة المستقلة للانتخاب للدلالة على عملية بيع وشراء الأصوات في الانتخابات البرلمانية.
٢. يميل الفقه العربي عموماً إلى إدراج جميع جرائم الانتخابات ضمن مفهوم الجرائم السياسية.
٣. طبيعة الانتخاب وفق الرأي الراوح في الفقه أنه ليس حق ولا وظيفة وإنما سلطة قانونية يقرها المشرع للناخب.
٤. الرشوة الانتخابية من الجرائم الشكلية تتم بمجرد ارتكاب السلوك دون اشتراط لحصول النتيجة، ويكتفي لقيامها تهديد سلامة الانتخابات بالخطر ولو لم يقع الضرر، ويفك هذه الشكلية أن الإعفاء من العقاب في المادة ٥٩ / ب-١ من قانون الانتخاب لا يتقرر إلا بعد العقاب وصدور العقاب يعني سبق الإدانة، ولا إدانة بدون ثبوت الجريمة، والجريمة في المادة ٥٩ / أ-٢ هي مجرد طلب أو قبول المنفعة ولو لم تتحقق تلك المنفعة.
٥. اتبع المشرع الأردني خطة الإعفاء من العقاب لمن يبوج أو يعترف بالرشوة الانتخابية وذلك لتسهيل كشفها وتبسيير إثباتها.
٦. تشدد المشرع الأردني في عقوبة الرشوة الانتخابية، واعتبرها من الجنایات وفرض لها عقوبة الأشغال من ٣-٧ سنوات.
٧. الطعن في صحة النيابة ليس له أثر موقف، وفي حال صدور حكم قضائي بإدانة نائب بالرشوة الانتخابية يعلن بطلان نيابته، ولكن تعتبر أعماله السابقة على إعلان بطلان نيابته صحيحة.

استخدام مصطلح الرشوة الانتخابية لصدق دلالته على أفعال بيع وشراء الأصوات في الانتخابات أو مبادلتها بمنفعة أو قرض أو الوعد بها والواردة في المادة ٥٩ من قانون الانتخاب الأردني رقم (٦) لعام ٢٠١٦، ولمجاراة الفقه العربي والغربي في ذلك.

١. حصر الجرائم الانتخابية بالجرائم المرتبطة بالانتخاب ارتباطاً نوعياً لا يقبل التجزئة، واستبعاد ما عادها من الجرائم التقليدية ولو ارتكبت بمناسبة الانتخابات أو من أجلها.
٢. تطبيق القضاء للمعيار الشخصي في تحديد الجريمة السياسية في حال الجدل حول طبيعة جريمة الرشوة الانتخابية، وذلك لانتفاء الباعث السياسي على ارتكابها أو الغاية السياسية من اقترافها، ولتعارضها مع مقاصد الجريمة السياسية التي تهدف إلى إصلاح السياسية بالفكر النير لا إفسادها بالمتاجرة بالآصوات.
٣. تجريم طلب الناخب للوعد بمنفعة في المادة ٢/٥٩ حتى لا يكفي على سوء نيته ويلوذ بعدم ذكرها في النص للإفلات من العقاب.
٤. حظر تقديم خدمات حكومية من خلال توسط المرشحين لدى الموظفين الحكوميين خلال فترة الحملات الانتخابية-الدعائية الرسمية المبطنة- بإضافة عبارة (المباشرة أو غير المباشرة) بعد عبارة (الدعائية الانتخابية) في عجز المادة ٢٣ من قانون الانتخاب الأردني.
٥. تجريم الترشيح الصوري والانسحاب بسوء نية من الانتخابات لصالح أحد المرشحين إذا كانت بمقابل، لمساس هذا الفعل بسلامة الانتخابات وإخلاله بمبدأ المساواة والمنافسة الشريفة.
٦. التمييز في القصد الجنائي بين الناخب من جهة وبين أي مرتكب آخر لهذه الجريمة من جهة أخرى، حيث يكفي توافر القصد العام بالنسبة للناخب، بينما يجب توافر قصد خاص بالنسبة لمرتكبي الجريمة الآخرين وهو الاقتراع على وجه خاص أو الامتناع عن الاقتراع.
٧. أن ينص المشرع على استثناء التبرعات والمساعدات المنتظمة المقدمة بمعرفة مرشحين قبل الانتخابات بشرط أن تكون موجهة للمؤسسات والجمعيات والأندية فقط دون الأفراد، وأن يكون انتظامها سابق على بدء الحملة الانتخابية بفترة لا تقل عن ٣ سنوات وهي فترة كافية لتجردتها من شبهة التأثير على إرادة الناخبين.
٨. حرمان المرشح أو الناخب أو الوسيط أو أي شخص آخر يرتكب الرشوة الانتخابية من الاقتراع لمدة تستغرق دورة الانتخابات القادمة على الأقل.

٩. تعديل نص الفقرة (و) من المادة ١٠ من قانون الانتخاب رقم (٦) لعام ٢٠١٦ ونصها: (أن لا يكون محكوم عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسة ولم يعف عنه) لتصبح: (أن لا يكون محكوم عليه بجناية بجريمة غير سياسة ولم يعف عنه)، وذلك لحرمان المحكوم عليه بجناية - بما فيها الرشوة الانتخابية - من الترشح في حال انتفاعه بالأسباب المخففة الواردة في المادة (٤/٩٩) من قانون العقوبات الأردني التي يمكن ان تخفض عقوبته بموجبها إلى الحبس لمدة سنة.

## المراجع

أحمد، حسام الدين محمد، الحماية الجنائية للمبادئ الحاكمة للانتخاب السياسي في مراحله المختلفة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢٠٠٣، ٢٠٠٩.

الأسدی، ضیاء، جرائم الانتخابات، مکتبة زین الحقوقیة والأدبية، بیروت، ط١، ٢٠٠٩.

الباز، داود، حق المشاركة في الحياة السياسية، دراسة تحلیلية للمادة (٦٢) من دستور القانون المصري مقارنة مع النظم في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢٠٠٢.

بدوي، ثروت، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

براھیمی، الوردي، النظام القانوني للجرائم الانتخابية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

جاب الله، أمل لطفي، أثر الجرائم الانتخابية على مشروعية الانتخابات التشريعية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٣.

حموده، منتصر سعيد، الجريمة السياسية، دراسة مقارنة بين القوانين الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الاسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٨.

خليفة، علي أحمد، القانون الانتخابي، منطلقات الحقوق ومحددات المشاركة وتحديات التمثيل، منشورات مکتبة زینة الحقوقية والأدبية، بیروت، ط١، ٢٠١٧.

السعید، كامل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، ٢٠٠٩.

الشاوی، منذر، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٣، ٢٠١٧.

شیحا، ابراهیم عبدالعزيز، الوجیز فی النظم لسیاسیة ولقانون الدستوری- تحلیل النظم الدستوری المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

العضايلة، امین، الوجیز فی النظم الدستوری، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠١٢.

جريمة الرشوة الانتخابية في التشريع الأردني (دراسة تحليلية ومقارنة) د. سالم حمود العضايلة، د. خالد عبدالرحمن الحريرات  
عفيفي، كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية، دراسة مقارنة، دار الجامعيين، القاهرة،  
٢٠٠٢.

عفيفي، مصطفى محمود، نظامنا الانتخابي في الميزان، بحث تحليلي مقارن لنظام الانتخاب في مصر،  
مكتبة سعيد رافت، جامعة عين شمس، ١٩٨٤.

فوزي، صلاح الدين، النظم والإجراءات الانتخابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.  
الفيل، علي عدنان، جريمة الرشوة الانتخابية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة،  
الاسكندرية، ٢٠١٢.

الكندي، فيصل، احكام الجرائم الانتخابية، دراسة في ضوء احكام العقاب الواردة في القانون رقم ٣٥  
لسنة ١٩٦٢ وتعديلاته بشأن انتخاب اعضاء مجلس الأمة الكويتي وفي القانونين المصري  
والفرنسي، جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٠.

المجالي، نظام، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة تحليلية، في النظرية العامة للجريمة  
والمسؤولية الجزائية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٦، ٢٠١٧.

محمد، أمين مصطفى، الجرائم الانتخابية ومدى خصوصية دور القضاء في مواجهة الغش الانتخابي،  
دراسة في القانون الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

مراد، عبدالفتاح، شرح قوانين الانتخابات الرئاسية، الناشر غير مذكور، الاسكندرية، ٢٠٠٥.  
نمور، محمد، أصول الاجراءات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط٤، ٢٠١٦.

أبو زيد، حسني شاكر، الحماية الجنائية للحقوق السياسية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة  
القاهرة، ١٩٩٨.

Graeme, David Orr, Dealing in Votes: Regulating Electoral Bribery , BA LLB  
(Hons) LLM (Merit) Grad Cert Higher Ed, Griffith Law School, Griffith  
University, Submitted in fulfillment of the requirements of the degree of  
Doctor of Philosophy, October, 2002.

متوفّر على الرابط الإلكتروني التالي، تاريخ الزيارة ٢٢ حزيران ٢٠١٩:

[https://www.researchgate.net/publication/29451980\\_Dealing\\_in\\_Votes\\_Regulating\\_Electoral\\_Bribery](https://www.researchgate.net/publication/29451980_Dealing_in_Votes_Regulating_Electoral_Bribery)

المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (١٢) العدد (١) ٢٠٢٠ م.

حجازي، صالح والدباس، علي، دور الحماية الجزائية للانتخابات في تعزيز النظام النيابي الديمقراطي،

مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٨) المجلد (٣) العدد (٢٩)، ٢٠١٦.

مفتاح، عبدالجليل، وشبرى، عزيزة، الجريمة الانتخابية – دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية،

جامعة محمد خضر بسكره، العدد ٣٦/٣٧، بسكره، الجزائر، ٤، ٢١٠٤.

شوفي، يعيش تمام وشبرى، عزيزة، جريمة الرشوة الانتخابية من التشريع الانتخابي والتطبيقي القضائي،

دراسة مقارنة، (الجزائر، تونس، المغرب) نموذجاً، مجلة جيل، الابحاث القانونية المعمقة، العدد

١٥، جوان، ٢٠١٧.

James Lindgren ‘The Elusive Distinction Between Bribery and Extortion: From the Common Law to the Hobbs Act, 35 UCLA Law Rev, (1988).

متوفّر على الرابط الإلكتروني التالي، تاريخ الزيارة ٢٢ حزيران ٢٠١٩ :

<https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/the-elusive-distinction-between-bribery-and-extortion-from-the-co>

الروابط الالكترونية:

<https://law.justia.com> (تشريعات الولايات المتحدة الأميركيّة)

<http://www.legislation.gov.uk> (تشريعات بريطانيا)

<https://www.legislation.gov.au> (تشريعات استراليا)

<https://www.researchgate.net>

<https://www.scholars.northwestern.edu>



## مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته

(دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا)

د. بسام محمد أبو ارميله \*

تاريخ القبول: ١٨/١١/٢٠١٩ م.

تاريخ تقديم البحث: ٤/٨/٢٠١٩ م.

### ملخص

تقوم هذه الدراسة على بيان مدى إمكانية الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته في فرنسا على غرار القرارات الإدارية، وفي سبيل ذلك تستعرض الدراسة التوجه التشريعي في فرنسا بموجب قانون ٢ مارس ١٩٨٢ (المعدل) والذي خول بمقتضاه المشرع الفرنسي المحافظ صلاحية توجيه طعون الإلغاء أو طعون تجاوز السلطة ضد العقود الإدارية التي تبرمها الجماعات المحلية في فرنسا إذا قدر عدم مشروعيتها وذلك وفق شروط وضوابط معينة. وقد رضخ مجلس الدولة الفرنسي بدايةً لهذا التوجه التشريعي معتبراً أن طعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري ذاته هو من طعون تجاوز السلطة ثم عدل عن موقفه هذا في أواخر عام ٢٠١١، لما يشكله هذا التوجه من انتهاكٍ مزدوجٍ للنظام القانوني لطعون الإلغاء التي لا تتصب إلا على القرارات الإدارية فقط، وللنظام القانوني لطعون القضاء الكامل الخاصة بالعقود الإدارية.

ومن أهم ما تم التوصل إليه في هذه الدراسة، إن تأسيس المشرع الفرنسي لنظرية الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته قد انطوى على جوانب سلبية طغت على إيجابياته: فقد شكل انتهاكاً مزدوجاً للنظام القانوني لكل من دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، كما أوجد ما يعرف "بأزمة طعن المحافظ" التي لم يعالجها المشرع الفرنسي في القانون المذكور. وقد أوصت الدراسة بتعديل نص المادة (١-٢١٣١) من قانون الجماعات الإقليمية الفرنسي بتجريد المحافظ من صلاحيته بتوجيهه طعون الإلغاء على العقود ذاتها وحصرها في نطاق القرارات المنفصلة عنها.

**الكلمات الدالة:** العقد الإداري، قضاء الإلغاء، قضاء تجاوز السلطة، القضاء الكامل.

\* كلية القانون، جامعة جدرا.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **The Extent of Acceptance of the Challenge to Cancel the Administrative Contract as a Whole: A Study in the Light of Legislative and Judicial Developments in France**

**Dr. Bassam Mohamed Abu Irmilah**

### **Abstract**

This study illustrates the possibility of challenging the administrative contract in France, similar to the challenge of the administrative decision. To achieve this objective, the study reviews the legislative orientation in France based on the amended law of March 1982, which authorized the Governor to challenge the administrative contract as well as the challenges relating to the abuse of power by local groups when concluding administrative contracts illegally. Initially, the French State Council bowed to this legislative orientation considering that the challenges of the Governor to cancelling the administrative contract as a whole is one of the challenges of abuse of power. However, the French State Council backed down this attitude in late 2011, where it considered this orientation a double violation of the legal system considering that the cancellation challenge can only be decided on administrative decisions. It also considered this orientation a violation of the full administrative litigation of administrative contracts

The study concludes that the establishment of the theory of challenge against the administrative contract by the French legislature has negative aspects that dominated the positive aspects. It constituted a double violation of the legal system of both the cancellation administrative litigation and full administrative litigation. It also created what is known as the “Governor Crisis”, which was not addressed by the French legislator in the mentioned law. The study recommends the amendment of Article 2131-1 of the French Regional Communities Act, In order to deprive the Governor of his authority to challenge administrative contracts itself, to be confined only in challenging the administrative decisions resulting from these contracts.

**Keywords:** Administrative Contract; cancellation judgment; abuse of power, full administrative litigation

المقدمة:

تقوم الإدارة بنوعين من التصرفات: تصرفات صادرة بإرادة فردية (القرارات الإدارية) وأخرى صادرة باتفاق إرادتين (العقود الإدارية)، وفي كليهما تخضع الإدارة لرقابة القضاء الإداري، إلا أن اختلاف طبيعة هذه التصرفات يقتضي وجود اختلاف بين الدعاوى الموجهة لكل منها، وبالتالي اختلاف طبيعة سلطات القاضي في الدعاوى، فدعوى الإلغاء توجه ضد القرارات الإدارية ودعوى القضاء الكامل توجه ضد العقود الإدارية.

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ذاتها واقتصر الأمر على القرارات القابلة للانفصال عن العقد، إلا أن المشرع الفرنسي، وبموجب قانون ٢ مارس ١٩٨٢ (المعدل) المتعلق بالجماعات المحلية، قد أحدث استثناء هاماً على هذه القاعدة العامة، وهو ما يعرف بطعن المحافظ لإلغاء العقد الإداري ذاته الذي تبرمه الجماعات المحلية التي تقع ضمن حدود اختصاصه المكاني.

ولكون هذا الاستثناء غير مألف بين أوساط الفقه الإداري العربي عامّةً، فقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع غير التقليدي من أجل الوقوف على ماهية هذا الموضوع من ناحية وبيان موقف مجلس الدولة الفرنسي منه من ناحية أخرى. وهل مجلس الدولة الفرنسي قد رضخ لإرادة المشرع في هذا الشأن أم عارضه؟

وإذا كانت قاعدة "عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية" قد ورد عليها استثناء يتمثل في جواز الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد، فهل يمكن أن يرد عليها استثناء يسمح بالإلغاء العقد ذاته أسوةً بالقرار الإداري؟

وسنحاول في هذه الدراسة الإجابة عن هذه التساؤلات الهامة منتهجين بذلك النهج الوصفي والتحليلي، مستهدفين في ذلك - فضلاً عما نقدم - التأكيد على ضرورة إخضاع قواعد القانون الإداري للتجربة النظرية والعملية على السواء، وإن كانت التجربة غير مألفة في إطار قواعد هذا القانون.

وتشير هذه المبادرة التشريعية في فرنسا بعض الإشكاليات الهامة سواء على الصعيد القانوني أو العملي: فعلى الصعيد القانوني، فإن إخضاع العقود الإدارية لولاية قضاء الإلغاء أو تجاوز السلطة يمثل انتهاكاً للنظام القانوني الخاص بالعقود من ناحية ويشكل اعتداءً على اختصاص قاضي العقد أو القضاء الكامل من ناحية أخرى، نظراً لكونه يشكل انتهاكاً لنظرية الدعوى الموازية. أما على الصعيد العملي، فقد ذهبت الآراء الفقهية في معظمها إلى عدم فاعلية طعن المحافظ بإلغاء العقد ذاته من

الناحية العلمية لكونه طعن اختياري لا إجباري، فضلاً عن استحداث القضاء الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة لحماية حقوق وحرمات الغير المهددة من إبرام العقد الذي ساهم إلى حد كبير في عدم فاعلية هذا الطعن على أرض الواقع، كما أن التقارير التي أعدت لهذا الغرض قد أثبتت تدني عدد الطعون المقدمة من المحافظين في كل عام.

ولهذه الإشكاليات وغيرها، فقد ساهم مجلس الدولة الفرنسي من جانبه - وكعادته - في إيجاد بعض الحلول التي يراها مناسبة من وجهة نظره، ومن هنا كان لزاماً علينا أن نستعرض موقفه إزاء هذا التوجه التشريعي غير المألف.

وفي إطار الدراسات السابقة، فهناك دراسة واحدة فقط عثرنا عليها في هذا الموضوع، وهي دراسة:

وهيـة بو غـاري (٢٠١٠)، تطور الطـعن بـإلغـاء في العـقود الإـدارـية، رسـالة مـاجـسـتـير، جـامـعـة فـرـحـات عـبـاس، سـطـيفـ، الجـزاـئـرـ. وأـشـارـتـ الـبـاحـثـةـ في الـدـرـاسـةـ إـلـىـ مـوـضـوعـ طـعنـ الـمـحـافـظـ بـإـلـغـاءـ الـعـقـدـ الإـادـارـيـ ذاتـهـ وـأـثـرـ ذـلـكـ عـلـىـ اـخـتـصـاصـ الـقـضـاءـ الإـادـارـيـ فيـ الجـزاـئـرـ، مـشـيرـةـ إـلـىـ أـنـ مـوـقـفـ قـضـاءـ مـجـلـسـ الدـوـلـةـ الفـرـنـسـيـ فيـ هـذـاـ خـصـوـصـ قدـ شـايـعـ مـوـقـفـ الـمـشـرـعـ الفـرـنـسـيـ فيـ قـبـولـ توـجـيـهـ طـعنـ إـلـغـاءـ ضـدـ الـعـقـدـ الإـادـارـيـ أـمـامـ قـاضـيـ تـجاـوزـ السـلـطـةـ. أـمـاـ درـاسـتـاـ فـقـدـ تـابـعـتـ آخـرـ التـطـورـاتـ فيـ هـذـاـ الشـأـنـ وـمـنـ أـبـرـزـهـاـ رـجـوعـ مـجـلـسـ الدـوـلـةـ الفـرـنـسـيـ عنـ سـيـاسـتـهـ السـابـقـةـ وـاستـقـرـارـ قـضـائـهـ حـالـيـاـ عـلـىـ رـفـضـ توـجـيـهـ طـعنـ إـلـغـاءـ ضـدـ الـعـقـدـ الإـادـارـيـ وـاعـتـبـارـ طـعنـ الـمـحـافـظـ منـ قـبـيلـ طـعنـ الـقـضـاءـ الـكـامـلـ. كـمـ أـشـارـتـ درـاسـتـاـ منـ نـاحـيـةـ أـخـرـىـ إـلـىـ تـطـورـ آخـرـ هـامـ جـداـ يـمـثـلـ فيـ اـسـتـقـرـارـ قـضـاءـ الـمـجـلـسـ عـلـىـ السـمـاحـ لـغـيرـ أـطـرـافـ الـعـقـدـ الـذـيـ لـهـمـ مـصـلـحةـ مـباـشـةـ فيـ الـطـعنـ بـالـعـقـدـ فيـ التـوـجـهـ لـقـاضـيـ الـعـقـدـ مـباـشـةـ خـرـوجـاـ عـنـ قـاـعـدـةـ "ـتـسـيـبـةـ آـثـارـ الـعـقـدـ"ـ كـمـ سـيـأـتـيـ بـيـانـهـ تـفـصـيلاـ.

وقد ارتأينا أن نقسم هذه الدراسة إلى مباحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: موقف المشرع الفرنسي من مدى قبول الطعن بـإلغـاءـ العـقـدـ الإـادـارـيـ ذاتـهـ.

المبحث الثاني: موقف مجلس الدولة الفرنسي من مدى قبول الطعن بـإلغـاءـ العـقـدـ الإـادـارـيـ ذاتـهـ.

المبحث الأول: موقف المشرع الفرنسي من مدى قبول الطعن بـإلغـاءـ العـقـدـ الإـادـارـيـ ذاتـهـ

يتحدد إطار هذا المبحث ببيان موقف المشرع الفرنسي من مدى قبول الطعن بـإلغـاءـ العـقـدـ الإـادـارـيـ ذاتـهـ، وذلك بصدور قانون ٢ مارس ١٩٨٢ المتعلق بنظام اللامركزية الإدارية والذي يمثل الانطلاقـةـ الأولىـ منـ جـانـبـ الـمـشـرـعـ الفـرـنـسـيـ فيـ إـمـكـانـيـةـ توـجـيـهـ طـعنـ إـلـغـاءـ أـمـامـ قـاضـيـ إـلـغـاءـ (ـقـاضـيـ تـجاـوزـ السـلـطـةـ)ـ لـيـسـ ضـدـ الـقـرـارـاتـ الـقـابـلـةـ لـلـانـفـصـالـ عـنـ الـعـقـدـ بلـ ضـدـ الـعـقـدـ ذاتـهـ بـهـدـفـ إـلـغـائـهـ كـلـيـاـ

أسوةً بإلغاء القرارات الإدارية. وقد رسم المشرع الفرنسي لذلك طريقةً خاصاً لتمييزه عن الطريقة المعهودة بإلغاء القرارات الإدارية بصورة عامة.

ومنحاول إلقاء الضوء على هذا الموقف التشريعي من خلال مطلبين: نخصص أولهما ببيان الطريقة الخاصة التي تبناها المشرع الفرنسي في قانون ٢ مارس ١٩٨٢ لإمكانية إلغاء العقد الإداري ذاته، ونبين في المطلب الآخر أبرز الآثار التي ترتبت على تطبيق هذا القانون.

**المطلب الأول: صدور قانون ٢ مارس ١٩٨٢ الخاص بطعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري ذاته وستتناول تفصي جوانب هذا القانون على النحو الآتي:**

#### **الفرع الأول: أساس التوجه التشريعي**

أحدث المشرع الفرنسي ثورة في مجال منازعات العقود الإدارية في عام ١٩٨٢، إذ أجاز للمرة الأولى الطعن بإلغاء بعض العقود الإدارية مسقطاً الحاجز النفسي الذي طالما منع مجلس الدولة الفرنسي من قبول مثل هذا الطعن.<sup>(١)</sup> حيث أصدر المشرع الفرنسي بتاريخ ٢ مارس ١٩٨٢ القانون رقم ٢١٣١ (المعدل بالقانون رقم ٦٢٣ لسنة ١٩٨٢) المتعلق بالجماعات الإقليمية، وبمقتضاه تم إلغاء نظام الوصاية الإدارية على القرارات والعقود المبرمة من قبل الجماعات المحلية وأحل محلها نظام الرقابة القضائية على هذه القرارات والعقود.<sup>(٢)</sup>

وقد ترتب على صدور هذا القانون تطور هام يتعلق بإبرام العقود الإدارية من قبل الجماعات المحلية أو الإقليمية، حيث أجاز هذا القانون لممثل الدولة (المحافظ) الطعن بإلغاء أمام المحكمة الإدارية ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقود التي تبرمها الجماعات المحلية كما أجاز الطعن بإلغاء ضد العقود ذاتها التي تبرمها هذه الهيئات.<sup>(٣)</sup>

ويبدو أن هذه المبادرة التشريعية بإمكانية توجيه الطعن بإلغاء العقد ذاته قد جاءت بعد استقرار قضاء مجلس الدولة الفرنسي على رفض أن يكون العقد الإداري محل للطعن بإلغاء واقتصر الأمر على القرارات القابلة للانفصال عنه، وما نتج عن هذا الموقف من إلحاق أضرار بالغير الذين لهم مصلحة بإنها العقد من الوجود القانوني له. حيث أن إلغاء هذه القرارات لا ينبع أثره عملياً على

(١) الحلفاوي، حمدي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دراسة تحليلية تأصيلية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٧٨.

(2) Lewalle (P), Droit administratif, 1er partie, éd, de l'Université de Liège, 2008-2009, p. 133-134.

(3) Art. n° 2131-1 du Droit général des Collectivités territoriales français.

مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو ارميله

---

العقد المبرم إذ يبقى العقد ساري المفعول إلى أن تتجه نية المتعاقدين (أطراف العقد) إلى التوجه نحو قاضي العقد بهدف إبطاله، وهو ما لا يحدث غالباً لأنعدام مصلحة طرفي العقد بإنهائه وانصراف إرادتهم نحو الاستمرار بالعقد المبرم بينهم<sup>(١)</sup>.

وبذا يبقى إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد من قبل المجلس غير ذي فائدة تعود على الغير (الطاعن) وهو ما يمثل - وفق ما ذهب إليه الفقه الفرنسي - إشكالية فعلية للغير الذين تضررت مصالحهم من إبرام العقد، ولا يستطيعون في الوقت ذاته مخاصمة العقد الإداري أمام قاضي العقد أو ما يسمى في فرنسا "بالقضاء الكامل للعقود الإدارية"، وذلك بحجة نسبية آثار العقد الإداري على أطرافه فقط وعدم امتداده لغير المتعاقدين<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن هذه النتيجة النظرية الصرفية لإلغاء القرارات المنفصلة عن العقد الإداري هي نتيجة غير منصفة بالنسبة للغير إذا ما وزنت بميزان العدالة. فالغير الذي تحمل مشاق رفع دعوى الإلغاء إنما كان يستهدف من ذلك إنصافه ضد قرارات اتخذت من جانب الإدارة بطريقة غير مشروعة أو مخالفة لمبدأ المشروعية وصولاً إلى إلغاء العقد الذي يدخل في تكوينه سلسلة من القرارات المحيطة بالعملية التعاقدية. وعليه فإن اقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير مشروعية القرارات المتعلقة بالعقد الإداري دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث في مشروعية العقد ذاته يحول دون إمكانية إعلان بطلانه مما يبقى أثر الإلغاء نظرياً محضاً<sup>(٣)</sup>.

ولعل هذا الوضع هو ما دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار قانون يبيح الطعن بإلغاء العقود الإدارية في ظل تمسك القضاء الإداري الفرنسي على اختلاف درجاته بفكرة عدم قبول الطعن بتجاوز السلطة (طعون الإلغاء) ضد العقود الإدارية ذاتها، والذي كان محل انتقاد لدى جانب كبير من الفقه الفرنسي على نحو ما سيأتي بيانه.

ولذا نرى بأن المشرع الفرنسي - وهو بصدده إنشاء هذا القانون - كان حريصاً على إيجاد نوع من التوازن بين الحفاظ على العقد الإداري من ناحية والحفاظ على مبدأ المشروعية وسيادة القانون من ناحية أخرى، وذلك بوضع ضوابط قانونية على ممارسة مثل هذا الطعن الخاص بإلغاء العقد الإداري ذاته من أهمها :

---

(1) Peiser (G), *Contentieux administratif*, ed. Dalloz, (Mémentos dalloz), Paris, 2001, p. 338

(2) Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., Montchrestien, Paris, 2006, p. 580

(3) Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvolvé (P) et Genevois (B), *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 327

- ١- حصر إمكانية توجيه الطعن بإلغاء العقد الإداري في ممثل الدولة (المحافظ)
- ٢- حصر نطاق العقود الإدارية في هذا الشأن بالعقود التي تبرمها الجماعات المحلية أو الإقليمية فقط.

وبذا فإن هذا القانون لا يسمح للغير بتوجيه طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية ذاتها بشكل مباشر وإنما جعله من صلاحيات ممثل الدولة أو المحافظ الذي أبرم العقد في نطاق اختصاصه الإقليمي من قبل السلطات المحلية في فرنسا.

ويكمن الدافع وراء ابتداع المشرع الفرنسي هذا النظام القانوني الفريد -على حد تعبير المجلس الدستوري الفرنسي- في الرغبة في إيجاد توازن بين استقلال الجماعات المحلية كمبدأ دستوري من جهة وبين احترام المشروعية عن طريق دور ممثل الدولة (المحافظ) الذي يكفل دستورياً بالسهر على احترام القانون من جهة أخرى<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني: النظام القانوني لطعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري أولاً: المقصود بطعن المحافظ

ويقصد به قيام ممثل الدولة في الإقليم أو المقاطعة وهو المحافظ بتوجيهه الطعون أمام المحكمة الإدارية بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري أو بإلغاء بعض العقود الإدارية التي تبرمها السلطات المحلية ضمن النطاق الإقليمي لاختصاص المحافظ وذلك بعد إحالتها إليه وتقدير عدم مشروعيتها من جانبها<sup>(٢)</sup>.

وبمقتضى المفهوم السابق، فإن المشرع الفرنسي قد خول المحافظ بموجب القانون العام للجماعات الإقليمية المشار إليه صلاحية الطعن بإلغاء بعض العقود الكبرى التي تبرمها الجماعات المحلية ومن أهمها عقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العامة لما لهذه العقود من آثار ماسة بحقوق الغير. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أسس نظاماً قانونياً جديداً بإمكانية الطعن بإلغاء العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء<sup>(٣)</sup>.

وبهذا الاتجاه التشريعي يكون المشرع الفرنسي منذ عام ١٩٨٢ قد ألغى نظام الوصاية الإدارية للحكومة المركزية على أعمال السلطات المحلية وأحل محلها نظام الرقابة القضائية عن طريق ممثل

(١) نوح، مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٣٥٤.

(٢) نوح، مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

(3) Art. n° 2131-2 du Droit général des Collectivités territoriales français, op.cit.

مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو ارميله  
الدولة في المقاطعة (المحافظ)، والذي يقوم وفق سلطته التقديرية بإحالة هذه الأعمال ومنها العقود  
الإدارية إلى المحكمة الإدارية المختصة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لطعن المحافظ

لم يحدد المشرع الفرنسي بموجب قانون ٢ مارس ١٩٨٢ الخاص بالجماعات المحلية الطبيعة القانونية لطعن المحافظ المتعلق بإلغاء العقد الإداري، مما أدى إلى وجود اختلاف في وجهات النظر بين أوساط الفقه الإداري الفرنسي لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الطعن، فيما إذا كان من طبيعة طعون الإلغاء أم من طبيعة طعون القضاء الكامل. فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم اعتبار طعن المحافظ بإلغاء العقد من طعون الإلغاء واعتباره من طعون القضاء الكامل، وذلك بالنظر إلى محل الطعن؛ فطعون الإلغاء لا تنصب إلا على القرارات الإدارية – سواء كانت بسيطة أو مركبة – وهذا مالا ينطبق على طعن المحافظ<sup>(٢)</sup>. بينما ذهب عامة الفقه الفرنسي إلى اعتباره من طعون الإلغاء نظراً للتشابه بينه وبين طعون إلغاء القرارات الإدارية، إذ إن كليهما يتحдан في الأثر المترتب على الطعن وهو إلغاء العقد الإداري وإزالته من الوجود القانوني له باثر رجعي، كما يتحدان في مدة الطعن وهي ٦٠ يوماً من تاريخ إحالة العقد إلى المحافظ<sup>(٣)</sup>.

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الخلاف الفقهي مقرراً أن طعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري هو من طبيعة طعون تجاوز السلطة (طعون الإلغاء)، وذلك في حكمه الصادر في قضية بلدية سانت ماري<sup>(٤)</sup> (Commune de Sainte-Marie)، إلا أن المجلس قد تراجع عن موقفه هذا في أواخر عام ٢٠١١ في قضية وزير الداخلية (Ministre de l'intérieur) مقرراً أن طعن المحافظ بإلغاء العقود الإدارية هو من طبيعة طعون القضاء الكامل ويقع وبالتالي ضمن اختصاص قاضي العقد لا قاضي الإلغاء، وهو ما سنشير إليه لاحقاً<sup>(٥)</sup>.

(1) Finck (N), *Le déféré préfectoral*.

(2) De Laubadère (A), Moderne (F), Delvolvè (P), *Traité des contentieux administratif*, 2 éd, LGDJ, Paris, 1984, p. 358.

(3) Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 9 éd, Montchrestien, Paris, 2001, p.187 ; Debbasch (Ch) et Ricci (J-C), *Contentieux administratif*, 8 éd, Dalloz, Paris, 2001, p.715; Bernard (M), *Le recours pour excès de pouvoir, est-il frappe à mort ?* AJDA, 1995, n° special, p.195.

(4) Legal (H), *Le déféré préfectoral appartient aux contentieux de l' excès de pouvoir, concl. Sur C.E, 28 juill.1991, Commune de Sainte-Marie, AJDA, 1991, p. 693.*

(5) C.E, 23 déc.2011, *Ministre de l'intérieur, Rec.*, p. 368.

### الفرع الثالث: خصائص طعن المحافظ

#### أولاً: طعن اختياري

ذهب المحاكم الإدارية إلى أن طعن المحافظ المنصب على إلغاء عقد إداري هو طعن وجبي لا اختياري، بحيث يتوجب على المحافظ - عند تقدير عدم مشروعية العقد - إحالته إلى المحكمة الإدارية على سبيل الوجوب. فقد أعلنت المحاكم الإدارية في Lyon وNantes بأن سلطة المحافظ في إحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية هي سلطة مقيدة متى قدر عدم مشروعية العقد الإداري الذي تبرمه السلطة المحلية<sup>(١)</sup>.

بيد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب إلى عكس الاتجاه السابق للمحاكم الإدارية، إذ أعلن بأن طعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري أو القرار المنفصل عنه هو طعن اختياري يعود لسلطته التقديرية في ذلك، وأنه يستطيع التخلص من طعنه حتى أثناء سير الدعوى وذلك لدواعي الملاعنة<sup>(٢)</sup>. كما اعتبر المجلس أن رفض المحافظ تقديم الطعن إلى المحكمة الإدارية المختصة لا يشكل قراراً قابلاً للطعن فيه بدعوى الإلغاء،<sup>(٣)</sup> وهذا في واقع الأمر ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في تفسيره لنص المادة ٣ من قانون ٢ مارس ١٩٨٢ مشيراً في قراره إلى أن النص المذكور قد أعطى الصلاحية للمحافظ تقديم الطعن بإلغاء العقد الإداري (أو القرار المنفصل عنه) ولم يلزمه بهذا التصرف<sup>(٤)</sup>.

ونحن نرى من جانبنا بأن موقف مجلس الدولة والمجلس الدستوري أصوب في واقع الأمر من موقف المحاكم الإدارية في فرنسا، وذلك لأنعدام الفائدة العملية من تقيد سلطة المحافظ في هذا الشأن، حيث أن القانون المشار إليه لم يمنح المحافظ صلاحية تقديم الطعون بإلغاء العقود الإدارية إلا إذا قدر عدم مشروعيتها وفق تقديره الشخصي، فكيف لهذه المحاكم أو لأصحاب الشأن أن يثبتوا وقوع هذا التقدير مادام أنه لم يتقدم بالطعن من تلقاء نفسه؟ كما أنه حتى في حالة رفضه تقديم الطعن إلى المحكمة الإدارية فإن هذا لا يشكل قراراً سليماً قابلاً للطعن فيه بإلغاء وفق ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على النحو السالف ذكره.

(1) T.A, Lyon, 6 fév.1984, Syndicat des transports en commun de la region lyonnaise, AJDA, 1984, p.570 ; T.A, Nantes, 25 avr.1984, Commissaire de la République de Vendée, Rec, Leb, p. 458.

(2) C.E, 5 oct.1984, Commissaire de la République de l'Argiège, Lebon, p. 315, RFDA, 1985, p. 241.

(3) C.E, 25 janv.1991, Brasseur, Lebon, p. 23.

(4) C.C, 25 fév.1982, Décision n° 82-137, DC.

ولكن، في المقابل، قد يعيّب إضفاء الصفة الاختيارية على طعن المحافظ ومنحه سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن في انحرافه في استعمال هذه السلطة المخولة إليه بموجب القانون، فيعمد إلى عدم تقديم الطعن لإلغاء العقد الإداري لأهداف خاصة بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة كأن تكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في البقاء على العقد، لاسيما أن رفضه تقديم هذا الطعن لا يشكل قراراً سلبياً يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري وفق ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على النحو السالف ذكره، وهو ما يمكن أن نسميه «أزمة طعن المحافظ». ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد أدرك هذه الإشكالية المتعلقة بطعن المحافظ، ولذا فقد سمح للغير (كل من تضررت مصلحته من إبرام العقد الإداري) أن يتقدم إلى قاضي العقد للطعن بالعقد ذاته بهدف إلغائه وانعدامه من الوجود القانوني له، على نحو ما سيأتي بيانه.

ويلاحظ هنا بأن المشرع والقضاء الإداري الفرنسي لم يخضعا المحافظ للمساءلة عن عدم سلوكه طريق الطعن على العقود إذا ثبت عدم مشروعيتها. وكان من الأجر اعتبار هذا التصرف السلبي من المحافظ بعدم تقديم الطعن بإلغاء العقد مع ثبوت عدم مشروعيته بمثابة قرار سلبي يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري إذا ما ثبت أن له مصلحة خاصة بالإبقاء على العقد وعدم إلغائه. فمن الثابت فقهاً وقضاءً أن القرارات الصادرة بناءً على سلطة الإدارة التقديرية منوطة بعدم الانحراف في استعمال هذه السلطة وإلا كانت عرضة للإلغاء.

### ثانياً: طعن قابل للسحب أثناء نظر الدعوى

لا يملك المحافظ سلطة تقديرية في إحالة الطعن بإلغاء العقد إلى المحكمة الإدارية فحسب، بل يستطيع بعد الموافقة على إحالة الطعن إلى القضاء سحب الطعن أثناء نظر الدعوى، وذلك إذا قام سبب جدي أو شبهة قوية تشير إلى مشروعية العقد المطعون فيه بإلغاء، أو بمعنى آخر تشير إلى أن أسباب الطعن المشار إليها من قبل المحافظ لا تقوم على أساس صحيح من القانون<sup>(1)</sup>. وهذا ما صرّح به مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة أوبيت<sup>(2)</sup> (Société Aubette) ، إلا أن المجلس قد قيد صلاحية المحافظ في سحب الطعن خلال ٦٠ يوماً من تاريخ إحالة العقد إليه<sup>(3)</sup>.

(1) Finck (N), *Le déféré préfectoral*.

(2) C.E, 6 déc.1999, Société Aubette, Rec., p. 412.

(3) Martin (S), *Le contrôle à posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger Levraud, 1990, p. 366.

ويرجع تقييد صلاحية المحافظ بسحب الطعن خلال ٦٠ يوما من تاريخ إحالة العقد - على حد تعبير جانب من الفقه-إلى إيجاد نوع من التوازن بين استقرار المعاملات التعاقدية والمراكز التي تم خصت عنها لأطرافه حتى لا يبقى العقد مهدداً بالإلغاء وبين اعتبارات سيادة مبدأ المشروعية على العقد المطعون فيه<sup>(١)</sup>.

ويظهر حرص مجلس الدولة الفرنسي على الحفاظ على هذا التوازن من خلال ما أعلنه في إحدى القضايا بالقول: "إذا كان للقاضي الإداري سلطة مطلقة في تقدير مدى مشروعية العقد المطعون فيه من جانب ممثل الدولة (المحافظ) فإنه في المقابل يتوجب عليه التوقف عن نظر الدعوى في حال قيام هذا الأخير بسحب دعواه لوجود دلائل قوية أو جدية تشير إلى عدم صحة أسباب الطعن المذكورة في لائحة الطعن لإلغاء العقد الإداري"<sup>(٢)</sup>.

ويعد تجاهل المحكمة لطلب السحب وإصدار حكم في القضية باطلأ في حال الطعن به أمام مجلس الدولة، وبذا فقد قضى المجلس في قضية رئيس بلدية بوش دورون-Préfet des Bouches-Du-Rhône) ببطلان الحكم الذي أصدرته المحكمة الإدارية في مرسيليا نظراً لتجاهل المحكمة لطلب محافظ منطقة بروفانس (La Région Provence) بسحب الدعوى والتخلص عنها لقيام أسباب جدية تشير إلى مشروعية العقد الإداري الذي أبرمه المجلس المحلي لمدينة بروفانس<sup>(٣)</sup>.

#### الفرع الرابع: ضوابط طعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري

حددت المادة ٢١٣١ من القانون العام للجماعات الإقليمية بعض الضوابط الخاصة بطعن المحافظ ضد الأعمال التي تتخذها السلطات المحلية في المنطقة التي تقع ضمن اختصاصها الإقليمي، سواء تمثلت هذه الأعمال باتخاذ قرارات أو إبرام عقود إدارية ومن أهمها:

١- أن يقتصر طعن المحافظ على الأعمال والتصرفات القانونية (قرارات وعقود) الصادرة عن الجماعات المحلية والمؤسسات العامة المحلية الداخلة في نطاق الاختصاص الإقليمي للمحافظ، ولا تشمل تلك التصرفات القانونية الصادرة عن السلطات المركزية في الدولة (مجلس الوزراء-الوزارات- المؤسسات العامة الوطنية ..)<sup>(٤)</sup>.

(1) Dantonel (N), Droit des collectivités territoriales, 3 éd, Bréal édition, Lexifac Droit, Nancy, 2007, p. 263.

(2) C.E, 26 juill.1991, Cne de Sainte Marie, Lebon, p. 302.

(3) أنظر تفاصيل الحكم على الموقع التالي، تاريخ الدخول ٢٠١٧/١١/٢٦

(4) Art. 2131-1 de Code général des collectivités territoriales français.

٢- أن يقتصر طعن المحافظ على العقود الإدارية المحالة إليه بموجب القانون والتي تشمل العقود الكبرى، أما تلك التي لا تتطلب إحالته فلا يملك الطعن بها<sup>(١)</sup>.

٣- لا يملك المحافظ تقديم الطعن بإلغاء العقد الإداري إذا قدر عدم مشروعيته إلا خلال ٦٠ يوما من تاريخ إحالة العقد إليه، كما لا يملك سحب الطعن أثناء نظر الدعوى إلا خلال هذه المدة<sup>(٢)</sup>.

٤- يتم انقطاع المدة السابقة لطعن المحافظ في حالة تقديمه التظلم الإداري أو ما يسمى في فرنسا بالطعن الولائي (Les recours gracieux) أمام الجهة المحلية التي أبرمت العقد، وتستأنف مدة جديدة من تاريخ رفض التظلم<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثاني: آثار تطبيق القانون الخاص بطعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري

لقد ترتب على صدور القانون الخاص بطعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري الذي تبرمه السلطات والمؤسسات المحلية في فرنسا عدة نتائج إيجابية وأخرى سلبية، سنحاول استخلاص أبرزها من آراء الفقه واتجاهات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: الآثار الإيجابية للقانون الخاص بطعن المحافظ

أولاً: لقد أدى صدور هذا القانون إلى تحقيق مبدأ الديمقراطية الإدارية من خلال تعزيز نظام اللامركزية، وذلك بإلغاء نظام الوصاية الإدارية على أعمال السلطات والهيئات المحلية في فرنسا واستبداله بنظام الرقابة القضائية، فلم تعد هذه الأعمال خاضعة لتصديق السلطة المركزية في العاصمة، وإنما خاضعة لتصديق المحافظ (الحاكم الإداري للمقاطعة الفرنسية)، والذي لا يملك في هذا الشأن سوى إحالة الأمر إلى القضاء الإداري في حالة تقديره عدم مشروعية هذه الأعمال ومنها العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية<sup>(٤)</sup>.

(١) لم يحدد المشرع الفرنسي في هذه المادة العقود التي يجب على السلطات المحلية إحالتها إلى المحافظ واقتصر باستخدام مصطلح "العقود الكبيرة" (Les gros contrats) ولهذا فقد قام مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى سلطته الإنسانية بتعديم هذا النص ليشمل كافة العقود الإدارية التي تبرمها السلطات المحلية. أنظر في ذلك قرار مجلس الدولة التالي:

(2) Art. 2131-1-6 de Code général des collectivités territoriales français.

(3) El Amrani (M), Le contrôle de légalité du Préfet sur les actes des collectivités locales: quelle efficacité ?, Thèse, Université de Strasbourg, France, 2014, p. 16.

(4) Auby (J-M) et Drago (R), Traité de contentieux administratif, T. II.,, 3 ed., Dalloz, Paris, p. 448.

ثانياً: وفقاً للبند السابق، فقد أدى صدور هذا القانون إلى إحداث تطور غير مسبوق وخارج عن المألوف، فقد سمح بأن يكون العقد الإداري ذاته ممراً للإلغاء أسوةً بالقرار الإداري مما أدى إلى توسيع نطاق اختصاص قاضي تجاوز السلطة في فرنسا أو قاضي الإلغاء ليشمل إخضاع العقود الإدارية ذاتها إلى ولاية الإلغاء.

ثالثاً: إذا كانت رقابة المحافظ بمقتضى هذا القانون هي رقابة لاحقة على أعمال وتصرفات السلطات المحلية ومن ضمنها إبرام العقود الإدارية، فإن المشرع الفرنسي قد حاول إيجاد نوع من التوازن بين الرقابة اللاحقة على إبرام العقد الإداري والرقابة السابقة على إبرامه، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة ٢٢-٢١٢٢ من القانون العام للجماعات الإقليمية على أن "المداولات التي تجريها السلطات المحلية بهدف إبرام عقد إداري معين قابلة للطعن أسوةً بالقرارات التمهيدية لإبرام العقد"، كما نصت المادة ١٠-٢١٣١ من القانون ذاته بأن "طعن المحافظ ينصب على القرارات والمداولات المنفذة من قبل المجلس المحلي بهدف إبرام عقد إداري، حتى لو تعلقت هذه المداولات والقرارات بالشروط التعاقدية...".<sup>(١)</sup>

وبمقتضى هذه النصوص التشريعية السابقة، يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق طعن المحافظ بخصوص إبرام العقود الإدارية لتشمل فضلاً عن القرارات التنظيمية الشروط التعاقدية بالإضافة للطعن بالمداولات والأعمال التحضيرية للعقد. كما نصت المادة ١٢-٢١٣١ من القانون السابق "أن ما يطبق على المجالس المحلية يطبق على المؤسسات العامة المحلية (Les établissements publics communaux) نهائياً على أطراف العقد، فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية نقابة الاتحاد العام للعمل (Syndicat CGT...) التوجّه التشريعي السابق معلناً بأن "المحافظ الطعن في المداولات التحضيرية للهيئات المحلية والمؤسسات العامة التابعة لها أمام قاضي تجاوز السلطة (قاضي الإلغاء) خلافاً لقاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء في الأعمال التحضيرية لقرار إبرام العقد".<sup>(٢)</sup>

رابعاً: بمقتضى النظام القانوني لطعن المحافظ، أصبح بإمكان الغير (المتضاربين من إبرام العقد الإداري) إلغاء العقد عن طريق طعن المحافظ في هذا الشأن، حيث لم يكن يسمح لهم قبل صدور هذا القانون إلا بتوجيه طعون الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري دون المساس بالعقد ذاته الذي يبقى منتجًا لآثاره استناداً لقاعدة نسبية آثار العقد، فكما يملك المحافظ

(١) انظر المادتين ٢٢-٢١٢٢ و ١٠-٢١٣١، من القانون العام للجماعات الإقليمية الفرنسي المشار إليه.

(2) C.E, 15 avr.1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bedarieux, AJDA, 1996, p. 366.

مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو ارميله

إحالة الطعن بإلغاء العقد من تلقاء نفسه متى قدر عدم مشروعيته، يمكن في ذات الوقت للغير تقديم طلباتهم إلى المحافظ مشفوعة بأسباب بطلان العقد ليتولى هذا الأخير تقدير مشروعيتها<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني: الآثار السلبية للقانون الخاص بطعن المحافظ

أشار الفقه الفرنسي إلى بعض الآثار السلبية المتعلقة بتطبيق القانون الخاص بطعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري. وسنلقي الضوء على أبرزها على النحو الآتي:

### أولاً: عدم فاعلية طعن المحافظ من الناحية العملية

إذا كان قانون ٢ مارس ١٩٨٢ قد وسع من نطاق مبدأ المشروعية وقاضي الإلغاء بإمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري ذاته فضلاً عن القرارات المنفصلة عنه، إلا أن جانباً من فقه القانون العام في فرنسا قد أشار إلى أن عدم فاعلية طعن المحافظ من الناحية العملية تكمن في إضفاء الطابع الاختياري للمحافظ في إحالة العقد إلى المحكمة الإدارية، وإنه لا يمكن تحقيق هذه الفاعلية إلا عن طريق إضفاء الطابع الإلزامي عليه<sup>(٢)</sup>.

كما أشار البعض الآخر إلى أن خشية السلطات المركزية من التدخل في شؤون الإدارة المحلية التي كفلها الدستور الفرنسي من ناحية والقانون العام للجماعات الإقليمية من ناحية أخرى، قد ساهم في عدم فاعلية طعن المحافظ إذا ما قورن بدعوى جديدة أصبحت تنافسه في تحقيق أكبر قدر من الفاعلية كتأسيس القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية كضمانة لحماية حقوق وحريات الغير المهددة من جراء إبرام العقد<sup>(٣)</sup>.

كما أن صدور القانون المتعلق بالحريات والمسؤوليات المحلية رقم ٨٠٩ لسنة ٢٠٠٤ قد ساهم إلى حد كبير في تضاؤل فاعلية طعن المحافظ، حيث قلص من نطاق أعمال السلطات المحلية الواجب إحالتها إلى المحافظ والتي أصبحت نافذة بمجرد تبليغها أو نشرها<sup>(٤)</sup>.

(1) Guettier (Ch), **Droit des contrats administratifs**, 2 ed., (coll. Thémis), PUF, Paris, 2011

(2) Marchadier (A), *L'efficacité du contrôle préfectoral de légalité sur les contrats des collectivités locales*, édition des Juris-Classeur, 2004, p. 321.

(3) Diallo (I), *L'avenir du déféré préfectoral en droit public français*, AJDA, 2005, p. 2438.

(4) أنظر المواد ١٤١-١٣٨ من قانون الحريات والمسؤوليات المحلية رقم ٨٠٩ لسنة ٢٠٠٤.

كل ذلك أدى إلى تقليل الأثر الفعال لطعن المحافظ والذي أدى بدوره إلى عدم خضوع كثير من العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية لرقابة قاضي الإلغاء<sup>(١)</sup>. حيث يشير الفقيه شابي Chapus بالقول: "يمكن وصف طعن المحافظ بالنسبة للأعمال المحالة إليه بأنه غير موجود"<sup>(٢)</sup>.

وفي تقرير إحصائي أعدته وزارة الداخلية الفرنسية تبين أن عدد الحالات المحالة من قبل المحافظين إلى المحاكم الإدارية قليلة جداً بالنسبة للأعمال المحالة إليهم من قبل السلطات المحلية وهي في تدنٍ مستمر مع مرور الزمن. ففي عام ١٩٩٩ بلغ عدد طعون المحافظين المسجلة (١٨٦٨) حالة إحالة، وفي عام ٢٠٠٩ بلغ عدد طعون المحافظين (١٠٣٤)، مما يشير إلى انخفاض ملحوظ في معدل طعون المحافظين بالرغم من أن التقرير أشار إلى ارتفاع نسبة الأعمال القانونية (قرارات وعقود) المحالة إلى المحافظين من قبل السلطات المحلية<sup>(٣)</sup>.

ويشير التقرير إلى وجود فرضيتين في تفسير انخفاض عدد طعون المحافظين المحالة إلى القضاء:

الفرضية الأولى تعكس كفاءة رقابة المحافظين على أعمال السلطات المحلية، وذلك بقيام هذه السلطات بإلغاء أو تعديل هذه الأعمال من خلال الملاحظات المرسلة إليهم من قبل المحافظين، أما الفرضية الثانية فتشير -على النقيض من ذلك- إلى وجود خلل ونقص في رقابة المحافظين على أعمال السلطات المحلية<sup>(٤)</sup>.

إلا أن انعكاسات الرأي العام وكثرة اعترافات الغير (من تضررت مصالحهم من إبرام العقود الإدارية) أمام المحافظين تشير إلى وجود دلائل قوية على عدم فاعلية رقابة المحافظين على الأعمال التعاقدية للسلطات المحلية لا على كفاءتها، ولعل ذلك يعود إلى قرب المحافظين من الهيئات المحلية وارتباطهم بمصالح مشتركة أدى إلى ضعف رقابة المحافظين على أعمال هذه الهيئات، الأمر الذي نتج عنه انخفاض ملحوظ في معدل طعون المحافظين أمام القضاء الإداري<sup>(٥)</sup>.

(1) Hélin (J-C), *Les contrôlessont-ils efficaces ? « Le contrôle de légalité administrative »,* R.P, n° 60, 1992, p. 118.

(2) Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 9 éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 189.

(3) Melchoir (Ph), *Rapport sur l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, 2003, p. 30.

(4) Melchoir (Ph), *op.cit.*, p. 30.

(5) André (M), *Les principales observations sur la programme « administration territorial »,* Sénat, 2013, 15.

ونعتقد أن هذه النتيجة التي توصل إليها التقرير الحكومي أقرب للحقيقة والمنطق، حيث من المعلوم أن الرقابة الإدارية هي رقابة غير فعالة لكون الإدارة هي الحكم والخصم في ذات الوقت، هذا إذا كانت الرقابة تمارس من قبل السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية، فكيف إذا كانت هذه الرقابة تمارس ضمن نطاق السلطة اللامركزية ذاتها؟ فالمراقب (المحافظ) والمراقب (السلطة المحلية) كلاهما يمثلان السلطة اللامركزية في المنطقة المحلية.

ومن هذا المنطلق، يشير تقرير آخر أعده السيد مزار Mézard إلى عدم المقدرة التقنية للمحافظين على تقدير مدى مشروعية وملاءمة أعمال السلطات المحلية والمؤسسات العامة التابعة لها، وخلص في تقريره إلى أن الإشكالية تكمن في أن هذا التقصير من جانب المحافظين في أدائهم لمهامهم الموكولة إليهم بموجب القانون لا تكون محل رقابة ولا يمكن الطعن بها إدارياً أو قضائياً<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: طعن المحافظ بإلغاء العقد الإداري يشكل انتهاكاً لنظرية الدعوى الموازية

انتقد جانب من الفقه الفرنسي توجيه المشرع الفرنسي بمقتضى قانون ٢ مارس ١٩٨٢ الذي سمح للمحافظ بتوجيه طعن الإلغاء ضد العقد الإداري ذاته، وذلك بالنظر لوجود دعوى موازية هي دعوى القضاء الكامل. فذهب البعض إلى أنه كان من الأجرد بالمشروع أن يخول المحافظ توجيه الدعوى بإبطال العقد الإداري بصفته قاضي دعوى القضاء الكامل، لاسيما أن لهذا الأخير سلطات كاملة تجاه العقد تخلو له سلطة إبطال العقد برمته وإنها الوجود القانوني له، وهو ما يقود إلى ذات النتيجة التي ابتغاها المشرع الفرنسي في القانون المذكور بدلًا من المساس بصلاحيات قاضي العقد<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: طعن المحافظ يؤدي إلى زيادة العبء على مجلس الدولة الفرنسي

لقد أسس جانب آخر من الفقه انتقاده لهذا التوجيه التشريعي على اعتبارات عملية، مردها تخفيف العبء عن كاهل مجلس الدولة الفرنسي نظراً لازدياد معدل دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المجلس كنتيجة لتوسيع نطاق تطبيق القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري في مجالات متعددة كالأعمال الانتخابية والمنازعات الضريبية والمنازعات المتعلقة بأعمال التخطيط الحضري (L'urbanisme) فضلاً عن تطبيقها مؤخراً في نطاق أعمال السيادة وغيرها من المجالات، لاسيما بعد تقرير نظام الإعفاء من الرسوم القضائية وعدم اشتراط تقديم دعوى الإلغاء بواسطة محام،

(1) Mézard (J), Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales, Rapport d'information du Sénat, n° 300, 25 janv.2012, p. 38.

(2) Tercinet (J.), Le retour de l'exception de recours parallèle : RFDA 1993, p.115.

وتواهـل المجلس في التعـامل مع شـرط المصلـحة لـقبول الدـعـوى، كلـ هـذه التـوجهـات أدـت عمـليـاً إـلى اـزـديـاد في مـعـدـل القـضـايا المـرـفـوعـة أـمـام المـجـلـس<sup>(١)</sup>.

فـي تـقرـير أـعـدـه السـيـد أـرـتوـي Arthuis أـوضـح فـيـه بـأـن عـدـد طـعـون إـلـغـاء المـقـدـمة إـلـى مـجـلـس الدـوـلـة الفـرـنـسـي هي باـزـديـاد مـضـطـرـد وـصـلـ فيـ بـعـض السـنـوـات إـلـى (٢٢%) ، وـيـعـدـ هـذـا الـازـديـاد في عـدـد القـضـايا – وـفـقـ ما يـشـيرـ التـقرـيرـ – إـلـى اـرـتـفـاع عـدـد القرـارـات الصـادـرة عنـ المـحـاـكـم الإـدـارـيـة وـمـحـاـكـمـ الـاستـئـنـافـ الإـدـارـيـة الفـرـنـسـيـة فـضـلـاً عنـ اـخـتـصـاصـ مـجـلـسـ الدـوـلـةـ كـمـحـكـمـةـ نـقـضـ بـالـنـسـبـةـ لـبـعـضـ المـحـاـكـمـ الـخـاصـةـ، الـأـمـرـ الـذـي يـفـسـرـ دونـ أـدـنـىـ شـكـ بـارـتـفـاعـ مـعـدـلـ القرـارـاتـ الإـدـارـيـةـ الصـادـرـةـ فـيـ كـلـ عـامـ<sup>(٢)</sup>.

رابـعاً: طـعـونـ المـحـافـظـ بـإـلـغـاءـ العـقـدـ الإـدـارـيـ يـشـكـ اـنـتـهـاـكـاـ لـنـظـامـ القـانـونـيـ الـخـاصـ بـالـعـقـودـ

ذـهـبـ جـانـبـ مـنـ الفـقـهـ الفـرـنـسـيـ إـلـىـ أـنـ إـعـطـاءـ المـحـافـظـ صـلـاحـيـةـ تـوجـيـهـ طـعـونـ بـإـلـغـاءـ العـقـدـ الإـدـارـيـ ذاتـهـ قدـ جـعـلـ مـنـ هـذـاـ العـقـدـ مـحـلـاـ لـلـطـعـنـ بـإـلـغـاءـ أـسـوـةـ بـالـقـرـارـاتـ الإـدـارـيـةـ، وـبـذـاـ يـكـونـ المـشـرـعـ الفـرـنـسـيـ قدـ دـمـجـ بـيـنـ النـظـامـ القـانـونـيـ الـخـاصـ بـالـعـقـودـ وـبـيـنـ النـظـامـ القـانـونـيـ الـخـاصـ بـالـقـرـارـاتـ الإـدـارـيـةـ منـ حـيـثـ طـبـيـعـةـ طـعـونـ المـوـجـهـ إـلـىـ كـلـيـهـماـ<sup>(٣)</sup>.

فـمـنـ الـمـسـلـمـ بـهـ وـفـقـاـ لـنـظـامـ القـانـونـيـ لـدـعـوىـ إـلـغـاءـ، أـنـ هـذـهـ الدـعـوىـ تـوجـهـ بـصـدـدـ التـصـرـفـاتـ الإـدـارـيـةـ أحـادـيـةـ الـجـانـبـ وـالـتـيـ تـعـبـرـ فـيـهـاـ الإـدـارـةـ عنـ إـرـادـتـهـاـ الـمـنـفـرـةـ مـنـ خـلـالـ ماـ تـصـدـرـهـ مـنـ قـرـارـاتـ إـدـارـيـةـ، أـمـاـ العـقـودـ الإـدـارـيـةـ – وـإـنـ كـانـتـ تـتـمـيـزـ عـنـ العـقـودـ الـخـاصـةـ – فـإـنـهـاـ تـتـحدـ مـعـهـاـ فـيـ كـوـنـهـاـ تـتـعـقـدـ بـمـوـجـبـ تـوـافـقـ إـرـادـتـيـنـ (إـرـادـةـ الإـدـارـةـ وـإـرـادـةـ الـمـتـعـاـقـدـ مـعـهـاـ)، وـبـذـلـكـ فـهـيـ تـخـضـعـ فـيـ هـذـاـ الـجـانـبـ لـنـظـامـ القـانـونـيـ الـخـاصـ بـالـعـقـودـ بـصـفـةـ عـامـةـ، وـلـيـسـ أـدـلـ عـلـىـ ذـلـكـ مـنـ قـيـامـ مـجـلـسـ الدـوـلـةـ الفـرـنـسـيـ بـفـصـلـ الـقـرـارـاتـ الـمـتـعـلـقـةـ بـإـبـرـامـ الـعـقـودـ الإـدـارـيـةـ حـتـىـ يـتـسـنـىـ لـذـوـيـ الشـأـنـ إـمـكـانـيـةـ تـوجـيـهـ طـعـونـ إـلـغـاءـ ضـدـ هـذـهـ الـقـرـارـاتـ<sup>(٤)</sup>.

وـقـدـ كـانـ الـفـقـيـهـ شـابـيـ Chapusـ مـنـ أـشـدـ الـمـعـارـضـينـ لـهـذـاـ المـوـقـفـ التـشـرـيـعـيـ مـعـبـراـ عـنـهـ بـأـنـهـ مـوـقـفـ غـيـرـ مـبـرـرـ، وـيـتـسـأـلـ الـفـقـيـهـ عـنـ دـوـافـعـ هـذـاـ المـوـقـفـ، وـهـلـ هـوـ بـدـاـيـةـ تـحـولـ فـيـ نـظـامـ دـعـوىـ إـلـغـاءـ

(1) Bailleul (D.), Les nouvelles méthodes du juge administratif : AJDA 2004, p. 1626

(2) Arthuis (J), Rapport N°400, Sénat, pp. 29-30 /157.

(3) Colin (F), L'essentiel de la jurisprudence administrative, Gualino, Paris, 2009, p. 191.

(4) De Laubadère (A), Gaudemet (Y), Traité de droit administratif, T. 1, 16 éd, LGDJ, Paris, 2001, p. 320.

مدى قبول الطعن **بإلغاء العقد الإداري ذاته** (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو ارميله  
لتشمل العقود فضلاً عن القرارات؟ وكيف سيتعامل مجلس الدولة مع هذا الموقف الذي تطغى سلبياته  
على إيجابياته؟<sup>(1)</sup>

ونحن نرى، فضلاً عن ذلك، بأن هذا التوجه من المشرع الفرنسي يخل بالنظام العام لدعوى الإلغاء، فدعوى الإلغاء ذاتها – كما هو مستقر – يعد من النظام العام، وعليه فإن تعلق محل الدعوى بالقرارات الإدارية هو من النظام العام للدعوى والتي لا يجوز مخالفتها ولو من جانب المشرع.

**المبحث الثاني: موقف مجلس الدولة الفرنسي من مدى قبول الطعن **بإلغاء العقد الإداري ذاته****  
لقد ظل موقف مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته وحتى صدور قانون ٢ مارس ١٩٨٢ رافضاً أن يكون العقد الإداري ذاته ممراً للطعن **بإلغاء**، تخلله تبنيه لنظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري والتي سمح بموجبها فصل بعض القرارات عن العقد وإمكانية توجيه طعون الإلغاء ضد هذه القرارات.

وعلى إثر صدور قانون ٢ مارس ١٩٨٢ والمتضمن إعطاء المحافظ للمرة الأولى صلاحية توجيه طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية التي تبرمها السلطات الالامركية ممثلة بالجهات المحلية في فرنسا، فقد مر مجلس الدولة الفرنسي إزاء ذلك بموافق مختلفه تجسست في اتجاهين أساسين: أولهما يتمثل في قبول المجلس الطعن **بإلغاء العقد الإداري ذاته** واعتباره من طعون تجاوز السلطة، أما الاتجاه الثاني – وهو الاتجاه الحالي – و يتمثل في تراجع المجلس عن موقفه السابق ورفضه أن يكون العقد الإداري ممراً للطعن **بإلغاء** واعتباره من طعون القضاء الكامل. وسنحاول عرض هذين الاتجاهين في مطلبين على النحو الآتي:

#### **المطلب الأول: قبول المجلس الطعن **بإلغاء العقد الإداري****

على إثر صدور قانون ٢ مارس ١٩٨٢ المشار إليه، بدأ المجلس بالتوجه نحو قبول الطعن **بإلغاء العقد الإداري ذاته**، غير أن المجلس لم يكن يشير صراحةً إلى هذا القانون إلا في عام ١٩٩١، عندما أشار صراحةً إلى أن الطبيعة القانونية لطعن المحافظ **بإلغاء العقد الإداري ذاته** هي من طعون تجاوز السلطة (طعون الإلغاء) وذلك في قضية بلدية سانت ماري (Commune de Sainte-Marie) المشار إليها آنفاً.

(1) Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., op.cit., p. 580

وبذا فقد صدرت بعض الأحكام القضائية عن المجلس التي تشير صراحةً إلى توجه المجلس نحو قبول طعون تجاوز السلطة أو طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية ذاتها واعتبارها كأن لم تكن - أسوةً بالقرارات الإدارية -، إلا أن الاجتهد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في هذه الشأن لم يقتصر فقط على قبول طعون الإلغاء الموجهة من قبل المحافظين ضد العقود الإدارية، وإنما امتد ليشمل أيضاً الغير. وهو ما سنحاول بيانه على النحو الآتي:

#### أولاً: قبول المجلس طعون المحافظين بـإلغاء العقد الإداري:

صدرت عدة قرارات عن مجلس الدولة الفرنسي تقر بموجبها بالسماح للمحافظين في المناطق الإقليمية بتوجيهه طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية مباشرةً. وسنكتفي بعرض مثال واحد على ذلك.

إذ بعد حكم سانت ماري (Commune de Sainte-Marie) الانطلاقة الأولى التي أقر فيها مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية توجيهه طعون الإلغاء إلى العقد الإداري مباشرةً، وذلك نزولاً على التوجيه التشريعي الذي سمح للمحافظ - وفق القانون المشار إليه آنفًا - بتوجيهه طعون تجاوز السلطة أو طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية التي تبرمها السلطات المحلية الواقعة ضمن نطاق اختصاصه الإقليمي<sup>(١)</sup>.

وتلخص وقائع هذا الحكم في قيام المحافظ برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في مدينة سان ماري لإلغاء عقد الأشغال العامة الذي أبرمته بلدية سان ماري مع شركة فاليري، وبعد صدور حكم من المحكمة الإدارية بـإلغاء هذا العقد، قامت بلدية سان ماري بالطعن في حكم المحكمة أمام مجلس الدولة الفرنسي مطالبةً بـإلغائه، مستندةً في ذلك إلى عدم إمكانية توجيهه طعون تجاوز السلطة أو طعون الإلغاء إلى العقد المبرم ذاته، وأن العقود الإدارية لا يمكن أن تكون ملائمة لدعوى الإلغاء. بيد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أشار صراحةً إلى أنه استناداً إلى المادة الثالثة من قانون ٢ مارس ١٩٨٢ - وفق صيغته المعدلة بموجب قانون ٢٢ يوليو ١٩٨٢ - فإن طعن المحافظ في هذه الحالة بعد من طعون تجاوز السلطة التي تخول المحافظ المطالبة بـإلغاء العقد المبرم واعتباره كأن لم يكن<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك الوثيقة التالية :

Le déféré contractual : recours de plein Contentieux et nouveau pouvoirs du juge, Fallait pas faire de droit, p. 4.

منشور على الرابط التالي:

<https://www.fallaitpasfaireduroit.fr>

(٢) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي Commune de Sainte-Marie المشار إليه سابقًا.

ثانياً: قبول المجلس طعون الغير بإلغاء العقد الإداري :

أ- قبول المجلس طعون الغير بإلغاء عقد التزام المرافق العامة (Le Contrat de concession)

ذهب اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي إلى توسيع مجال تطبيق القاعدة القانونية السابقة لتشمل الغير الذين لهم مصلحة كافية تبرر طلباتهم بإلغاء العقد ذاته، وعدم اقتصار الأمر على طعون المحافظين فقط، وهو ما يعرف في فرنسا "بتوسيع النطاق الشخصي للقاعدة القانونية"، لاسيما بعد أن أثبتت نظرية القرارات المنفصلة عن العقد قصورها في حماية الغير الذين تضررت مصالحهم من إبرام العقد على الوجه المفصل آنفًا<sup>(1)</sup>.

وفي الجانب التطبيقي، صدرت بعض القرارات للمجلس توضح فيه بإمكانية توجيه طعون الغير (غير المتعاقدين) بإلغاء العقود الإدارية أيًّا كان نوعها شريطة أن يكون الطعن بإلغاء موجها إلى شرط أو أكثر من الشروط التنظيمية للعقد، وهي تلك الشروط التي تتضمن قواعد عامة مجردة تضيقها الإدارة بصورة منفردة على شكل لوائح وتعليمات ويتم إلزام جميع المتعاقدين بها.

ويعد حكم كازيل (Cayzeele) الانطلاقية الأولى لمجلس الدولة الفرنسي الذي أقر فيه صراحة للغير بتوسيعه طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية ذاتها إذا تعلق الأمر بمخالفة الإدارة شرطاً من الشروط التنظيمية للعقد محل الطعن، وتتلخص وقائع النزاع في قيام إحدى البلديات بإبرام عقد مع شركة ملزمة بمقتضى إهلاك إزالة النفايات المنزلية شريطة قيام السكان بشراء حاويات لجمع النفايات، فطعن السيد كازيل (Cayzeele) بهذه الشرط لكونه مخالف للوائح التنظيمية الخاصة بمرفق جمع النفايات، فأصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً يقضي بإلغاء العقد لانتهاه على شرط تنظيمي مخالف للوائح التنظيمية<sup>(2)</sup>.

ب- قبول المجلس طعون الغير بإلغاء عقود توظيف الأعوان العموميين

(Les Contrats de recrutement des fonctions non titulaires)

بمقتضى حكم مدينة ليزيو (Ville de Lisieux)، أعلن مجلس الدولة الفرنسي أنه من حق الموظفين غير الدائمين - أو ما يطلق عليهم في فرنسا بالمعاونين للإدارة - طلب إلغاء عقود توظيف المعاونين العموميين للإدارة أو الموظفين غير المثبتين (Fonctionnaires non titulaires) أمام قضاء تجاوز السلطة أو قضاء الإلغاء إذا تضررت مصالحهم الشخصية من جراء إبرام العقد، وذلك

(1) Hoepffner (H), La modification du contrat administratif, LGDJ., Paris, 2009, p. 585

(2) C.E., Ass. 10 juill. 1996, Cayzeele, RFDA., 1997, p. 89, note Delvolvé-AJDA., 1996, p.732.

باعتبار أنهم في وضع تنظيمي أكثر منه تعاقدي، فالشروط الواردة في العقد الإداري هي جميعها شروط تنظيمية مردها القوانين واللوائح وليس شروط تعاقدية فهي تفرض على المتعاقد دون أن يكون له حق مناقشتها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي في السابق يرفض توجيه طعون الإلغاء ضد عقود المعاونين العموميين تطبيقاً للمبدأ العام القاضي باقتصار طعون تجاوز السلطة على التصرفات الأحادية الجانب وعدم انصرافها إلى العقود الإدارية بكل أنواعها، فإنه – وبمقتضى هذا الحكم – أصبح يقبل الطعن بإلغاء مثل هذه العقود أمام قاضي تجاوز السلطة، وذلك بالنظر إلى طبيعتها الخاصة وفق رأيه<sup>(٢)</sup>.

وفي ضوء ما تقدم، نلاحظ بأن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي وإن كان قد جرى على قبول توجيه طعون الإلغاء أو طعون تجاوز السلطة ضد العقود الإدارية ذاتها، إلا أنه قد يميز بين الأساس القانوني لهذا الاجتهاد فيما إذا كان مقدم من جانب فئة المحافظين أو من جانب الغير: فالأساس القانوني لقبول طعون المحافظين يستند في واقع الأمر إلى النصوص التشريعية، وبذا وجدنا بأن المجلس يقبل طعون المحافظين بإلغاء العقود الإدارية إذا توافرت فيها الشروط والضوابط القانونية المحددة من المشرع بموجب المادة ٢١٣١ من القانون العام للجماعات الإقليمية المشار إليها آنفًا دون أن يميز في ذلك بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية للعقد المطعون فيه. بينما يرجع الأساس القانوني لقبول طعون الغير إلى اجتهاده القضائي في هذا الشأن، والذي يقوم على مبدأ التمييز بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية للعقد محل النزاع؛ إذ لا يسمح للغير بتوجيه طعون إلغاء العقود الإدارية إلا في حال مخالفة الإدارة للشروط التنظيمية المنصوص عليها في اللوائح عامةً، معبراً عن ذلك بالقول: «... إن الشروط المطلوب إلغاؤها هي شروط ذات طابع تنظيمي، وبالتالي يمكن أن تكون محلاً للطعن أمام قاضي تجاوز السلطة (قاضي الإلغاء)...»<sup>(٣)</sup>.

(1) C.E., 30 oct. 1998, Ville de Lisieux, AJDA., 1998, p. 1041.

(2) Foillard (Ph), Droit administratif, Centre de publications universitaires, Paris, 2000-2001, p. 362

(3) أنظر في ذلك:

Foillard (Ph), Droit administratif, op.cit, p. 363

## المطلب الثاني: رفض المجلس الطعن بإلغاء العقد الإداري

### أولاً: اعتبار المجلس طعن المحافظ من طعون القضاء الكامل

لقد ظل مجلس الدولة الفرنسي راضخاً لحكم المشرع الفرنسي في السماح للمحافظين بتوجيهه طعون الإلغاء ضد العقود الإدارية التي تبرمها الجهات المحلية الإقليمية مع المؤسسات العامة أو الخاصة، واستمر الأمر على ذلك حتى نهاية عام ٢٠١١، إذ شهد هذا العام تحولاً في قضاء المجلس من اعتبار طعون المحافظين من قبيل طعون تجاوز السلطة إلى اعتبارها من قبيل طعون القضاء الكامل، وبذا فقد رفض بموجب الحكم الصادر عنه بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٣ في قضية وزير الداخلية (Ministre de l'intérieur) الطعن المقدم من المحافظ بهدف إلغاء العقد الذي أبرمته البلدية مع عدة شركات، مقرراً بذلك أن طعن المحافظ بإلغاء العقد يدخل في ولاية القضاء الكامل للمجلس أو قاضي العقد ويخرج وبالتالي عن ولاية قضاة الإلغاء أو تجاوز السلطة<sup>(١)</sup>.

ويشير جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الحكم يعد حكماً مفصلياً أو تحولياً بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لطعن المحافظ ضد العقود الإدارية ذاتها باعتبارها من طعون القضاء الكامل وتخضع وبالتالي لولاية قاضي العقد. وبذا يكون المجلس - وفق هذا التحول الجذري - قد هجر موقفه السابق المعلن في قضية سانت ماري (Commune de Sainte Marie) في عام ١٩٩١، والذي أشار فيه المجلس ضمنياً بموافقته على قبول طعن المحافظ أمام قاضي تجاوز السلطة على النحو السالف بيانه<sup>(٢)</sup>.

ويبدو أن هذا التوجه الجديد للمجلس قد جاء متأثراً على ما يبدو بما أورده قضاة القصر الملكي (Juges du Palais Royal) بالقول: «إن طعن المحافظ، وبالنظر لموضوعه، هو طعن موجه ضد العقد بأكمله وبالتالي فإن الأمر لا يقتصر فقط على التتحقق من وجود عيوب تفسد صحة العقد، بل إن للقاضي سلطة تقييم العواقب الناتجة عن وجود هذه العيوب في العقد، إما للبت في إنهاء العقد أو تعديل بعض أحكامه أو للبت في استمرار تنفيذه، فله سلطة الإلغاء الكلي أو الجزئي للعقد، وبذا فهي مسألة تتعلق بولاية القضائية الكاملة»<sup>(٣)</sup>.

(1) C.E., 23 déc.2011, Ministre de l'intérieur, Rec. Leb., p. 125, concl. Dacosta.

(2) Pacteau (B.), *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ?* : Rev. adm., numéro spécial 2012, p. 51.

(3) أنظر المقال التالي بعنوان: " طعن المحافظ هو طعن متعلق بالقضاء الكامل" le déféré préfectoral est un recours de pleine juridiction

منشور على الموقع الإلكتروني التالي : تاريخ الدخول ٤/٩/٢٠١٨

<https://www.legavox.fr>

ولذا نجد بأن المجلس قد أشار في نهاية حكمه الصادر في ٢٠١١/١٢/٢٣ بأن طعن المحافظ يخضع لنظام التقاضي الكامل من أجل التوفيق على نحو أفضل بين مبادئ الشرعية واليقين القانوني فضلاً عن ضرورة استقرار العلاقات التعاقدية<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: السماح للغير بتوجيه طعونهم ضد العقد الإداري أمام قاضي العقد (القضاء الكامل)

بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي تارن وغارون (Tarn et Garonne) الصادر في ٤/٤/٢٠١٤، أجاز المجلس للمرة الأولى للغير مخاصمة العقد الإداري أمام قاضي العقد شريطة أن تكون مصلحتهم قد تضررت بشكل مباشر من جراء إبرام العقد، فأصبح بإمكانهم الطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد أو أمام القضاء الكامل<sup>(٢)</sup>.

وبموجب هذا التوجه الجديد للمجلس، يكون مجلس الدولة الفرنسي قد أزال عقبة أساسية أمام الغير لخاصمة العقد ذاته أمام قاضي العقد، بعد أن كان الأمر قاصراً على أطراف العقد فقط الذين يسمح لهم بالتوجه إلى قاضي العقد، وبذا يكون المجلس بهذا التوجه قد وسع من ناحية من اختصاص قاضي العقد أو القضاء الكامل للعقد بحيث يشمل الغير فضلاً عن أطراف العقد، ومن ناحية أخرى يكون قد خفف العبء عن كاهل قاضي تجاوز السلطة أو قاضي الإلغاء الذي يزخم سنوياً بمئات القضايا المرفوعة ضمن ولايته على النحو السالف بيانه.

وقد أوضح المجلس أن هذا التوجه الجديد لا يطبق بأثر رجعي؛ أي لا ينسحب على العقود الموقعة قبل تاريخ صدور هذا الحكم في ٤/٤/٢٠١٤، وذلك بهدف المحافظة على مبدأ استقرار العلاقات التعاقدية التي تمت في تاريخ سابق على تاريخ صدور هذا الحكم<sup>(٣)</sup>.

وقد كان لهذا التوجه القضائي الجديد للمجلس انعكاساته على الفقه، حيث ثار جدل فقهي حول مسألة السماح للغير أطراف العقد بخاصمة العقد الإداري المبرم أمام ولاية القضاء الكامل. وبعيداً عن الخوض في هذا الجدل الفقهي، فقد حدد مفوض الحكومة داكوستا (Dacosta) في استنتاجاته النقطة المحورية للخلاف الفقهي على أنها مسألة تكمن في كيفية الحفاظ على التوازن بين استقرار العلاقات التعاقدية والحق في التقاضي للغير؟ وأجاب مفوض الحكومة بأن مجلس الدولة الفرنسي خيراً فعل عندما سمح للغير بخاصمة العقد أمام قاضي العقد إذا أثر العقد سلبياً على مصلحتهم، لأن

(١) راجع الموقع الإلكتروني السابق.

(2) C.E., 4 avril 2014, Tarn et Garonne, n°358994.

(٣) راجع الموقع الإلكتروني التالي: تاريخ الدخول ٢٠١٨/٩/١٥

<https://www.lepetitjuriste.fr>

مدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته (دراسة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية في فرنسا) د. بسام محمد أبو ارميله  
الأمر يتعلق هنا بنقل النزاع العقدي برمته إلى قاضي العقد بغض النظر عن الطرف الثالث المعني، وبخلاف ذلك لا سيل لمخاصة العقد الموقع أمام قاضي العقد<sup>(١)</sup>.

#### خاتمة:

بعد إنتهاء الدراسة المتعلقة بمدى قبول الطعن بإلغاء العقد الإداري في فرنسا على المستويين التشريعي والقضائي وانعكاساته على الفقه الفرنسي، والتي نأمل أن يكون فيها فائدة علمية، خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات نوجزها كما يلي:

#### أولاً: النتائج المستخلصة

١- إذا كان هذا التوجه التشريعي في فرنسا الذي يسمح بتوجيه طعون إلغاء (طعون تجاوز السلطة) ضد العقود الإدارية التي تبرمها الجماعات المحلية قد حقق بعض المزايا الهامة في تكريس مبدأ الديمقراطية الإدارية، وذلك بإلغاء نظام الوصاية الإدارية على القرارات والعقود الإدارية المبرمة من قبل الجماعات المحلية واستبدالها بنظام الرقابة القضائية، ومنح نوع من الاستقلال المحلي عن الحكومة المركزية، فإنه - في المقابل - يؤخذ عليه بعض الجوانب السلبية التي فاقت ما حققه من مزايا من أهمها:

أ- أن هذا التوجه التشريعي يشكل انتهاكاً لنظرية الدعوى الموازية (دعوى القضاء الكامل) واعتداءً على اختصاص قاضي العقد الذي يملك صلاحيات كاملة تجاه العقد.

ب- أن هذا التوجه يشكل اعتداءً على النظام القانوني للعقود الإدارية ودمجه مع النظام القانوني للقرارات الإدارية تحت مظلة دعوى إلغاء.

ج- أن هذا التوجه من المشرع الفرنسي يخل بالنظام العام لدعوى إلغاء، وعليه فإن تعلق محل الدعوى بالقرارات الإدارية هو من النظام العام للدعوى والتي لا يجوز مخالفتها ولو من جانب المشرع.

د- إذا كان هدف المشرع الفرنسي من تأسيس نظرية "الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته" هو حماية حقوق وحريات الغير التي تضررت من إبرام العقد، نظراً لقصور نظرية الطعن بإلغاء

(١) أنظر المقال التالي بعنوان : "الطعن في صحة العقد أصبح متاحاً للغير" ، ص ١

Le recours en contestation de la validité du contrat est désormais ouvert à tous les tiers, p. 1

منشور على الموقع الإلكتروني التالي : تاريخ الدخول ٤/٩/٢٠١٨

[http://www.swavocats.com/les\\_publications/recours.pdf](http://www.swavocats.com/les_publications/recours.pdf)

القرارات المنفصلة عن العقد في أغلب الأحوال عن تحقيق هذا الهدف على نحو ما سلف، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد كفل لهم حماية حقوقهم من خلال تجاوز قاعدة "نسبة آثار العقد على أطرافه" بالسماح لهم بتوجيه طعون القضاء الكامل مباشرةً أمام قاضي العقد، فضلاً عن تأسيس القضاء الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة لحماية حقوق وحريات الغير المهددة من جراء إبرام العقد.

٢- ضرورة إخضاع قواعد القانون الإداري - سواء من جانب المشرع أو القضاء- للمنهج التجريبي نظراً للطابع العملي لهذا القانون ولطبيعة قواعده المرنة وغير المقننة في الأصل. فإذا كتب لها النجاح فيها وإذا لم يكتب لها النجاح فإن هذا سيكون سبباً دافعاً لتطور موقف المشرع أو القضاء بالعدول عن موقفه السابق. وهذا ما حدث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي عدل، بناءً على هذه المبادرة التشريعية، عن موقفه السابق بعدم السماح للغير بالطعن بالعقد الإداري أمام قاضي العقد، والاكتفاء بالطعن بالقرارات المنفصلة عن العقد إلى السماح لهم بمخاصمة العقد ذاته أمام قاضي العقد تحت ولاية القضاء الكامل.

٣- إن قيام مجلس الدولة الفرنسي باعتبار طعن المحافظ وغيره من قبيل طعون القضاء الكامل من شأنه أن يوسع دائرة اختصاص قاضي العقد بما ينسجم مع طبيعة اختصاصاته، إذ إن صلاحيات قاضي العقد أوسع بكثير من صلاحيات قاضي الإلغاء الذي يقتصر دوره على فحص مدى مشروعية القرارات والعقود من عيوب المشروعية التي تصيبها، أما قاضي العقد فله فضلاً عن ذلك النظر في مدى صحة العقد ذاته والحكم بالتعويض إذا لزم الأمر بل له أيضاً تسوية الوضع المتنازع عليه، الأمر الذي يحد دون شك من ظاهرة انحراف المحافظ في استعمال سلطته المخولة إليه بموجب القانون في إحالة الطعن إلى المحكمة من عدم الإحالة.

٤- لم يخضع المشرع ومجلس الدولة الفرنسي المحافظ للمساءلة في حال عدم سلوكه طريق الطعن بإلغاء العقود الإدارية إذا ثبت عدم مشروعيتها، ولم يعتبر ذلك بمثابة قرار سلبي يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري.

## ثانياً: التوصيات

- 1- بناءً على ترجيح سلبيات نظام الطعن بإلغاء العقد الإداري ذاته على إيجابياته، نقترح تعديل نص المادة (١٢١٣١) من قانون الجماعات الإقليمية الفرنسي وجعلها قاصرة على السماح لممثل الدولة في المقاطعة (المحافظ) بتوجيهه طعون الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري دون توجيهها ضد العقد ذاته. مع تأسيس سند تشريعي يدعم فيه المشرع الفرنسي موقف المجلس بالسماح للغير من تضررت مصلحاتهم بالتجه مباشرةً إلى قاضي العقد للطعن فيه بهدف إنهائه والحكم لهم بالتعويض المالي أو العيني وفق مقتضيات الحال.
- 2- نتمنى من المشرع الفرنسي والعربي قبل أن يبادر بتأسيس نظرية معينة أن يسعى لأخذ رأي القضاء الإداري لأنه أكثر دراية وعلم بطبيعة قواعد القانون الإداري من المشرع، لكونه أقرب إلى ظروف الدعاوى الإدارية وحيثياتها من المشرع، ويفضل في سبيل تحقيق هذا التعاون إنشاء لجنة تشريعية قضائية مشتركة تسعى للتنسيق فيما بينها بخصوص إنشاء المبادئ والنظريات القانونية.
- 3- لغايات الحد ما أمكن من انحراف المحافظ في استعمال سلطته التقديرية بإحالة الطعن بإلغاء العقد إلى القضاء الإداري، نتمنى من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن يعتبر عدم سلوك المحافظ طريق الطعن بإلغاء العقد إذا ثبت عدم مشروعيته بمثابة قرار سلبي أو قرار ضمني بالرفض خاضع للطعن بإلغاء أمام القضاء ترسيحاً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية:

الحلفاوي، حمدي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دراسة تحليلية تأصيلية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢.

نوح، مهند، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥.

وهيبة بو غازي (٢٠١٠)، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة فرhat عباس، سطيف، الجزائر

### ثانياً: المراجع الفرنسية

#### الكتب:

Auby (J.-M) et Drago (R), *Traité de contentieux administratif*, T. II., 3 ed., Dalloz, Paris, 1992.

Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 9 éd, Montchrestien, Paris, 2001.

Chapus (R), *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2006

Colin (F), *L'essentiel de la jurisprudence administrative*, Gualino, Paris, 2009.

Debbasch (Ch) et Ricci (J-C), *Contentieux administratif*, 8 éd, Dalloz, Paris, 2001.

De Laubadère (A), Moderne (F), Delvolvéd (P), *Traité des contentieux administratif*, 2 éd, LGDJ, Paris, 1984.

De Laubadère (A), Gaudemet (Y), *Traité de droit administratif*, T. 1, 16 éd, LGDJ, Paris, 2001.

Dantonel (N), *Droit des collectivités territoriales*, 3 éd, Bréal adminis, Lexifac Droit, Nancy, 2007.

Foillard (Ph), *Droit administratif*, Centre de publications universitaires, Paris, 2000-2001.

Guettier (Ch), *Droit des contrats administratifs*, 2 ed., (coll. Thémis), PUF, Paris, 2011.

Lewalle (Principes généraux de droit), *Droit administratif*, 1er partie, éd, de l'Université de Liège, 2008-2009.

Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvové (P) et Genevois (B), *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009.

Martin (S), *Le contrôle à posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger Levraud, 1990.

Marchadier (A), *L'efficacité du contrôle préfectoral de légalité sur les contrats des collectivités locales*, adminis des Juris-Classeur, 2004.

Peiser (G), *Contentieux administratif*, ed. Dalloz, (Mémentos dalloz), Paris, 2001.

#### الرسائل والأبحاث:

Bailleul (D.), *Les nouvelles méthodes du juge administratif : AJDA 2004*.

Bernard (M), *Le recours pour excès de pouvoir, est-il frappe à mort? AJDA, 1995, n° spécial*.

Diallo (I), *L'avenir du déféré préfectoral en droit public français*, AJDA, 2005.

El Amrani (M), *Le contrôle de légalité du Préfet sur les actes des collectivités locales: quelle efficacité?*, Thèse, Université de Strasbourg, France, 2014.

Hélin (J-C), *Les contrôles sont-ils efficaces? «Le contrôle de légalité administrative »*, R.P, n° 60, 1992.

Legal (H), *Le déféré préfectoral appartient aux contentieux de l' excès de pouvoir, concl. Sur C.E, 28 juill.1991, Commune de Sainte-Marie, AJDA, 1991.*

Hoepffner (H), *La modification du contrat administratif*, LGDJ., Paris, 2009.

Pacteau (B.), *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? : Rev. adm., numéro spécial 2012.*

Tercinet (J.), *Le retour de l'exception de recours parallèle : RFDA 1993.*

#### التقارير العلمية:

André (M), *Les principales observations sur la programme «administration territorial »*, Rapport, Sénat, 2013, 15

Arthuis (J), Rapport N°400, Sénat.

Melchoir (Ph), *Rapport sur l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, 2003.

Mézard (J), *Les contrôles de l'Etat sur les collectivités territoriales*, Rapport d'information du Sénat, n° 300, 25 janv.2012.

ثالثاً: المراجع الالكترونية

Le déféré contractual: recours de plein Contentieux et nouveau pouvoirs du juge, Fallait pas faire de droit.

<https://www.fallaitpasfaireduroit.fr>

Le déféré préfectoral est un recours de pleine juridiction

<https://www.legavox.fr>

Le recours en contestation de la validité du contrat est désormais ouvert à tous les tiers.

[http://www.swavocats.com/les\\_publications/recours.pdf](http://www.swavocats.com/les_publications/recours.pdf)

Finck (N), Le déféré préfectoral.

<http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr>

رابعاً: التشريعات

La loi n° 809-2004, relative aux libertés et responsabilités locales français.

Code du Droit général des Collectivités territoriales français.

خامساً: الأحكام القضائية

C.E., Ass. 10 juill. 1996, Cayzele, RFDA., 1997, p. 89, note Delvolvée-AJDA., 1996, p.732.

C.E., 30 oct. 1998, Ville de Lisieux, AJDA., 1998, p. 1041

C.E., 23 déc. 2011, Ministre de l'intérieur, Rec. Leb., p. 125, concl. Dacosta.

C.E., 4 avril 2014, Tarn et Garonne, n°358994

C.E, 23 déc.2011, Ministre de l'intérieur, Rec., p. 368.

T.A, Lyon, 6 fév.1984, Syndicat des transports en commun de la region lyonnaise, AJDA, 1984, p.570 ; T.A, Nantes, 25 avr.1984,Commissaire de la République de Vendée, Rec, Leb, p. 458.

C.E, 5 oct.1984, Commissaire de la République de l'Argèze, Lebon, p. 315, RFDA, 1985, p. 241.

C.E, 25 janv.1991, Brasseur, Lebon, p. 23

C.C, 25 fév.1982, Décision n° 82-137, DC.

C.E, 6 déc. 1999, Société Aubette, Rec., p. 412.

C.E, 26 juill. 1991, Cne de Sainte Marie, Lebon, p. 302.

C.E, 13 janv.1988, Mutuelle générale des personnes des collectivités locales, Rec, p. 7.

C.E, 15 avr.1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bedarieux, AJDA, 1996, p. 366.

**التدخل بين حقوق المؤلف وحق الملكية العينية للدعاية المادية للمصنف:**

**دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**

د. سهيل هيثم حدادين \*

تاريخ القبول: ١٧/١١/٢٠١٩ م.

تاريخ تقديم البحث: ٦/١٠/٢٠١٩ م.

**ملخص**

من المبادئ الهامة التي يقوم عليها حق المؤلف مبدأ الفصل بين الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاية المادية للمصنف. على الرغم من البساطة الظاهرة لهذا المبدأ، وأنه يوحى بأن لا تنازع بين هاتين الملكيتين، طالما أنهما مستقلتان، إلا أن العلاقة بينهما أكثر تعقيداً مما تبدو عليه. فالحق الأدبي للمؤلف قد يصطدم بحق الملكية لمالك الدعاية المادية، والاجتهادات القضائية الفرنسية بهذا الشأن سواء من خلال الاجتهد القصائي المتعلق بمصنفات الفن التشكيلي أو بالمصنفات المعمارية غنية بالحلول القانونية التي من الممكن الاستفادة منها في الأردن على اعتبار أن التشريع الفرنسي هو الأصل التاريخي لقانون حماية حق المؤلف الأردني. هذا من جانب؛ ومن جانب آخر نجد أن هنالك قصوراً تشريعياً واضحاً خصوصاً حينما يتعلق الأمر بالحقوق المالية للمؤلف وعلاقتها المعقدة مع الملكية العينية للدعاية المادية للمصنف. لذلك خلصت هذه الدراسة إلى وجوب تدخل المشرع فيما يخص الحق الأدبي للمهندس المعماري بمواجهة مالك العقار بإضافة استثناءً خاصاً لهذا النوع من المصنفات. بالإضافة إلى وجوب تعديل نص المادة (٩) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الخاصة بالحق بالتأجير، والمادة (٩) (د) الخاصة بالحق بالتوزيع.

**الكلمات الدالة:** الدعاية المادية للمصنف، الحق الأدبي للمؤلف، المصنف المعماري، حق التتبع، حق التوزيع، حق التأجير، استفاده الحق، الحق بتمامية المصنف.

\* كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

## **The Overlap Between the Author's Rights and the Property Rights of the Corporeal Support of the Work: A comparative Study Between the Jordanian and the French Legislations**

**Dr. Suhail H Haddadin**

### **Abstract**

One of the vital principles on which author's right is based on is the principle of separation of the intellectual property of the work from the physical property of the material support of the work. Despite the apparent simplicity of this principle and the fact that these two properties are not in conflict since they are independent, the affinity between these two properties is more complex than it seems to be. The moral right of the author may clash with the right of ownership of the owner of the physical support and the French case law is a rich resource in this regard either through the case law regarding the works of art or the architectural works that can be used in Jordan on the grounds that the French legislation is the historical origin of Jordanian Authors Right Protection Law (JARPL). On the other hand, there are clear legislative limitations when it comes to the author's economic rights and their complex relationship with the property of the material support of the work. Therefore, this study concluded that the legislator should intervene with regard to the moral right of the architect to confront the landlord by adding a special exception to this type of work. In addition, the text of Article 9 (c) of the (JARPL) on the Right to Lease and Article 9 (d) on the Right of Distribution must be amended too.

**Keywords:** Material support, Author's moral rights, Architectural work, Droit de suite, Exhaustion of right, Right of distribution, Rental right, Right of integrity.

## مقدمة:

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون حق المؤلف مبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاية المادية للمصنف. وقد كرّس المشرع الأردني هذا المبدأ في نص المادة ١٥<sup>(١)</sup> من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢<sup>(٢)</sup>

وعلى الرغم من البساطة الظاهرة لهذا المبدأ وأنه يوحى بأن العلاقة بين الملكيتين هي علاقة انسجام - طالما أنهما مستقلتان - ولا نزاع ممكن بينهما، إلا أنه من خلال التطبيق العملي لمبدأ استقلال الملكية الفكرية للمصنف عن الملكية العينية للدعاية المادية سنجد أن العلاقة بين الملكيتين أكثر تعقيداً مما تبدو عليه، فالتأثير المتبادل بين كلا الملكيتين موجود في نصوص قانون حماية المؤلف، وهو تأثير قد يصل أحياناً إلى درجة التنازع بينهما. ولكن المشرع الأردني لم يأخذ بعين الاعتبار هذه العلاقة المعقدة بين الملكيتين، واكتفى بالنص على هذا المبدأ في المادة ١٥ من قانون

### (١) والتي تنص على ما يلي:

إن نقل ملكية النسخة الأصلية من مصنف أو نسخه وحيدة أو عدة نسخ منه إلى الغير لا يتضمن نقل حق المؤلف على هذا المصنف إلى ذلك الغير ولا يكون ملزماً بتمكين المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها مالم يتم الإنفاق على غير ذلك.

(٢) قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المنشور في العدد ٣٨٢١ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٦٨٤ والصادر بتاريخ ١٩٩٢/٣/١٩ والسايри بتاريخ ١٩٩٢/٤/١٦، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ١٤ لسنة ١٩٩٨ المنشور في العدد ٤٣٠٤ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٧٣٧ والمصدر بتاريخ ١٩٩٨/٩/١ والسايри بتاريخ ١٩٩٨/١٠/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٩ المنشور في العدد ٤٣٨٣ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٧٠٠ والمصدر بتاريخ ١٩٩٩/٩/١١ والسايри بتاريخ ١٩٩٩/١١/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المؤقت المعدل رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٤٥٠٨ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٤٢٥٢ والمصدر بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٥ والسايри بتاريخ ٢٠٠٠/١٠/٣١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في العدد ٤٦٠٦ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٣٣٤ والمصدر بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٢، والسايри بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٦، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المنشور في العدد ٤٦٣٤ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٦٤٩٨ والمصدر بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٣٠، والسايри بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٩ لسنة ٢٠٠٥ المنشور في العدد ٤٧٠٢ من الجريدة الرسمية على الصفحة ١١٠١ والمصدر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢١، والسايри بتاريخ ٢٠٠٥-٢٠٠٥/٣١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٨ لسنة ٢٠٠٥ المنشور في العدد ٤٧٠٢ من الجريدة الرسمية على الصفحة ١٠٩٧ والمصدر بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢١، والسايри بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٣١، والمعدل بموجب قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٤ المنشور في العدد ٥٢٨٩ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٣٣٩١ والمصدر بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٢ والسايри بتاريخ ٢٠١٤/٦/١.

حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة دون الأخذ بعين الاعتبار وجود هذا المبدأ من الناحية العملية، وذلك في كثيرٍ من المسائل المتعلقة بحق المؤلف. لهذا فإن هذه الدراسة تهدف إلى تبيان جوانب القصور في نصوص قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته والآثار القانونية المترتبة على ذلك من خلال مقارنة التشريع الأردني بالتشريع الفرنسي.

ما يبرر هذه المقارنة هو الأصل التاريخي لقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني. فهذا القانون شأنه شأن الكثير من التشريعات العربية المعنية بحق المؤلف مأخذ عن قانون حماية حق المؤلف المصري<sup>(١)</sup> القديم الذي استمد أحکامه من القانون الفرنسي واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية<sup>(٢)</sup>. لذلك فإن الاطلاع على الاجتهاد القضائي الفرنسي بهذا الخصوص وتعامل الفقه مع هذا الاجتهاد مهمٌ لنا في الأردن لمعرفة إن كان بالإمكان تطبيق مثل هذه الاجتهادات بالأردن أم لا، وفيما إذا كانت نصوص قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بحاجة إلى تعديل أم لا.

أن مبدأ استقلال الملكية العينية للداعمة المادية عن الملكية الفكرية للمصنف أساسه أن لكل ملكية ملأاً خاصاً بها مستقلاً عن الآخر<sup>(٣)</sup>. فالداعمة المادية شيءٌ مادي في حين أن المصنف شيءٌ حكمي من خلق القانون شأنه شأن الشخص المعنوي<sup>(٤)</sup>. إلا أن هذا الفصل بين المصنف ودعامته المادية لا ينفي وجود علاقة بين الاثنين، فالداعمة المادية دورٌ مهمٌ تقوم به بالنسبة للمصنف، فهي إحدى الأدوات التي يتم فيها إيصال المصنف للجمهور، لهذا السبب نجد أن قسماً مهماً من الحقوق

(١) قانون حماية حق المؤلف المصري رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ المنشور بالوقائع المصرية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ العدد ٤٩ مكرر.

(٢) راجع عبدالرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الكتاب الأول: حقوق المؤلف، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ٩؛ انظر كذلك عبدالحميد الشناوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢، ص ٣؛ إدوار عيد، حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون اللبناني والقوانين العربية والاجنبية، ج ١، حق المؤلف، دار صادر، ط ١٢٠٠١، ص ٣٠.

(٣) حول اعتبار أن هذا المبدأ هو عام يشمل و يجب تطبيقه على كل فروع الملكية الفكرية انظر:- Pascal Kamina, De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, Revue de la Recherche Juridique 1998, 3, p. 881-898.

(٤) في هذا الشأن انظر:-

V.-L. Benabou, L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France, in Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontre Franco-Allemandes, Litec, 2007, p.165.

المالية للمؤلف تأخذ بعين الاعتبار وجود الدعامة المادية للمصنف حتى تتم ممارسة هذه الحقوق من خلال نسخ المصنف.<sup>(١)</sup> هذا من جانب، أما من جانب آخر فإن استقلال الملكية العينية للدعامة المادية عن الملكية الفكرية للمصنف لا يعني عدم إمكانية حدوث تنازعٍ بين الملكيتين، لذلك فإنه من الضروري بمكان عرض فرضيات التنازع بين الملكيتين والحلول التي قدمها سواءً التشريع أو القضاء المقارن في هذا الشأن. كل هذا يستلزم بحث هذه العلاقة المعقّدة بين المصنف ودعامته من منظورين؛ المنظور الأول متعلق بالحق الأدبي وأثره على مبدأ استقلال الملكيتين (المبحث الأول)، والمنظور الثاني متعلق بأثر الحقوق المالية على استقلال الملكيتين (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: العلاقة بين الحقوق الأدبية والملكية العينية للدعامة

منح المشرع الأردني وفق نص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة للمؤلف حقوقاً أدبية، هي: الحق بتقرير النشر، الحق بالأبوبة، الحق بتمامية المصنف، وأخيراً الحق بسحب المصنف من التداول.<sup>(٢)</sup> قليلة هي القرارات الصادرة عن المحاكم الأردنية التي تعرضت لحق المؤلف الأدبي، كما أن هذه القرارات لم تعالج النزاع الذي من الممكن أن ينشأ بين الحق الأدبي

(١) انظر نص المادة ٩ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ :

"يتمتع المؤلف أو من يخلفه بالحقوق المالية الاستثنائية التالية على مصنفه ولا يجوز للغير القيام بأي تصرف مما هو مبين أدناه دون إذن كتابي من المؤلف أو من يخلفه :  
أ. استنساخ المصنف بأي طريقة أو شكل سواء كان بصورة مؤقتة أو دائمة بما في ذلك التصوير الفوتوغرافي أو السينمائي أو التسجيل الرقمي الإلكتروني .  
ب. ترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو اقتباسه أو توزيعه موسيقياً أو اجراء أي تحويل عليه .  
ج. تأجير النسخة المشروعة من المصنف أو نسخ منها شريطة أن لا يلحق ذلك التأجير ضرراً مادياً بصاحب الحق أو يحول دون حقه الاستثنائي في الإستنساخ .  
د. توزيع المصنف أو نسخه عن طريق البيع أو أي تصرف آخر ناقل للملكية .  
هـ. استيراد نسخ من المصنف بكميات تجارية وإن كانت هذه النسخ قد أعدت بموافقة صاحب الحق فيه .  
وـ. نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق التلاوة أو الإلقاء أو العرض أو التمثيل أو البث الإذاعي أو التلفزيوني أو السينمائي أو أي وسيلة أخرى ."

(٢) انظر نص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ :

"يتمتع المؤلف بحقوق أدبية غير قابلة للنفاذ أو التصرف فيها أو التنازع عنها، وهي :

أـ. الحق في أن ينسب إليه مصنفه وأن يذكر اسمه على جميع النسخ المنتجة كلما طرح المصنف على الجمهور إلا إذا ورد ذكر المصنف عرضاً لثناء تقديم إخباري للأحداث الجارية .  
بـ. الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعين طريقة النشر وموعده .

جـ. الحق في إجراء أي تعديل على مصنفه سواء بالتبديل أو التقيح أو الحذف أو الإضافة .

دـ. الحق في دفع أي اعتداء على مصنفه وفي منع أي تشويه أو تحرير أو أي تعديل آخر عليه أو أي مساس به من شأنه الإضرار بسمعته وشرفه على أنه إذا حصل أي حذف أو تغيير أو إضافة أو أي تعديل آخر في ترجمة المصنف، فلا يكون للمؤلف الحق في منعه إلا إذا أغلق المترجم الإشارة إلى مواطن هذا التعديل أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الثقافية أو الفنية أو إخلال بمضمون المصنف .

هــ. الحق في سحب مصنفه من التداول إذا وجدت أسباب جدية ومشروعية لذلك ويلزم المؤلف في هذه الحالة بتعويض من ألت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً ."

للمؤلف مع الملكية العينية للداعمة المادية.<sup>(١)</sup> لذلك فإنه من المفيد الاطلاع على تجربة القضاء الفرنسي في هذه المسألة على اعتبار أن القانون الفرنسي هو الأصل التاريخي لقانون حماية حق المؤلف الأردني.

بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أن من بين الحقوق الأدبية للمؤلف التي من الممكن أن تتنازع مع الملكية العينية للداعمة المادية أو من شأنها أن يؤثر فيها حق المؤلف الأدبي بتقرير النشر وحق المؤلف الأدبي بتمامية مصنفه. وتفسير ذلك يعود إلى أنه من غير المتصور أن يكون لحق المؤلف بالأبوبة أي تأثير على الملكية العينية للداعمة المادية للمصنف. أما بخصوص حق المؤلف بسحب مصنفه من التداول، أو كما يسميه المشرع الفرنسي "الحق بالنندم"، فإن هذا الحق كما هو منصوص عليه بالتشريع الفرنسي، وعلى غراره التشريع الأردني، لا يمكن أن يمارس من وجهاً نظر الشرح بمواجهة مالك الداعمة المادية؛<sup>(٢)</sup> لأن ذلك يعد شكلاً من أشكال "الاستملك" لهذه الداعمة لصالح المؤلف وهذا ما لم ينص عليه أي من التشريعين بالإضافة إلى تعارض ذلك مع القانون المدني الأردني والدستور الأردني.<sup>(٣)</sup> كما أن القضاء الفرنسي بأكثر من مناسبة- رفض منح المؤلف سلطة استعادة نسخة مصنفه من خلال استخدام الحق الأدبي بالنندم.<sup>(٤)</sup>

(١) من قرارات محكمة التمييز التي تعالج الحق الأدبي للمؤلف، انظر:

تمييز حقوق رقم ٢٠١٨/٢٣٥٥، منشورات قسطاس، حيث اعتبرت محكمة التمييز الموقرة أن حقوق التأليف التي يتمتع بها رب العمل هي الحقوق المالية دون الحق الأدبي؛ تمييز حقوق ٢٠٠٣/٢٦٤٨، منشورات قسطاس، حيث اعتبرت محكمة التمييز أن الحقوق الأدبية للمؤلف هي من الحقوق الملازمة للشخصية.

(٢) Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3e éd., Dalloz 1978, n° 412 ; Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, 2ème éd , Economica, n°878 ; André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., Litec 2012, n° 527 ; Thierry Désurmont, *L'incidence du droit d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français* (thèse), Paris, 1974, pp. 407-414.

(٣) انظر نص المادة ١٠٢٠ من القانون المدني الأردني والتي تنص: "١. لا ينزع ملك أحد بلا سبب شرعي. ٢. ولا يستملك أحد إلا لمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون." وكذلك المادة ١١ من الدستور الأردني: "لا يستملك ملك أحد إلا لمنفعة العامة في الاحوال التي يعيدها القانون وبشرط أن يدفع في مقابله تعويض."

(٤) انظر:

CA Paris, 1re ch., 6 juin 2000, Propr. Intell. 2001, n 1, p 61, obs. A. Lucas.

حيث حرمت محكمة استئناف باريس أحد الفنانين التشكيليين من ممارسة حقه بسحب المصنف (الندم) لأحد المعارض التي سبق وأن باع لها الرسام إحدى لوحاته لأن هذه الممارسة من وجهة نظر المحكمة تتعارض مع نص المادة 4-121 L من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والتي نصت على هذا الحق. انظر كذلك:

CA Paris, 19 avril 1961, JCP 1961 II 12183, note R. Savatier ; RTD com. 1962, p. 266, obs. H. Desbois.

لقد تعرض القضاء الفرنسي لمسألة النزاع بين حق المؤلف بتقرير النشر والملكية العينية للدعاية المادية للمصنف من خلال تطبيق نظام الملكية المشتركة للزوجين وأثر ممارسة حق تقرير النشر على اعتبار أعمال الفن التشكيلي من ضمن الأموال المشتركة للزوجين.<sup>(١)</sup> لذلك فإن هذه الدراسة لن تتعرض لهذه المسألة كون النظام التشريعي في الأردن لا يسمح بتطبيق نظام الملكية المشتركة بين الزوجين لاستقلال الذمة المالية لكلٍّ منهما. وعليه فإن هذه الدراسة ستكتفي بعرض الاجتهد القضائي الفرنسي بمسألة تنازع حق المؤلف الأدبي بتمامية مصنفه مع الملكية العينية لمالك الدعاية المادية مع ضرورة التمييز بين نوعين من الاجتهدات القضائية في هذا الشأن؛ الأول متعلقٌ بمصنفات الفن التشكيلي بشكلٍ عام (المطلب الأول) والآخر متعلق بالمصنفات المعمارية على وجه الخصوص (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الاجتهد القضائي المقارن المتعلق بمصنفات الفن التشكيلي

من الحقوق الأدبية للمؤلف حقه باحترام تامامية مصنفه، وقد كرس المشرع الأردني هذا الحق في الفقرتين (ج) و(د) من المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف الأردني والحقوق المجاورة.<sup>(٢)</sup> وهذا الحق من شأنه أن يفرض قيوداً على التصرف بالدعاية المادية للمصنف عندما يتعلق الأمر بمصنفات الفن التشكيلي كاللوحات والتماثيل. فخصوصية هذا النوع من المصنفات تكمن في أنها تندمج مع دعامتها المادية الأصلية التي عمل عليها الفنان، لذلك ينظر للمصنف وهذه النسخة باعتبارهما شيئاً واحداً. وعليه، كلُّ تغيير في هيئة الدعاية هو بالضرورة اعتداء على تمامية المصنف، إن كان من شأن هذا الاعتداء أن يمس بسمعة المؤلف وشرفه.<sup>(٣)</sup> وحق الملكية العينية يمكنُ صاحبه من سلطات أو مزايا يستطيع مباشرتها أو التمتع بها على الشيء محل هذا الحق من شأنها أن تخلق نزاعاً مع الحق الأدبي للمؤلف عندما يتعلق الأمر بهذا النوع من المصنفات. هذه

(١) انظر:

Nicolas Binctin, *Le régime matrimonial de l'auteur*, RIDA, avril 2012, p. 45.

(٢) تنص المادة ٨ بفقرتيها (ج) و(د) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢: "يكتنف المؤلف بحقوق أدبية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها أو التنازل عنها، وهي:

...

ج- الحق في إجراء أي تعديل على مصنفه سواء بالتغيير أو الحذف أو الإضافة.

د- الحق في دفع أي اعتداء على مصنفه وفي منع أي تشويه أو تحريف أو أي تعديل آخر عليه أو أي مساس به من شأنه الإضرار بسمعته وشرفه على أنه إذا حصل أي حذف أو تغيير أو إضافة أو أي تعديل آخر في ترجمة المصنف، فلا يكون المؤلف الحق في منعه إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن هذا التعديل أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الثقافية أو الفنية أو إخلال بمضمون المصنف."

(٣) انظر نص المادة ٨ (د) أعلاه.

السلطات أو المزايا أطلق عليها الشرح اسم عناصر الملكية التي يمكن ردها إلى ثلاثة عناصر، هي: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.<sup>(١)</sup> وقد جاء النص عليها بتعريف هذا الحق في المادة ١٠١٨/١ من القانون المدني الأردني الذي ذكر المنفعة بدلاً من الاستعمال.<sup>(٢)</sup> ما يهمنا هنا هو التصرف عيناً بالشيء، ويراد به بالإضافة إلى الأعمال القانونية،<sup>(٣)</sup> الأعمال المادية التي يترتب عليها أثرٌ حسي في الشيء المملوك، كتغير هيئة أو ألتلافه أو تجزئته وسائل التصرفات التي تناول من مادة الشيء وتمسها، وهذا هو الجانب الإيجابي لعنصر التصرف.<sup>(٤)</sup> كذلك فإن مالك الشيء لا يسأل كقاعدة عامة عن عدم الاعتناء بالشيء والفقه يرى بهذه الميزة، الجانب السلبي من هذا العنصر.<sup>(٥)</sup> وهذه الميزة بجانبها الإيجابي والسلبي إن مارسها مالك الدعامة المادية على ملكه ستؤدي بطبيعة الحال إلى المساس بحق المؤلف الأدبي بتمامية مصنفه عندما يتعلق الأمر بمصنفات الفن التشكيلي.<sup>(٦)</sup>

القضاء الفرنسي بقضية مشهورة هي قضية "ثلاجة بيرنار بوفيه" (Bernard Buffet's Refrigerator)، اعتبر أن حق الملكية العينية لا بدّ من تقييده عندما يتعلق الأمر بالحق الأدبي لمؤلف مصنفاتٍ تشكيلية.<sup>(٧)</sup> وبيرنار بوفيه هو فنان فرنسي مشهور قام في ستينيات القرن الماضي بعملٍ فني هو عبارة عن ثلاجة قام برسم لوحةٍ مختلفة على كل جانب من جوانبها بحيث يكون مجموع هذه اللوحات على الثلاجة كلاً واحداً. بيعت هذه الثلاجة بأحد المزادات لحساب أعمالٍ

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج (٨)، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٦٧، فقرة ٢٩٨، ص. ٤٩٦؛ عبد المنعم فرج الصدّه، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، فقرة ١٨، ص. ٢٦.

(٢) انظر نص المادة ١٠١٨ من القانون المدني:

١- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفًا مطلقاً عيناً ومنفعةً واستغلالاً.

٢- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلالها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً.

(٣) والأعمال القانونية هي التي يترتب عليها أثرٌ قانونيٌّ في الشيء المملوك، كبيعه وتهيئته ورهنه مما يترتب عليه نقل ملكيته أو تحويله بحق عيني، انظر: علي الخيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٠، ص. ١٠١.

(٤) علي الخيف، مرجع سابق، الصفحتان ١٠٠ وما يليها.

(٥) انظر:

François Terré et Philippe Simler, Droit civil, Les biens, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7e éd., 2006, p. 126.

(٦) انظر:

(7) Cass. civ. I, 6 juillet 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, p. 126; RIDA, septembre 1965, p. 221, JCP éd. G, 1965, II, 14339, concl. Lindon ; RTD com., 1965, p. 847, obs. H. Desbois.

خيرية، وقام المشتري بقص جوانب الثلاجة ليفصل كل لوحٍ على حدة بحيث يزيد ربحه من بيع هذه اللوحات بشكل منفصل. الفنان من وجهاً نظره اعتبر أن قصَّ جوانب الثلاجة عملٌ من شأنه الاعتداء على حقه بتمامية مصنفه. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن "الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه يضمن للمؤلف عدم تغيير هيئة مصنفه أو تشویهه حتى بعد تقرير نشره للجمهور. وحيث إن محكمة الاستئناف قد وجدت أن الكيفية التي يجب التعامل فيها مع المصنف الفني محل النزاع هي باعتباره وحدة واحدة، وهذه مسألة موضوع لا رقابة لمحكمة النقض عليها، فيكون تقطيع جوانب الثلاجة يشكل اعتداءً على حق المؤلف الأدبي".<sup>(١)</sup>

وبالرغم من أن القضاء الفرنسي قد أخذ بعين الاعتبار المصالح الأدبية للمؤلف على حساب مالك الدعامة الفنية خصوصاً عندما يتعلق الأمر بمصنفاتٍ فنِّيَّةٍ إلا أنه في حالاتٍ أخرى كان يراعي مصالح مالك الدعامة المادية. ففي قضيةٍ بين أحد الفنانين وإحدى المدن الفرنسية إدعى بها أن بلدية هذه المدينة قد أهملت الاعتناء بعمله الفني بشكلٍ أدى إلى تدميره كلياً. قضت محكمة النقض الفرنسية في الثالث من كانون أول عام ١٩٩١ بأن تدمير المصنف يتحمل مسؤوليته المؤلف وحده.<sup>(٢)</sup> المصنف في هذه القضية كان عبارة عن نافورة تحتها الفنان بإحدى ساحات المدينة، وقد وضعه مالكه (البلدية) بمكانٍ عام، حيث ادعى المؤلف بأن من واجب المالك القيام بأعمال الصيانة العادية للمصنف على اعتبار أن البلدية ملزمة بذلك تحقيقاً للصالح العام، بالإضافة إلى أن من شأن ذلك حماية المصالح الخاصة للمؤلف المتمثلة بحقه الأدبي بتمامية مصنفه. المدعى عليها البلدية أثبتت بأنها قد أدت أعمال الصيانة المطلوبة منها إلا أن ذلك لم يمنع من تدهور حالة المصنف بسبب وجود عيوبٍ في التصميم استلزمت من البلدية القيام بأعمال إصلاحٍ إضافيةٍ شاملة أدت إلى تدمير المصنف كلياً. ردَّت دعوى المؤلف وقررت المحكمة بأن المالك لا يمكن اعتباره بهذه الحالة معتدياً على الحق الأدبي بتمامية المصنف، لأن المؤلف كان مقصراًًا بوجود عيوبٍ بالتصميم. ولعلَّ هذا الاجتهاد ينسجم مع القاعدة الفقهية التي مفادها أن المقصِّر أولى بالخسارة.

وفي قضية أخرى أمام القضاء الإداري اعتبرت المحكمة الإدارية أنه ليس للحق الأدبي للمؤلف منع السلطات الإدارية المختصة من تدمير المصنف الفني لضرورات السلامة العامة، خصوصاً وأن هذه السلطات قد أبلغت الفنان مسبقاً بوجود خطر يهدد السلامة العامة وأعطته الوقت الكافي ليقوم

(١) انظر كذلك:

CA Paris, 10 avril 1995, RIDA, octobre 1995, p. 316; Versaille, 28 janvier 1999, RIDA, avril 2000, p. 332.

(2) Cass. civ. I, 3 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 341, p. 223 RIDA, juillet 1992, p. 161, D. 1992 IR, p. 27.

بنفسه باسترداد المصنف لكن دون جدوى.<sup>(1)</sup> إن اجتهد المحكمة الفرنسية هذا ما هو إلا تطبيق القاعدة القانونية المنصوص عليها في القانون المدني الأردني في المادة ٦٥ منه بأن الضرر العام يدفع بالضرر الخاص والأشد بالأخف.<sup>(2)</sup>

يستخلص من هذه الأحكام أن القضاء في هذا النوع من القضايا يحاول دائمًا موازنة ما بين حقيق، دون تفضيل حق على آخر، من خلال الظروف المحيطة بالقضية، أو العرف والمارسات السائدة، وفي حالات أخرى من خلال بنود العقد المبرم ما بين الفنان ومالك الداعمة. ففي إحدى القضايا قام أحد الفنانين بمقاضاة مركز تجاري أزال تمثلاً كان قد أنجزه الفنان لصالح المركز التجاري بموجب عقد مقاولة بينهما اتفق الطرفان فيه على وضع التمثال في القاعة الرئيسية للمركز، أي أن اتفاق الطرفين كان يتضمن عرض المصنف على الجمهور. رأت محكمة استئناف باريس أن حسن النية في تنفيذ العقود توجب على مالك التمثال الاعتناء به والمحافظة عليه، على اعتبار أن الطرفين كانوا متتفقين على أن التمثال سيكون معروضاً للجمهور في القاعة الرئيسية للمركز التجاري. ومن مستلزمات ذلك ووفقاً لطبيعة هذا العقد المتعلق بمصنفٍ فني، وطبقاً للممارسات السائدة في هذا الشأن، فإن قيام المركز التجاري بإزالة التمثال بعد فترةٍ وجيزة من وضعه يشكل اعتداءً على حق المؤلف الأدبي بتمامته مصنفه.<sup>(3)</sup> وهذا الاجتهد يتوافق مع ما ينص عليه القانون المدني الأردني في المادة ٢٠٢ بأنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.<sup>(4)</sup> والعقود المتعلقة بحق المؤلف يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ عندما يلتزم الطرف المتعاقد مع المؤلف بحماية حقوق الملكية الفكرية وعلى وجه الخصوص حقه الأدبي الذي عدته محكمة التمييز الأردنية من الحقوق الملاصقة للشخصية.<sup>(5)</sup>

(1) Trib. ad. Grenoble, 18 février 1976, RIDA janvier 1977, p. 117, obs. A. Françon.

(2) انظر المادة ٦٥ من القانون المدني: "يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف".

(3) CA Paris, 10 juillet 1975, RIDA, janvier 1977, p. 114, obs. A. Françon.

(4) انظر نص المادة ٢٠٢ من القانون المدني الأردني:

"١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف."؛ انظر كذلك، عبدالرازاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٤، ١٩٦٤، ص. ٧٠١.

(5) انظر:

تمييز حقوق ٢٦٤٨/٢٠٠٣، منشورات قسطناس.

نجد أن الاجتهد القضائي في فرنسا قد حكم في حالاتٍ لصالح مالك الدعامة على حساب المؤلف، وفي حالاتٍ أخرى لصالح المؤلف على حساب مالك الدعامة. أي أن القضاء الفرنسي لم يعطِ الغلبة لحق على حساب الآخر إنما ساوى بين الحقين لذلك كان دائماً يحاول تحقيق التوازن بينهما من خلال المبادئ العامة في القانون أو الظروف المحيطة بالقضية.<sup>(١)</sup> مما يستدعي الملاحظة أيضاً أن الاجتهد القضائي لم يلق عباء الإثبات على المؤلف بأن مالك الدعامة قد أساء استعمال الحق، بل على العكس من ذلك، ألقى عباء الإثبات على مالك الدعامة بأن الأعمال المرتكبة منه والتي تمس تمامية المصنف كان لها ما يبررها.<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثاني: الاجتهد القضائي المقارن المتعلق بالمصنفات المعمارية

إذا كان الاجتهد القضائي في فرنسا المتعلق بالمصنفات الفنية قد سعى لتحقيق توازنٍ بين حق المؤلف الأدبي بتمامية مصنفه ومالك الدعامة المادية للمصنف دون تفضيل حق على آخر إلا أن هذا الاجتهد بشقيه المدني والإداري كان أكثر تشدداً وتضيقاً على المعماري عندما يتعلق الأمر بنزاعٍ بينه وبين مالك العقار عند قيام الأخير بتغيير هيئة عقاره.<sup>(٣)</sup> حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية أن حق المعماري الأدبي بتمامية مصنفه ليس مطلقاً بمواجهة مالك العقار. ففي السابع من كانون الثاني سنة ١٩٩٢، قضت محكمة النقض الفرنسية بشأن نزاعٍ بين معماري وشركة وضع لها تصميماً لمركزها الرئيسي. قامت الشركة لاحقاً بتغيير هيئة العقار بشكل اعتبره المعماري أنه يعتدي على حقه بتمامية المصنف. محكمة النقض اعتبرت أن ما قامت به الشركة مالكة العقار "ينسجم مع الغرض النفعي للبناء موضوع النزاع الأمر الذي من شأنه حرمان المعماري من الاحتجاج بتمامية مطلقةٍ للمصنف بمواجهة مالك البناء، وللأخير كامل الحق بتغيير هيئة البناء والتعديل عليه بما ينسجم واحتياجات المالك الجديدة."<sup>(٤)</sup> وقد رأى الفقه أن هذا القرار عندما يشير إلى الغاية النفعية من البناء يخالف نص المادة (L. 112-1)<sup>(٥)</sup> من قانون الملكية الفكرية الفرنسي -التي تقابلها المادة ٣ من

(١) انظر:

Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., pp. 636 et s. ; Thierry Desurmont, *L'incidence du droit d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français* (thèse), Paris, 1974, pp. 358 et s. ; Jean – Sylvestre, Bergé, *Entre autres droits, la propriété intellectuelle*, Propr. Intell., juillet 2002, p. 10 ; Marie Cornu, *L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres*, RTD civ., 2000, p. 697.

(2) Frédéric Pollaud-Dulian, loc. cit.

(3) Michel Huet, *Le droit français des contrefaçons en architecture, urbain et paysage (cloisons et métamorphoses)*, RIDA 231, janv. 2012, p. 3 ; Nadia Walravens, *La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste*, RIDA 197 juill. 2003, p. 3.

(4) Cass. civ. 1re, 7 janv. 1992, Bull. Civ. I, n° 7, D. 1993 somm. comm., p. 88.

(5) تقابلها المادة ٣/أ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة:

قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته- لأنه يأخذ بعين الاعتبار الغاية من إنتاج المصنف، وهذا من المعايير التي منع المشرع الأخذ بها عند تقرير حماية المصنفات من عدمه.<sup>(1)</sup> اعتبر الفقه أن في قرار المحكمة هذا تمييزاً ضد المعماريين بالمقارنة مع باقي المؤلفين لأن هذا القرار يحسم النزاع لصالح مالك العقار في معظم الأحوال، وسيكون من الصعب على المعماري أن يحتج بحقه بتمامية تصميمه بمواجهة مالك العقار.<sup>(2)</sup>

وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي من جانبه أيضاً حكماً استخدم فيه ذات المفردات التي استخدمتها محكمة النقض في نزاع وقع بين أحد المعماريين مع بلدية مدينة نانت الفرنسية ادعى فيه أن أعمال التوسعة التي قامت بها البلدية بهدف تهيئة الاستاد الذي هو من تصميمه لاستضافة نهائيات كأس العالم من شأنها الاعتداء على تمامية مصنفه. حيث حكم مجلس الدولة الفرنسي بحكم له بتاريخ 11 أيلول عام ٢٠٠٦ اعتبر أنه: "وبسبب الغرض المخصص للاستاد فإنه ليس للمعماري الذي صممته أن يدعى بمواجهة المالك صاحب أعمال التوسعة بتمامية مطلاقة لمصنفه."<sup>(3)</sup> لكنه أضاف أن المالك صاحب أعمال التوسعة: "لا يحق له الاعتداء على حقوق المؤلف لدى قيامه بتعديل هيئة المصنف إلا إذا فرضت المتطلبات مثل هذه التعديلات، سواء كانت هذه المتطلبات تقنية أو جمالية أو متطلبات السلامة العامة، تبررها حاجات المرفق العام والغرض من هذا المرفق وتكيفه مع الاحتياجات الجديدة له تحقيقاً للصالح العام". وقد وجد المجلس أن القواعد الموضوعة لتنظيم فعاليات كأس العالم التي كانت سبباً للاعتداء على تمامية المصنف كان من الممكن القيام بها من دون تشويه المصنف بالعثور على حلولٍ هندسيةٍ أخرى تحقق توسيعة الاستاد من دون المساس بالتصميم. لذلك فإن ما قامت به مدينة نانت يشكل اعتداءً على حق المؤلف الأدبي بتمامية مصنفه.<sup>(4)</sup>

أ- تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًّا كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها.

(1) انظر:

Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., p. 434; André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., p. 383; Pierre-Yves Gautier, op. cit., p. 244.

(2) F. Polloaud-Duian, *Conditions de protection des oeuvre d'architecture*, RTD com. 2004, p. 271, observation sous Cass. 1re civ., 17 juin 2003; Bernard Edelman, *La rue et le droit d'auteur*, D. chron. 1992, p. 91; B. Edelman, note sous Cass. 1re civ. 7 janvier 1992, D. 1993, p. 522; D. Becourt, note sous CA Versaille 1re ch. 4 avr. 1996, JCP éd. G 1996, 22740-22741, p. 475.

(3) CE, 11 septembre 2006, req. n° 265174, D. 2007, jur. p. 129, note J. Charret; *Propriété Intellectuelle* oct. 2006, p. 450, obs. A. Lucas; RTD com. 2007, p. 100, obs. F. Pollaud-dulian.

(4) Cécile Cottier, *Le juge administratif et les litiges sur les "oeuvres de l'esprit*, RIDA 227 janv. 2011, p. 2; Albert Gallego, *Espagne: le droit moral de l'architecte éprouvé par le service public*, RIDA 217 juill. 2008, p. 3.

وبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي حكم لصالح المعماري في هذه القضية إلا أن الضوابط التي وضعها تتصادم مع الواقع التشريعي الذي يفرض على القضاء الامتناع عن التمييز بين المصنفات لدى تقرير حمايتها.<sup>(١)</sup> فالاجتهد القضائي الفرنسي بشقيه المدني والإداري اعتبر أن مؤلف المصنف المعماري ليس له أن يعتد بتمامية مطلاة بمواجهة مالك العقار لأن الغرض من هذه المصنفات نفي، وهذا المبدأ يشكل مخالفة صريحة للتشريعين الفرنسي والأردني على حد سواء حيث إنها منعاً للأخذ بمعيار الغرض من المصنف لتقرير حمايته أو مدى هذه الحماية.<sup>(٢)</sup> فالمشروع الأردني عندما ينص على أنه "تتمتع بالحماية بموجب القانون جميع المصنفات المبتكرة أياً كان نوعها أو طبيعتها أو الغرض من إنتاجها"<sup>(٣)</sup> يقصد بذلك أنه ليس للقضاء أن يمنح مصنفاً حماية أكثر أو أقل من غيره بسبب طبيعته أو نوعه أو الغرض منه. وهذا يعني أن المصنف المعماري يجب أن يتمتع بذات الحماية التي تتمتع بها اللوحات الفنية أو التماضيل دون تمييز.<sup>(٤)</sup> وما لا شك فيه أن للمصنف المعماري خصوصية، عندما يتعلق الأمر بالحق الأدبي للمؤلف، سببها أن الدعامة المادية لهذا النوع من المصنفات في أغلب الأحوال عقار. ولمعالجة هذه الخصوصية اضطر القضاء الفرنسي أن يأخذ بمعيارٍ على خلاف النص التشريعي- للتخفيف من حدة النزاع الذي من الممكن أن تنشأ بين الحق العيني لمالك العقار والحق الأدبي للمهندس المعماري.

ولعلَّ الحل الأمثل لمعالجة خصوصية المصنف المعماري ما تبناه المشرع السويسري، حيث نصَّ صراحةً على أن لمالك العقار الحق بالتعديل على المصنف المعماري دون اعتراض من المؤلف.<sup>(٥)</sup> إن وضع مثل هذه القيود أو الاستثناءات على الحق الأدبي للمؤلف لن يكون غريباً على المشرع الأردني الذي سبق له وأن قيد الحق الأدبي للمؤلف عندما يتعلق الأمر بالمصنفات السمعية البصرية مراعاةً لخصوصيتها.<sup>(٦)</sup> كما أن مشرعنا الأردني قيد كذلك حق المؤلف الأدبي بتمامية

(1) Marie Cornu, *Droits de l'architecte et aménagement de l'espace public*, AJDA 2004, p. 2114; Daniel Vergely, *Concours d'architecture: originalité de l'oeuvre et liberté contractuelle, de la défense des grands principes de la commande publique dans la phase précontractuelle*, AJDA 2007, p. 726.

(2) Frédéric Pollaud-dulian, *Architecte et droit d'auteur*, Rev. Droit immob. 12 (4), oct.-déc. 1990, 431.

(٣) انظر نص المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته.

(4) Patty Gerstenblith, *Architects as Artists: Artists' Rights and Historic Preservation*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 1994, p.431.

(5) Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922; BBl 1922 III 960 Art. 12 al. 3 : "Une fois réalisées les œuvres d'architectures peuvent être modifiées par le propriétaire."

(٦) انظر نص المادة ٣٧(د) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته:-

مصنفه عندما يتعلق الأمر بترجمة مصنف، فلماذا لا يتم تقييد هذا الحق عندما يتعلق الأمر بالمصنف المعماري بمواجهة مالك العقار على غرار التشريع السويسري؟<sup>(1)</sup>

إذا كان الذي يحكم العلاقة بين الحق الأدبي للمؤلف والملكية العينية للداعمة المادية هو التنازع، فإن ذلك سببه -كما سبق ورأينا- أن الداعمة هي من الأدوات التي تستعمل في الاعتداء على الحق الأدبي للمؤلف. الأمر يختلف حين يتعلق بالعلاقة بين الحقوق المالية للمؤلف والملكية العينية للداعمة. وسبب ذلك كما سنرى في المطلب الآتي أن الداعمة المادية في بعض الأحيان وسيلة للممارسة بعض الحقوق المالية، إلا أنها في حالات أخرى تشكل عائقاً أمام ممارسة الحقوق المالية للمؤلف.

### المبحث الثاني: العلاقة بين الحقوق المالية للمؤلف والملكية العينية للداعمة

إنَّ العلاقة المعقّدة بين الحقوق المالية للمؤلف والملكية العينية للداعمة المادية تأخذ منحىً، فالملكية العينية للداعمة المادية قد تكون وسيلة لممارسة بعض الحقوق المالية للمؤلف (المطلب الأول)، كذلك فإن الملكية الفكرية بالشكل الذي رسمه المشرع الأردني من الممكن أن تُشكّل عائقاً قانونياً لممارسة الملكية العينية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الملكية العينية للداعمة المادية كوسيلة لممارسة الحقوق المالية

لقد وضع التشريع الفرنسي فرضيتين تكون فيها الملكية العينية وسيلةً لممارسة الحقوق المالية للمؤلف. الفرضية الأولى تخص حق التتبع وهو الحق الذي يعطي المؤلف حق أخذ ريع عن كل بيع لمصنفات الفنون التشكيلية يتم بالمزاد العلني.<sup>(2)</sup> وخصوصية هذا الحق تكمن في أن من يمارسه مالك اللوحة وذلك من خلال البيع في حين أن المستفيد منه هو المؤلف.

د- إذا امتنع أحد المشتركيين في تأليف أي من المصنفات المنصوص عليها في الفقرة (أ) [مصنف سمعي أو بصري أو سمعي بصري] من هذه المادة عن القيام بما يجب عليه القيام به أو عن إتمام العمل المطلوب منه فلا يتترتب على ذلك منع أي من المشتركيين الآخرين في التأليف من استعمال الجزء الذي أُنجزه منه ، على أن لا يخل ذلك بالحقوق التي تترتب لأي منهم بسبب اشتراكه في تأليف أي من هذه المصنفات.”

(1) François Dessemontet, Le droit d'auteur des architects, In: Journées du droit de la construction. – Fribourg 1995– GRUR International : gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 45(1996), vol. 2, p. 23, available at:

<https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Dt%20d%27auteur%20des%20architectes.pdf>

(2) انظر نص المادة (8-122) L. من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

الفرضية الثانية تتضمن منح حق مجاورٍ لمالكى الدعامات الأصلية لمصنفات لم تنشر في حياة مؤلفيها وطيلة مدة الحماية التي قررها المشرع بعد وفاة المؤلف لتحفيز مالكى هذه النسخ على نشرها حتى لا يطويها النسيان.<sup>(١)</sup>

أما قانون حماية حق المؤلف الأردني من جانبه، حاله حال الكثير من التشريعات ذات الشأن والتي تنتهي إلى المدرسة اللاتينية أو الفرنسية لحق المؤلف، قد نص على حق التتبع (الفرع الثاني)، إلا أنه لدى تنظيمه لمسألة مدد حماية المصنفات لم يشر إلى الحالة الخاصة بالمصنفات التي لم تنشر خلال حياة مؤلفيها التي آلت إلى الملكية العامة، على عكس التشريع الفرنسي (الفرع الأول).

### الفرع الأول: حق نشر المصنفات غير المنشورة بحياة مؤلفيها

إن مدة حماية المصنفات كقاعدة عامة وفق التشريع الأردني هي خمسون عاماً بعد وفاة المؤلف. يبدأ احتساب هذه المدة من الأول من كانون الثاني للعام الذي يلي الوفاة.<sup>(٢)</sup> إذن فنقطة بدء احتساب مدة الحماية التي ستحدد متى سيؤول المصنف إلى الملكية العامة هي وفاة المؤلف.<sup>(٣)</sup> وهنا تثور مشكلة في غاية الأهمية لم يعالجها التشريع الأردني، وهي حالة المصنفات التي لم تنشر خلال حياة المؤلف ومضى على وفاة مؤلفيها أكثر من خمسين عاماً. إن هذه المصنفات وفق قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني ستؤول إلى الملكية العامة دون أن يكون أحد قد اطلع عليها.

تبه المشرع الفرنسي بدوره لخطورة هذه المسألة، وما قد يترتب عليها من ضياع الكثير من المصنفات طي النسيان. لتفادي هذه المشكلة، قام المشرع الفرنسي بتكرير حق استئثاري لصالح كل من يقوم بنشر مصنفٍ غير منشور بحياة المؤلف وظل كذلك طيلة مدة الحماية للمصنفات، وذلك بموجب نص المادة (L. 123-4) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي التي تنص على: - "يكون الحق باستغلال المصنفات غير المنشورة في حياة مؤلفيها للورثة، إذا تم نشرها خلال مدة الحماية المنصوص عليها في المادة (L. 123-1). أما إذا تم نشر هذه المصنفات بعد انتهاء مدة الحماية، فإن هذا الحق يكون لمالكى هذه المصنفات سواء كانوا مالكين لها بالميراث أو لأى سبب آخر من أسباب

(١) انظر نص المادة (L. 123-4) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٢) انظر نص المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة:

"تسرى مدة الحماية على الحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها في هذا القانون طيلة حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة بعد وفاته، أو بعد وفاة آخر من بقى حياً من الذين اشتراكوا في تأليف المصنف إذا كانوا أكثر من مؤلف واحد ولغايات حساب مدة الحماية يعتبر تاريخ الوفاة واقعاً في أول كانون الثاني من السنة الميلادية التي تلي تاريخ الوفاة الفعلى للمؤلف."

(٣) محمد أمين الناصر وسهيل حدادين، الملكية العامة في قانون حماية حق المؤلف الأردني: رؤية جديدة لمفهوم قديم، دراسات - علوم الشريعة والقانون، ٢٠١٤، المجلد ٤١، عدد ٢، ص. ١٣٧٣.

كسب الملكية متى قاموا بنشر هذه المصنفات.<sup>(١)</sup> نجد أن هذا الحق منح لمالك مخطوط المصنف غير المنصور وإن لم يكن من ورثة المؤلف تحفيزاً لمالك المخطوط ليقوم بنشره. فهناك إذن علاقة ما بين ملكية الداعمة المادية وهذا الحق ذي الطبيعة الخاصة. فهذا الحق، وإن كان حق ملكية فكرية، إلا أن الفقه يكفيه باعتباره أحد الحقوق المجاورة وليس حق مؤلف.<sup>(٢)</sup> فحق المؤلف كرسيه المشرع للمؤلف ولورثته من بعده وهو منح للمؤلف نتيجة لقيامه بإبداع مصنفه، أما هذا الحق فهو منح لمن ينشر مخطوط المصنف الذي لا يمكن أن يكون مؤلفاً له وليس بالضرورة أن يكون وريثاً لمؤلفه.<sup>(٣)</sup>

الشرطان الوحيدان اللذان نص عليهما المشرع الفرنسي ليستفيد الشخص من هذا الحق المجاور أن يقوم بنشر "مصنفٍ" مملوكٍ له. طبعاً المشرع الفرنسي، وفق رأي الشراح،<sup>(٤)</sup> بإشارته إلى "المصنف" لا يقصد المصنف المحمي بحق المؤلف إنما النسخة الأصلية منه، كالمخطوطات الأصلية في المصنفات الأدبية والموسيقية، والداعمة الأصلية للوحات والتماثيل وغيرها من مصنفات الفن التشكيلي.<sup>(٥)</sup> وبغض النظر عن الكيفية التي آلت بها ملكية هذه النسخة الأصلية إلى ناشرها سواء كان قد كسب ملكيتها بطريق الحيازة أو البيع أو الهبة أو الميراث، فالملهم هنا أنَّ مالكها هو من قام بنشرها بعد انقضاء مدة الحماية المقررة. والغاية من هذا النص واضحة وهي تحفيز مالك النسخة

(١) انظر الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة:

"Le droit d'exploitation des œuvres posthumes appartient aux ayants droit de l'auteur si l'œuvre est divulguée au cours de la période prévue à l'article L. 123-1.

Si la divulgation est effectuée à l'expiration de cette période, il appartient aux propriétaires, par succession ou à d'autres titres, de l'œuvre, qui effectuent ou font effectuer la publication."

(2) Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., pp. 1626 et s.; André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., n° 356; Pierre-Yves Gautier, op. cit., pp. 417 et s.

(3) Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., p. 1628.

(4) Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., p. 1630: "Il s'agit de la propriété, non de l'œuvre au sens intellectuel du terme, mais de son support matériel original [...]; Claude Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, 9ème éd., 1999, n° 288.

(٥) انظر كذلك نص المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث يشير المشرع الأردني إلى المخطوطات الأصلية بعبارة مصنفات: - "المؤلف مصنفات الفن التشكيلي الأصلية والمخطوطات الموسيقية والأدبية الأصلية أو ورثته الحق في المشاركة في حصيلة كل عملية بيع بالمزاد العلني لهذه المصنفات تلي أول تنازل عنها يجريه المؤلف ويحدد النظام شروط ممارسة هذا الحق ونسبة المشاركة في حصيلة البيع وكيفية تحصيلها ويعتبر باطلًا أي اتفاق أو ترتيب يعقد أو يجري بصورة تخالف أحكام هذه المادة، على أنه يشترط في ذلك أن لا يسري هذا الحكم على مصنفات فن العمارة والفنون التطبيقية".

الأصلية على إتاحتها للجمهور وذلك بأن يتخلّى عن استعمال حقه بالملكية العينية التي تخوله منع الآخرين من الوصول إلى المصنف، كل ذلك مقابل حق مجاور لمالك الدعامة على المصنف.<sup>(١)</sup>

لم يُثُرْ هذا النصُّ أي إشكاليةٍ عند تطبيقه في فرنسا على مصنفات الفن التشكيلي، حيث تندمج الدعامة المادية مع المصنف نفسه، الإشكالية ثارت بخصوص المصنفات الأدبية إذ إنَّ فرضية وجود أكثر من نسخة بيد أكثر من شخص ممكنة جدًا.<sup>(٢)</sup> يرى الفقيه ديبيوا أنه في حال تعدد النسخ بيد أكثر من مالك فيكون صاحب النسخة الأسبق بالنشر هو الأولى بالحصول على الحق المجاور، وحيثه بذلك أن الغاية من التشريع هي تحفيز نشر المصنفات غير المنشورة وهذه الغاية تتحقق بتفضيل مالكِ أيِّ من النسخ الأسبق بالنشر، وبالتالي لا يهم إن كان الناشر مالكًا لنسخةٍ أصلية أم لا طالما أن غاية التشريع هي تحفيز النشر تحقيقاً للمصلحة العامة.<sup>(٣)</sup> إلا أن لمحكمة النقض الفرنسية رأي مخالف في هذا الشأن. ففي قضية بين أحد الناشرين وبلدية مدينة نانت الفرنسية حيث قام هذا الناشر بطباعة ونشر أعمال غير منشورة للكاتب الفرنسي جول فيرن، كان قد حصل عليها الناشر من خلال تصوير مخطوطاتٍ كانت مملوكةً لمكتبة بلدية المدينة مسقط رأس الكاتب المشهور. في هذه القضية اعتبرت محكمة النقض أن الحقوق المالية تناط لمالكِ الدعامتين المادية للمصنفات غير المنشورة بحياة مؤلفيها وفق نص القانون، وهم من يملكون نشرها دون مالكي نسخ هذه الدعامتين، وهذه الحقوق المالية مرتبطة بالدعامتين الأصلية للمصنفات.<sup>(٤)</sup> المحكمة بررت حكمها بأنه قد ثبت أمام محكمة الموضوع أن بلدية نانت كانت تتوبي فعلاً نشر هذه المخطوطات وأن موظفيها قد أطّلعوا على الناشر عليها بحسن نية. انتقد بعض الفقهاء هذا الحكم باعتبار أن محكمة النقض قد ربطت الحقوق المالية التي ستنشأ نتيجة النشر بالدعامة الأصلية للمصنفات علمًاً أن من الفرضيات التي من الممكن أن تواجه القضاء وجود أكثر من شخص يملك صوراً عن نسخِ الدعامة الأصلية إلا أنه وفق رأي محكمة النقض لن يكون لأيِّ منهم حقوقاً مالية حتى لو قاموا بنشرها لأنَّ أيِّاً منهم هو مالكُ الدعامة الأصلية وهذا من وجهة نظر هؤلاء الفقهاء يتعارض مع غاية التشريع المتمثلة بتحفيز النشر.<sup>(٥)</sup>

مما لا شك فيه أن هنالك حاجة حقيقة لمثل هذا النص في التشريع الأردني والذي من شأنه إعطاء حافزٍ لهم لمن يملك مخطوطاتٍ لمصنفات غير منشورة مضى على وفاة مؤلفيها أكثر من

(1) Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., p. 1630.

(2) Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., n° 396.

(3) Henri Desbois, *Le droit d'auteur*, 1re éd., n° 288.

(4) Cass. civ. I, 9 novembre 1993, Bull. civ. I, n° 319, p. 221 ;

انظر النقض الموجه لحكم المحكمة لكل من الفقيهان، فرانسون وإدلمان:

D. 1994, p. 155, obs. A. Françon, ; JCP éd. G, 1994, II, 22190, obs. B. Edelman.

(5) انظر رأي الفقيهان فرانسون وإدلمان:

A. Françon, *observation précitée* ; B. Edelman, *observation précitée*.

خمسين عاماً، ومن خلال الاطلاع على التجربة الفرنسية نجد أن يتم نقل النص بالإشارة فقط إلى نسخ المصنف دون الدعامة الأصلية بحيث تكون غاية التشريع تحفيز مالك النسخة الأسبق بالنشر.

## الفرع الثاني: حق التتبع

على خلاف باقي المؤلفين؛ فإن الربح الأكبر الذي يجنيه الفنان التشكيلي عند استغلال مصنفاته لا يتأتى من استتساخها أو عرضها على الجمهور بل من بيع دعامتها الأصلية. صحيح أن الفنان عند بيعه لهذه الدعامة الأصلية لا يتنازل عن أيٍ من حقوقه التي أفرها له قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة تطبيقاً لنص المادة ١٥ من ذات القانون، إلا أنه فعلياً لن يستطيع الاستفادة من أيٍ ربحٍ مادي من المصنف بعد أن تنازل عن دعامته. كثيرة هي الأمثلة التي نجدها بكتب تاريخ الفن التي تظهر كيف يضطر الفنان في بدايات عمله أن يتنازل بأبخس الأسعار عن لوحته أو منحوتاته. ومن أشهر الأمثلة على ذلك ما حصل مع الفنان ميليه (Millet) عند بيعه لوحته المشهورة (L'Angélus) بثمنٍ بخس، إلا أنها بيعت لاحقاً بعد أن أصبحت تحفةً فنية بمبلغٍ نصف مليون فرنك وكان ذلك في نهاية القرن التاسع عشر، دون أن يجني الفنان أي ربحٍ من هذا البيع.<sup>(١)</sup> ذات الشيء حصل للفنان فانغوخ (van Gogh) الذي لم يتمكن من بيع إلا لوحةً واحدةً فقط طيلة حياته.<sup>(٢)</sup> كذلك فإن شهرة الفنان التي سيتحققها خلال حياته ستتعكس على ثمن لوحته عند بيعها؛ هذه الأثمان التي بالعادة ما ستتضاعف بعد وفاة الفنان. كل هذه الاعتبارات دعت التشريع الفرنسي، الذي كان سباقاً في هذه المسألة، إلى وضع أول تشريع يكرس للفنان التشكيلي الحق بتحصيل نسبةٍ مئوية من كل بيع للوحاته في المزادات العلنية.<sup>(٣)</sup> وقد نصت اتفاقية برن على هذا الحق في المادة ١٤ (ثالثاً) من هذه الاتفاقية تحت عنوان "حق التتبع بشأن المصنفات الفنية والمخطوطات"<sup>(٤)</sup>؛ في حين نصَّ المشرع الأردني على هذا الحق بموجب نص المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

على الرغم من أن المشرع الأردني قد أفرد نصاً خاصاً لهذا الحق، نظراً لطبيعته الخاصة، إلا أن الفقه والاجتهاد القضائي المقارن يتقان على أنه واحدٌ من الحقوق المالية للمؤلف وإن كان من

(1) Ambroise Vollard, Mémoires d'un marchand de tableaux, Albin Michel (Paris) 1937, p. 84, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9689085c/f18.image.texteImage>

(2) <https://www.vangoghgallery.com/misc/faq.html>

(٣) انظر:

Marie-Andrée Weiss et Pierre Noual, Droit de suite californien: Vie et mort d'une expérience américaine, RLDI Août-Séptembre 2018, N° 151, p. 14.

(٤) اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٩٧١، المنشورة في العدد ٤٣٦ من الجريدة الرسمية على

الصفحة ١٥٨٥ والصادر بتاريخ ٢٥-٥-١٩٩٩.

الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها.<sup>(١)</sup> وخصوصية هذا الحق تكمن في أنه وإن كان المؤلف هو من يتمتع به، باعتباره واحداً من حقوقه المالية، إلا أن من يمارس هذا الحق ليس المؤلف، إنما مالك الدعامة المادية عند بيعها بمزادٍ علني. بالإضافة إلى ذلك؛ فإن المؤلف وإن كان صاحب هذا الحق إلا أنه ليس بمقدوره إلزام مالك الدعامة على ممارسته ببيع الدعامة الأصلية لأنه يعُدُّ إنكاراً لمبدأ الفصل بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للدعامة.

إنَّ التساؤل الذي يطرح هو: هل حق التتابع من الحقوق الاحتمالية؟ بعبارةٍ أخرى هل هو حق غير موجودٍ إنما من المحتمل أن ينشأ عندما يمارسه مالك الدعامة المادية أم أنه حقٌ موجودٌ فعلاً منذ أن أبدع المؤلف مصنفه مع سائر الحقوق المالية؟<sup>(٢)</sup> يترتب على اعتبار الحق بالتابع بأنه حقٌ احتمالي نتائج خطيرة فيما يتعلق بتحديد الورثة الذين سيستفيدون منه. فإذا كان حق التتابع احتمالياً فهذا يعني أن وقت نشوء الحق هو لحظة بيع الدعامة الأصلية في المزاد العلني. وعليه، فإن الورثة هم هؤلاء الذين بقوا على قيد الحياة وقت حدوث هذا البيع وليس وقت موت الفنان. فعند موت الفنان دون أن يكون قد مورس حق التتابع بعد، يكون هذا الحق احتمالياً، أي أنه لم يدخل بعد في الذمة المالية للفنان، فيكون ورثة الفنان في هذه الحالة ورثة احتماليين لحق احتمالي؛ فإن تُوفوا فلن يكون لورثتهم صفة بالمطالبة بحق التتابع إلا إذا كانوا أنفسهم ورثة مباشرين للفنان. إن هذه الفرضية تستثنى ورثة الورثة، كزوجة ابن الفنان الذي توفي قبل بيع الدعامة، أي قبل نشوء الحق، لأنها ليست من ورثة الفنان، وليس لها أن ترث من زوجها وريث الفنان، لأن ذمة زوجها المالية خلت من حق التتابع وقت وفاته؛ وبالتالي لن يستفيد من هذا الحق إلا الورثة المباشرون للفنان وقت بيع الدعامة. وقد أخذت محكمة بداية باريس<sup>(٣)</sup> بهذا الرأي معللةً حكمها بأن تكييف حق التتابع باعتباره حقاً احتمالياً يتوافق والغاية المرجوة منه، وهي أن يستفيد منه فقط الورثة المباشرون. لقد فُسخ قرار محكمة البداية من قبل محكمة استئناف باريس<sup>(٤)</sup> التي رفضت اعتبار حق التتابع حقاً احتمالياً وأيدتها بذلك محكمة النقض<sup>(٥)</sup> معللةً حكمها بأن قرار محكمة الدرجة الأولى فيه خلطٌ بين ممارسة الحق ووجوده. كذلك

(1) T. Azzi, *La circulation des oeuvres: le droit de suite*, in *L'Art en mouvement*, Regards de droit privé, éd. Mare & Martin 2013, p. 169; W. Duchmin, *La directive communautaire sur le droit de suite*, RIDA janv. 2002, p. 3.

(2) من الآراء الفقهية التي أيدت أن حق التتابع هو حقٌ احتمالي انظر:

Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ème éd., n°214.

(3) TGI Paris, 1re ch., 3 juill. 1968, JCP 1968, II, 15569, concl. Fabre ; RTD com. 1968, p. 1041, obs. H. Desbois.

(4) CA Paris 1re ch., 7 janv. 1970, D. 1970, p. 548, note. Plaisant ; RTD com. 1970, p. 703, obs. H. Desbois.

(5) Cass. 9 févr. 1972, D. 1972, p. 289, concl. Lindon ; RTD com. 1973, p. 258, obs. H. Desbois.

فإن اعتبار حق التتبع حقاً احتمالياً ليس من شأنه حماية ورثة الفنان، فوفاة كل الورثة المباشرين للفنان يعني انتهاء حق التتبع لهذا الفنان وحرمان ورثة الورثة من الاستفادة منه لصالح مالكي الدعامتين الأصلية للمصنف، وهذا يخالف الغاية من هذا الحق.<sup>(1)</sup>

بعد أن كرس المشرع الأردني حق التتبع بموجب نص المادة ٢٩ من القانون أكد أن النظام هو الذي سيحدد شروط ممارسة هذا الحق ونسبة المشاركة في حصيلة البيع وكيفية تحصيلها. ولغاية تاريخه لم يصدر مثل هذا النظام مما يعني أن ممارسة هذا الحق بالنسبة للمؤلفين مرهونة إلى حين صدور هذا النظام. لكن هذا لن ينفي أن هذا الحق موجود من تاريخ إبداع كل مصنفٍ من المصنفات التي أشارت إليها هذه المادة، بغض النظر عن تاريخ صدور النظام، لأن هذا الحق كما سبق ورأينا ينشأ من إبداع المصنف، ويمارس من خلال بيع الدعامة الأصلية، وعدم ممارسة الحق لا تعني انعدامه.

## المطلب الثاني: الملكية العينية للداعمة كعائق أمام ممارسة الحقوق المالية

يمكن تقسيم الحقوق المالية كما نص عليها المشرع الأردني في المادة ٩ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، إلى قسمين؛ القسم الأول من الحقوق تلك التي لا تحتاج إلى نسخة مادية حتى يمارسها المؤلف أو صاحب الحق، وهذه الحقوق هي: الحق بالاستنساخ والحق بالترجمة وأخيراً الحق بالنقل. فهذا القسم من الحقوق المالية للمؤلف لا يحتاج إلى دعامة مادية ليمارسه المؤلف، فالاستنساخ والترجمة والنقل يكون للمصنف سواء وجدت دعامة مادية أم لم توجد. والقسم الآخر من الحقوق المالية التي تعطي المؤلف أو صاحب الحق سلطة على الدعامة المادية للمصنف وهذه الحقوق هي: الحق بالتأجير والحق بالتوزيع والحق بالاستيراد التجاري لنسخ المصنفات.

إن العلاقة البنية بين الملكية العينية للداعمة المادية والحقوق المالية للمؤلف تتجلى عند البحث في طبيعة ومدى الحقوق المالية الممنوحة للمؤلف عندما تكون هذه الحقوق من الحقوق التي يمارسها المؤلف من خلال الدعامة المادية للمصنف. ولعل المشرع الأردني لم يكن واعياً إلى خطورة هذه العلاقة إذ إنه نص على هذه الفئة من الحقوق دون أن يقيدها باستثناءات كانت ضرورية لهذه الفئة من الحقوق، كونها تحدث توازناً بين الملكية العينية للداعمة والملكية الفكرية للمصنف. فعدم الأخذ بهذه الاستثناءات يعطي للمؤلف أو صاحب الحق سلطة مطلقة على أموالٍ هي ليست ملكه طيلة مدة

(1) Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., n° 585 ; Frédéric Pollaud-Dulian, op. cit., p. 469.

الحماية الممنوحة للمصنف. وسيعالج هذا المطلب الإشكاليات الخاصة بهذه الحقوق والحلول التي أخذت بها التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية كل على حدة؛ وفي البداية سيتم عرض الإشكالية الخاصة بحق التأجير (الفرع الأول) وبعدها سيتم التعرض للإشكالية الخاصة بحق التوزيع والاستيراد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإشكالية الخاصة بحق التأجير

لقد منح المشرع الأردني المؤلف الحق بالتأجير بموجب المادة ٩/ج من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة<sup>(١)</sup> التي تقابل نص المادة ١١ من اتفاقية الترسيس<sup>(٢)</sup> ونص المادة ٧ من معاهدة الويبيو بشأن حق المؤلف<sup>(٣)</sup>. وفق نص هذه المادة، فإن حق التأجير يشمل جميع المصنفات دون استثناء. هذا يعني أنها تشمل حتى المصنفات المعمارية ومصنفات الفنون التطبيقية. فهل هذا يعني أن للمهندس المعماري حق تأجير على المباني التي صممها على اعتبار أن هذه العقارات هي نسخ لمصنفه؟ وماذا عن مصنفات الفنون التطبيقية مثل تصاميم السيارات فهل تأجير هذه السيارات سيُعد في هذه الحالة اعتداءً على حقوق من قاموا بتصميم هذه السيارات؟ إن المعاهدتين الدوليتين المشار إليهما أعلاه اشترطتا على الدول المنضمة لها أن تشمل بالحماية الخاصة بحق التأجير على الأقل نوعين من المصنفات، هي: المصنفات السينمائية ومصنفات الحاسب الآلي. حيث تنص المادة ١١ من اتفاقية الترسيس على ما يلي:

"فيما يتعلق على الأقل ببرامج الحاسب الآلي (الكمبيوتر) والأعمال السينمائية، تلتزم البلدان الأعضاء بمنح المؤلفين وورثتهم حق إجازة أو حظر تأجير أعمالهم الأصلية المتمتعة بحقوق الطبع أو النسخ المنتجة عنها تأجيرا تجاريا للجمهور. ويستثنى البلد العضو من هذا الالتزام فيما يتعلق بالأعمال السينمائية ما لم يكون تأجير هذه الأعمال قد أدى إلى انتشار نسخها بما يلحق ضرراً مادياً بالحق المطلق في الاستنساخ الممنوح في ذلك البلد العضو للمؤلفين وخلفائهم. و فيما يتعلق

(١) التي تنص: "تأجير النسخة المنشورة من المصنف أو نسخ منها شريطة أن لا يلحق ذلك التأجير ضرراً مادياً بصاحب الحق أو يحول دون حقه الاستثماري في الاستنساخ".

(٢) قانون تصديق انضمام المملكة الأردنية الهاشمية إلى منظمة التجارة العالمية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠، المنشورة في العدد ٤١٥ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٧١٠ والصادر ٢٤-٢٠٠٠.

(٣) معاهدة الويبيو بشأن حق المؤلف لسنة ١٩٩٦، المنشورة في العدد ٦٥٦ من الجريدة الرسمية على الصفحة ٢١٠٣ والصادر بتاريخ ٢٩-٤-٢٠٠٤.

ببرامج الحاسب الآلي (الكمبيوتر)، لا ينطبق هذا الالتزام على تأجير البرامج حين لا يكون البرنامج نفسه الموضوع الأساسي للتأجير.<sup>(١)</sup>

أي أنها استثنى مصنفات الفنون التطبيقية والمصنفات المعمارية، ليس هذا وحسب بل إنها سمحت بالإضافة إلى ذلك باستثناء برامج الحاسب الآلي، بحيث لا ينطبق هذا الالتزام على تأجير البرامج حين لا يكون البرنامج نفسه الموضوع الأساسي للتأجير، وبرر الفقيه غولدستاين وجود هذا الاستثناء بكون الكثير من السيارات اليوم تعمل باستخدام برمج حاسب آلي وحتى لا يمنع هذا الاستثناء من تأجير هذه السيارات باعتبارها دعامت مادية لبرامج الحاسوب الخاصة بالسيارات.<sup>(٢)</sup> كذلك الأمر فإن المادة ٢ فقرة ٣ من التوجيه الأوروبي لسنة ١٩٩٢ المتعلق بحق الإعارة والتأجير، استثنى صراحةً من حق التأجير الممنوح للمؤلفين المصنفات المعمارية ومصنفات الفنون التطبيقية.<sup>(٣)</sup> وقد حصرَ المشرع الأمريكي من جهته الحق بالتأجير على برامج الحاسب الآلي وعلى مصنفات

(١) أنظر كذلك نص المادة ٧ من معايدة الويبو بشأن حق المؤلف والتي تنص:  
"حق التأجير

(١) يتمتع مؤلفو المصنفات التالية:

١. برامج الحاسوب.

٢. والمصنفات السينمائية.

٣. والمصنفات المحسدة في تسجيلات صوتية كما ورد تحديدها في القانون الوطني للأطراف المتعاقدة.  
بالحق الاستثماري في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاته للجمهور لأغراض تجارية

(٢) لا تطبق الفقرة (١) في الحالتين التاليتين:

١. إذا تعلق الموضوع ببرنامج حاسوب ولم يكن البرنامج في حد ذاته هو موضوع التأجير الأساسي؛

٢. وإذا تعلق الموضوع بمصنف سينمائي، ما لم يكن ذلك التأجير قد أدى إلى انتشار نسخ ذلك المصنف بما يلحق ضرراً مادياً بالحق الاستثماري في الاستنساخ.

(٣) بالرغم من أحكام الفقرة (١)، يجوز للطرف المتعاقد الذي كان في ١٥ أبريل / نيسان ١٩٩٤م. يطبق نظاماً قائماً على منح المؤلفين مكافأة عادلة مقابل تأجير نسخ عن مصنفاته المحسدة في تسجيلات صوتية ولا يزال يطبق ذلك النظام أن يستمر في تطبيقه، شرط ألا يلحق تأجير المصنفات المحسدة في تسجيلات صوتية لأغراض تجارية ضرراً مادياً بحقوق المؤلفين الاستثمارية في الاستنساخ."

(2) Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford 2001, p.256.

(3) Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble.

التسجيلات الصوتية.<sup>(١)</sup> وكذلك أورد استثناءً على هذا الحق أهملها أن هذا الحق لا ينطبق على برامج الحاسوب التي تكون جزءاً من آلة أو منتج بحيث لا يمكن نسخ هذا البرنامج عند التشغيل العادي للالة أو المنتج.<sup>(٢)</sup>

هل هذا يعني أنه وفق التشريع الأردني فإن كل تأجيرٍ لعقار فيه تصميمٌ معماري أو لسياراتٍ باعتبار أنها تحتوي على تصاميم وبرامج حاسوب بحاجة إلى إذن من المؤلفين أصحاب هذه التصاميم والمصنفات؟ إن التطبيق الحرفي لهذا النص سيؤدي حتماً إلى هذه النتيجة غير المنطقية. والحل الوحيد الذي من الممكن اللجوء إليه لتفادي هذه النتيجة الاحتكام إلى نصوص القانون المدني وذلك من خلال تطبيق نص المادة ٦٥٨ من القانون المدني الأردني على تأجير السيارات والعقارات التي تنص على أن التأجير هو "تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم". فالمنفعة المقصودة من الشيء المؤجر في حالة العقار ليس التصميم إنما الانتفاع من النسخة المادية نفسها، فالمنفعة المقصودة من استئجار عقار بالعادة هي الانتفاع من العقار ذاته، وهذا ينطبق على السيارات وسائر مصنفات الفنون التطبيقية تطبيقاً لمبدأ فصل الملكية العينية عن الملكية الفكرية. لكن هذا الحل ليس نهائياً، فقد يكون اختيار العقار من قبل المستأجر هو التصميم، وكذلك بالنسبة للسيارات التي قد يكون اختيار قد وقع على السيارة من قبل مستأجرها بسبب تصميمها أو بسبب المنفعة المتحققة من برنامج الحاسوب الآلي الذي يعمل فيها. لذلك فإنه لا مناص من تعديل نص المادة ٩ فقرة (ج) بحيث يتقييد مشرعنا الأردني بالحدود الدنيا التي رسمتها له اتفاقيتنا التربيس والوبيبو بشأن حق المؤلف لتفادي النتائج غير المنطقية من تطبيق نص هذه المادة خصوصاً وأن قانون حماية حق المؤلف اعتبر أن كل من يخالف أحكام المادة ٩ سيكون معرضاً للمسائلة الجزائية بالإضافة إلى الإجراءات المدنية.<sup>(٣)</sup>

(1) U.S. 1976 Copyright Act of 1976, as Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541., see §109 (b) (I) (A).

(2) U.S. 1976 Copyright Act of 1976 §109 (B) : "This subsection does not apply to—  
(i) a computer program which is embodied in a machine or product and which cannot be copied during the ordinary operation or use of the machine or product"

(3) انظر نص المادة ٥١ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة:

"أ. يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ستة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين:

١. كل من باشر بغير سند شرعي أحد الحقوق المنصوص عليها في المواد (٨، ٩، ١٠، ٢٣) من هذا القانون."

## الفرع الثاني: الإشكالية الخاصة بحق التوزيع

وفقاً نص الفقرة (د) من المادة 9 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة؛ فإن المؤلف يتمتع بحق توزيع المصنف أو نسخه عن طريق البيع أو أي تصرف آخر ناكل للملكية. وهذا الحق يشمل فقط الاتجار بالدعامات، بالبيع أو المقايضة ولا يشمل الاستعمالات التي يمكن أن تحصل لهذه النسخ بعد شرائها مثل التأجير أو الإعارة. أما النسخ التي يشير إليها المشرع هنا فهي حسراً النسخ المادية للمصنف ولا يشمل النسخ الرقمية. أي أنه يخرج من نطاق هذا الحق "التوزيع الإلكتروني" للمصنفات الذي يتم من خلال إتاحة هذه المصنفات على الشبكة العنكبوتية. ويمكن استنتاج ذلك من الشرط الذي وضعه المشرع بأن يتم التوزيع بنقل ملكية نسخة المصنف، أما التوزيع الإلكتروني عن طريق السماح بتنزيل (Download) المصنفات من خلال الإنترنت، فهو يتم من خلال عقد تزويد خدمة وليس من خلال عقد بيع بين صاحب الحق أو المرخص له بذلك والمستخدم النهائي (End user).<sup>(1)</sup> أما عبارة "توزيع المصنف" الواردة بنص هذه المادة فلا يمكن اعتبار أنها تعني التوزيع الإلكتروني للمصنف، لأن التوزيع وفق نص ذات المادة -كما سبق ورأينا- لا يتم إلا بنقل الملكية ولا يمكن نقل ملكية مصنف لوجود الحق الأدبي عليه، فالمشرع إنما يشير بهذه العبارة إلى الدعامة الأصلية للمصنف، كاللوحة أو التمثال، وهذه ليست المرة الوحيدة التي يستعملها للإشارة إلى الدعامة الأصلية، وهذه العبارة وردت أيضاً في نص المادة 29 من ذات القانون.<sup>(2)</sup> وهذا التفسير يطابق ما نصت عليه معاهدة الوبيبو بشأن حق المؤلف التي اعتبرت أن التوزيع وفق هذه

(1) انظر قرار محكمة بداية نانتير (فرنسا) الذي اعتبر أن العقد المبرم بين شركة سوني (Sony) والمستخدم النهائي هو عقد تزويد خدمة:

TGI Nanterre, 6e ch., 15 déc. 2006, UFC-Que Choisir c. Sony, Pl. 11° 23, avr. 2007, pp. 222 et S., obs. J.-M. Bruguière; RLD/11° 24, févr. 2007, pp. 30 et s., obs. O. Pignatari; Ch. Manaila, Téléchargement payant de musique: le droit de la consommation s'applique strictement!, D. 2007, p. 219; Comm. com. électr. 2007, comm. 64, note É. A. Caprioli.

انظر أيضاً:

Thierry Desurmont, Qualification juridique de la transmission numérique, RIDA n° 170, oct. 1995, p. 55.

(2) والتي تنص:

"المؤلف مصنفات الفن التشكيلي الأصلية والمخطوطات الموسيقية والأدبية الأصلية أو ورثته الحق في المشاركة في حصيلة كل عملية بيع بالمزاد العلني لهذه المصنفات تلي أول تنازل عنها يجريه المؤلف ويحدد النظام شروط ممارسة هذا الحق ونسبة المشاركة في حصيلة البيع وكيفية تحصيلها ويعتبر باطلأ أي اتفاق أو ترتيب يعقد أو يجري بصورة تخالف أحكام هذه المادة، على أنه يشترط في ذلك أن لا يسري هذا الحكم على مصنفات فن العمارة والفنون التطبيقية".

المعاهدة يشمل النسخ الأصلية للمصنف أو غيرها من النسخ.<sup>(١)</sup> وهذا لا يعني أن التوزيع الإلكتروني يخرج من نطاق حق المؤلف إنما هو مشمولٌ بحق النقل الذي عرّفه المشرع الأردني في نص المادة ٢ من ذات القانون باعتبار أنه يشمل الإتاحة للجمهور بطريقة تسمح للأفراد بالوصول إلى المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي في الزمان أو المكان الذي يختاره أي منهم بشكل فردي.<sup>(٢)</sup>

كذلك فإن حق التوزيع يشمل جميع نسخ المصنف المادية سواء صنعت بموافقة المؤلف أو صاحب الحق أو من دون موافقته. لذلك فقيام أحد الأشخاص من دون موافقة المؤلف باستنساخ مجموعة من النسخ المادية وبيعها، فإنه بذلك يعتدي على حقيقين هما الاستنساخ والتوزيع، مع ملاحظة أنه عند بيع هذه النسخ المقلدة، فإن من يعتدي على حق التوزيع هو البائع فقط دون المشتري.<sup>(٣)</sup>

بالإضافة إلى الحق بال Redistribution، لقد أفرد المشرع الأردني نصاً للحق باستيراد نسخ المصنف.<sup>(٤)</sup> وهذا الحق ما هو إلا النتيجة الطبيعية لمبدأ إقليمية حقوق الملكية الفكرية. وهذا المبدأ يعني أن حقوق الملكية الفكرية حدوداً فضائية مجالها إقليم الدولة التي كرس تشريعها هذا الحق.<sup>(٥)</sup> فلو افترضنا أن مؤلفاً في الأردن قد تنازل عن حق الاستنساخ والتوزيع لناشر في مصر فإن هذا الناشر، وعلى الرغم من حصوله على إذن المؤلف بنسخ المصنف وتوزيعه، لا يستطيع إدخال هذه النسخ إلى الأردن لأن حق النسخ والتوزيع الذي يملكه الناشر مقصور على الإقليم المصري. وهذا المبدأ نصت عليه المادة ٣١٣(أ) من قانون حماية حق المؤلف الأردني التي تشترط ضرورة تحديد الإقليم الذي

(١) انظر نص المادة ٦ من هذه المعاهدة واتي تنص:

"(١) يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الاستثنائي في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى."

(٢) حيث عرفت النقل إلى الجمهور:

"النقل إلى الجمهور: البث بوسيلة سلكية أو لاسلكية أو رقمية أو أي وسيلة أخرى لأي مصنف أو أداء أو تسجيل صوتي بما فيه الإتاحة للجمهور بطريقة تسمح للأفراد بالوصول إلى المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي في الزمان أو المكان الذي يختاره أي منهم بشكل فردي."

(3) Lionel Bently, Brad Sherman, Intellectual Property Law, Oxford University Press 2003, p. 130.

(٤) انظر نص المادة ٩(هـ) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والتي تنص: "استيراد نسخ من المصنف بكميات تجارية وإن كانت هذه النسخ قد أعدت بموافقة صاحب الحق فيه."

(٥) انظر:

Lydia Lundstedt, Territoriality in Intellectual Property Law, Stockholm University, 2016, p. 13.

يتنازل فيه المؤلف عن حقه المالي.<sup>(1)</sup> فالشرع الأردني، باشتراطه أن يكون الاستيراد بكميات تجارية إنما يستثنى من نطاق هذا الحق، الاستيراد بكميات قليلة للاستعمال الشخصي.<sup>(2)</sup>

ولعلَّ المشكلة تكمن في أن المشرع لم يورد في نصوصه أي إشارةٍ إلى أهم استثناء متعلق بالحق بالتوزيع وهو أنه يُستنفذ بعد أول بيع للنسخة، ليس بجمله إنما لكل نسخة على حدة. فالمؤلف أو صاحب الحق بالتوزيع عندما يعطي موافقته على بيع نسخة من نسخ المصنف، فإن هذا الحق وفق القوانين المقارنة التي كرسته، تعتبر أن المؤلف قد استنفذ حقه بالتوزيع على هذه النسخة، وليس له أن يتحكم بالبيوع أو التصرفات الأخرى الناتجة للملكية اللاحقة التي قد تتم على هذه النسخة. فالمؤلف، وفقاً لهذه النظرية، لا يستطيع أن يمنع شخصاً اشتري لوحَةً من لوحته أن يبيعها، لأن هذا التصرف وإن كان مشمولاً بحق التوزيع، إلا أنه ليس للمؤلف منعه لأن حقه بالتوزيع قد استنفذ على هذه اللوحة.<sup>(3)</sup>

ووفق نص المادة ٦ فقرة ٢ من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف فإنَّه "ليس في هذه المعاهدة ما يؤثر في حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد أي شروط لاستنفاد الحق المذكور في الفقرة (١) بعد بيع النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ المصنف أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى للمرة الأولى بتصريح المؤلف". وبالرجوع إلى المؤتمر الدبلوماسي الخاص بهذه المعاهدة، فإن الأطراف المتعاقدة لم تتوصل إلى اتفاق لوضع صيغة موحدة للاستثناء الخاص بالحق بالتوزيع يجمع بين المدرسة الأوروبية التي أخذت باستنفاد الحق (Exhaustion of rights) والمدرسة الأمريكية التي أخذت

(١) والتي تنص:

"أ- للمؤلف أن يتصرف بحقوق الاستغلال المالي لمصنفه ويشرط في هذا التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحةً وبالتفصيل كل حق يكون محلًّا للتصرف مع بيان مدة وغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه".  
أنظر كذلك:

André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloëtter, op. cit., n°295.

حيث يؤكد هذا الكتاب بأن نص المادة (L. 131-3) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والذي ينص كذلك على أن عقد استغلال حقوق المؤلف المالية يجب أن يحدد فيها المكان (quant au lieu) ويقصد بذلك الإقليم، يكفي لاعتبار أن المشرع الفرنسي يعترف بوجود حق الاستيراد دون حاجةٍ للنص صراحةً عليه.

(٢) انظر نص المادة ٤١(و) من قانون الجمارك وتعديلاته رقم ٢٠ لسنة، والتي تنص: "و. يستثنى من تطبيق احكام هذه المادة الكميات القليلة من البضائع ذات الصفة غير التجارية والبضائع الشخصية والهدايا الواردة بحوزة المسافرين أو في طرود صغيرة كما تستثنى البضائع العابرة (الترانزيت) والبضائع التي يكون طرحها في أسواق البلد المصدر قد تم من قبل صاحب الحق أو بموافقته".

(3) George Bonet, L'épuisement des droits de propriété intellectuelle, in L'avenir de la propriété intellectuelle, Librairies techniques, Litec 1993, p. 89

بمبدأ البيع الأول (First sale doctrine).<sup>(١)</sup> لذلك فإن المعايدة تركت الحرية للأطراف المتعاقدة بالاختيار بين الاستثناءين، وفيما إذا كان الاستثناء سينطبق دولياً أم سيكتفى بتطبيقه على المستوى الإقليمي فقط.<sup>(٢)</sup>

إن أهمية هذا الاستثناء عملياً أنه يوفّق ما بين الملكيتين الفكرية والعينية، بحيث لا تطغى إحداهما على الأخرى، فحق التوزيع يمارس من خلال نسخ مادية بنقل ملكيتها ببيعها أو أي تصرف آخر ناقل للملكية. وكون المشرع الأردني لم ينص على مثل هذا الاستثناء فهذا يعني أن كل دعامة مادية تحتوي على نسخة لمصنف لا يمكن نقل ملكيتها إلا بموافقة المؤلف حتى لو لم يكن هو مالك هذه الدعامتين. ولن يكون هذا مخصوصاً فقط بمالكي اللوحات الذين اشتروها من المؤلفين ولن يتمكنوا من بيع هذه المنقولات المادية مرة أخرى إلا بتراخيص صريح مكتوب من المؤلف بل سينصرف أثر ذلك إلى كل شخص يريد بيع جهاز الحاسب الآلي الخاص به طالما أنه يحتوي على برنامج حاسوب. كذلك الأمر فيما يخص الهاتف النقال، وحتى بيع السيارات سيسندي بالضرورة أخذ موافقة المؤلفين إن كانت من السيارات الحديثة التي في معظمها تعمل بواسطة برنامج حاسوب.

إن صياغة المادة ٩(د) من قانون حماية حق المؤلف جعلت من كل من يبيع هاتفه النقال أو سيارته الحديثة مرتكباً لجريمة التقليد ومعرضًا لللاحقة الجزائية. وهذا الجرم وفق قانون حماية حق المؤلف الأردني لا يحتاج إلى شكوى من صاحب الحق، تطبيقاً لمبدأ الحماية الذاتية لحقوق الملكية الفكرية الذي التزم به الأردن، وذلك وفق اتفاقية إقامة منطقة التجارة الحرة بين الأردن والولايات المتحدة الأمريكية.<sup>(٣)</sup> لا يمكن تفادي هذه النتيجة غير المنطقية إلا بتعديل نص المادة ٩ بإضافة استثناء الاستفاده على حق التوزيع.

(1) Valérie-Laure Benabou, Épuisement des droits, épuisements des droits: une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible?, in *Les nouvelles frontières du droit d'auteur*, Légicom 11° 25,2001/2, p. 115.

(2) Paul Goldstein, op. cit., p.255.

(3) قانون تصديق اتفاقية إقامة منطقة التجارة الحرة بين الأردن والولايات المتحدة الأمريكية رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠١، المنشور على الجريدة الرسمية العدد، ٤٤٩٦ على الصفحة ٢٧٠٤ تاريخ ٢٠٠١/٧/١٦، أنظر نص المادة ٤ فقرة ٢٦ من هذه الاتفاقية:

“Each Party shall provide, at least in cases of copyright piracy or trademark counterfeiting, that its authorities may initiate criminal actions and border measure actions ex officio, without the need for a formal complaint by a private party or right holder.”

### الخاتمة والتوصيات:

إن مبدأ استقلال الملكية الفكرية عن الملكية العينية للداعمة يقوم على وضع توازنٍ بين هاتين الملكيتين دون تغليب واحدةٍ على أخرى. فإذا كانت العلاقة بين الحق الأدبي للمؤلف والملكية العينية للداعمة المادية يحكمها التنازع متى تداخلت هاتين الملكيتين، إلا أن العلاقة بين الحق المالي للمؤلف والملكية العينية للداعمة المادية تختلف بعض الشيء. فمن جهة نجد أن الداعمة المادية هي وسيلة للمارسة بعض حقوق المؤلف المالية، ومن جهة أخرى نجد أن الحق المالي للمؤلف قد يكون عائقاً أمام مالك الداعمة المادية لمارسة حقه بملكية هذه الداعمة.

لذلك يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة على النحو التالي:

أولاً: فيما يخصُّ الحق الأدبي للمؤلف وعلاقته مع الملكية العينية للداعمة المادية، فإن هذه الدراسة قد بيّنت أنَّ القواعد الفقهية المنصوص عليها في القانون المدني يمكن أن تكون وسيلة قانونية فاعلة لحل التنازع الذي من الممكن أن ينشأ بين الحق الأدبي للمؤلف وحق الملكية العينية للداعمة المادية.

ثانياً: لم يعالج المشرع الأردني حالة المصنفات التي لم تنشر في حياة مؤلفيها، والتي آلت بعد ذلك إلى الملكية العامة بعد مضي خمسين عاماً من وفاة مؤلفيها. ولتفادي وقوع مثل هذه المصنفات طي النسيان، فإن تدخل المشرع الأردني ضروري لإعطاء حافز لمالك المخطوط الذي يحتوي المصنف غير المنشور وذلك بتكريس حق له إذا ما قام بنشره للجمهور. على أن يمنح هذا الحق للأسبق بالنشر وليس لمالك المخطوط الأصلي.

### التوصيات:

التوصيات التي تخرج بها هذه الدراسة هي ضرورة إعادة صياغة نصوص المواد ٨(ج) و٩(د) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لتحقيق التوازن المطلوب بين الملكية الفكرية للمصنف والملكية العينية للداعمة المادية لتصبح نصوص هذه المواد كذلك بإضافة فقرة جديدة إلى نص المادة ٣٠ من ذات القانون لمعالجة مسألة المصنفات غير المنشورة التي آلت إلى الملكية العامة على النحو الآتي:

أولاً: المادة ٨(ج): الحق في إجراء أي تعديل على مصنفه سواء بالتغيير أو الحذف أو الإضافة، على أنه يحق لمالك المبني إجراء أي تعديل على المصنف المعماري بعد إنجازه دون أن يكون للمؤلف المعماري الحق بالاعتراض على ذلك.

ثانياً: المادة ٩(ج): لمؤلفي المصنفات السمعية البصرية وبرامج الحاسوب الحق بتأجير النسخة المشروعة من المصنف أو نسخ منها، شريطة أن لا يلحق ذلك التأجير ضرراً مادياً بصاحب الحق أو يحول دون حقه الاستثاري في الاستنساخ، ويستثنى من تطبيق أحكام هذه المادة ببرامج الحاسوب التي تكون جزءاً من آلة أو منتج، بحيث لا يمكن نسخ هذه البرامج في حال التشغيل العادي للآلة أو المنتج.

ثالثاً: المادة ٩(د): توزيع المصنف أو نسخه عن طريق البيع أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، ويستند هذا الحق على النسخة المشروعة للمصنف بعد أول بيع لها في المملكة إذا تم هذا البيع بموافقة صاحب الحق داخل المملكة.

رابعاً: إضافة الفقرتين (ب) و(ج) إلى المادة ٣٠ وإعادة ترقيمها على النحو الآتي<sup>(١)</sup>: "ب- أما إذا تم نشر هذه المصنفات بعد انتهاء مدة الحماية، فإن هذا الحق يكون لمالك النسخة من هذه المصنفات سواء كان مالكاً للنسخة بالميراث أو لأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية متى قام مالك النسخة بنشر المصنف. ج- تكون مدة الحماية للمصنفات الوارد ذكرها في الفقرة (ب) من هذه المادة خمساً وعشرين سنة تبدأ من تاريخ نشرها وتحسب من اليوم الأول من شهر كانون الثاني من السنة التي تم فيها النشر الفعلي للمصنف"

على المشرع بميزانه أن يقرر جرارات الحقوق المنوحة للمؤلفين وأن لا يكتفي بمجرد إقرار الحماية لهم دون النظر إلى اعتبارات أخرى. لذلك يقع واجباً عليه أن يقرر كيف تحمى حقوق المؤلفين وإلى أي مدى تحمى هذه الحقوق، وأن يأخذ المشرع دائماً بعين الاعتبار المصالح المختلفة المرتبطة بهذا الفرع من فروع القانون سواء كانت المصلحة عامة أو خاصة مشروعة كما هو الحال بالمصالح المشروعة لمالكي الدعامات المادية.

(١) النص الحالي للمادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة:-

تُسري مدة الحماية على الحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها في هذا القانون طيلة حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة بعد وفاته، أو بعد وفاة آخر من بقي حياً من اشتركوا في تأليف المصنف إذا كانوا أكثر من مؤلف واحد ولغايات حساب مدة الحماية يعتبر تاريخ الوفاة واقعاً في أول كانون الثاني من السنة الميلادية التي تلي تاريخ الوفاة الفعلي للمؤلف.

## المراجع

### أولاً: الكتب

#### أ. باللغة العربية:

إدوار عيد، حق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون اللبناني والقوانين العربية والأجنبية، ج ١، حق المؤلف، دار صادر، ط ٢٠٠١.

عبدالحميد الشناوي، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢.

عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٤.

عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج (٨)، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٦٧.

عبدالرشيد مأمون و محمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الكتاب الأول: حقوق المؤلف، دار النهضة العربية ٢٠٠٨.

عبدالمنعم فرج الصدفه، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.  
علي الخيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٠.

#### ب. بلغات أجنبية:

Bently (Lionel), Brad Sherman, Intellectual Property Law, Oxford University Press 2003.

Bergé (Jean-Sylvestre), Entre autres droits, la propriété intellectuelle, Propri. Intell., juillet 2002, p. 10.

Colombet (Claude), Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9<sup>ème</sup> éd. Dalloz 1999,

Desbois (Henri), Le droit d'auteur en France, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 1978.

Dock (Marie-Claude), Contribution historique à l'étude des droits d'auteur, LGDJ Paris, 1962.

Gautier (Pierre-Yves), Propriété littéraire et artistique, 10<sup>e</sup> éd., PUF 2017.

Goldstein (Paul), International Copyright: Principles, Law, and Practice, Oxford 2001.

Huet (Michel), Le droit français des contrefaçons en architecture, urbain et paysage (cloisons et métamorphoses), RIDA 231, janv. 2012, p. 3.

Lucas (André), Lucas (Henri-Jacques) et Lucas-Schloëtter (Agnès), Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Litec 2012.

Lundstedt (Lydia), Territoriality in Intellectual Property Law, Stockholm University, 2016.

Pollaud-Dulian (Frédéric), Le droit d'auteur, 2ème éd , Economica 2014.

Terré (François) et Simler (Philippe), Droit civil, Les biens, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7e éd., 2006.

Vollard (Ambroise), Mémoires d'un marchand de tableaux, Albin Michel (Paris) 1937.

Walravens (Nadia), La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste, RIDA 197 juill. 2003, p. 3.

#### ثانياً: المقالات والأبحاث العلمية

##### أ. باللغة العربية:

محمد أمين الناصر وسهيل حدادين، الملكية العامة في قانون حماية حق المؤلف الأردني: رؤية جديدة لمفهوم قديم، دراسات - علوم الشريعة والقانون، ٢٠١٤، المجلد ٤١، عدد ٢، ص. ١٣٧٣.

##### ب. بلغات أجنبية:

Azzi (T.), La circulation des oeuvres : le droit de suite, in L'Art en mouvement, Regards de droit privé, éd. Mare & Martin 2013, p. 169.

Benabou (Valérie-Laure):

Épuisement des droits, épuisements des droits: une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible?, in Les nouvelles frontières du droit d'auteur, Légicom 11° 25,2001/2, p. 115.

L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France, in Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontre Franco-Allemandes, Litec, 2007, p.165.

Binctin (Nicolas), Le régime matrimonial de l'auteur, RIDA, avril 2012, p. 45.

**Bonet (George)**, L'épuisement des droits de propriété intellectuelle, in L'avenir de la propriété intellectuelle, Librairies techniques, Litec 1993, p. 89.

**Cornu (Marie)**:

Droits de l'architecte et aménagement de l'espace public, AJDA 2004, p. 2114.

L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres, RTD civ., 2000, p. 697.

**Cottier (Cécile)**, Le juge administratif et les litiges sur les "œuvres de l'esprit", RIDA 227 janv. 2011, p. 2.

**Dessemontet (François)**, Le droit d'auteur des architectes, In: Journées du droit de la construction. – Fribourg 1995– GRUR International: gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 45(1996), vol. 2, p. 23.

**Desurment (Thierry)**, Qualification juridique de la transmission numérique, RIDA n° 170, oct. 1995, p. 55.

**Duchmin (W.)** La directive communautaire sur le droit de suite, RIDA janv. 2002, p. 3.

**Edelman (Bernard)**, La rue et le droit d'auteur, D. chron. 1992, p. 91.

**Gallego (Albert)**, Espagne: le droit moral de l'architecte éprouvé par le service public, RIDA 217 juill. 2008, p. 3.

**Gerstenblith (Patty)**, Architects as Artists: Artists' Rights and Historic Preservation, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 1994, p.431.

**Kamina (Pascal)**, De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles, Revue de la Recherche Juridique 1998, 3, p. 881-898.

**Manaila (Ch.)**, Téléchargement payant de musique : le droit de la consommation s'applique strictement!, D. 2007, p. 219

**Pollaud-Dulian (Frédéric)**:

Architecte et droit d'auteur, Rev. Droit immob. 12 (4), oct.-déc. 1990, 431.

Conditions de protection des œuvre d'architecture, RTD com. 2004, p. 271, observation sous Cass. 1re civ., 17 juin 2003.

**Vergely (Daniel)**, Concours d'architecture : originalité de l'œuvre et liberté contractuelle, de la défense des grands principes de la commande publique dans la phase précontractuelle, AJDA 2007, p. 726.

Weiss (Marie-Andrée) et Noual (Pierre), Droit de suite californien: Vie et mort d'une expérience américaine, RLDI Août-Séptembre 2018, N° 151, p. 14.

ثالثاً: الرسائل

Désurmont (Thierry), L'incidence du droit d'auteur sur la propriété corporelle des œuvres d'art en droit interne français (thèse), Paris, 1974.

رابعاً: قرارات المحاكم

أ. المحاكم الأردنية (مرتبة بحسب تاريخها)

- تمييز حقوق ٢٦٤٨/٢٠٠٣، منشورات قسطاس.

- تمييز حقوق رقم ٢٣٥٥/٢٠١٨، منشورات قسطاس.

ب. المحاكم الفرنسية (مرتبة بحسب تاريخها)

CA Paris, 19 avril 1961, JCP 1961 II 12183, note R. Savatier.

RTD com. 1962, p. 266, obs. H. Desbois.

Cass. civ. I, 6 juillet 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, p. 126.

RIDA, septembre 1965, p. 221, JCP éd. G, 1965, II, 14339, concl. Lindon.

RTD com., 1965, p. 847, obs. H. Desbois.

TGI Paris, 1<sup>re</sup> ch., 3 juill. 1968, JCP 1968, II, 15569, concl. Fabre.

RTD com. 1968, p. 1041, obs. H. Desbois.

CA Paris 1<sup>re</sup> ch., 7 janv. 1970, D. 1970, p. 548, note Plaisant.

RTD com. 1970, p. 703, obs. H. Desbois.

obs. O. Pignatari; Comm. com. électr. 2007, comm. 64, note É. A. Caprioli.

Cass. 9 févr. 1972, D. 1972, p. 289, concl. Lindon.

RTD com. 1973, p. 258, obs. H. Desbois.

CA Paris, 10 juillet 1975, RIDA, janvier 1977, p. 114, obs. A. Françon.

Trib. ad. Grenoble, 18 février 1976, RIDA janvier 1977, p. 117, obs. A. Françon.

Cass. civ. I, 3 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 341, p. 223 RIDA, juillet 1992, p. 161, D. 1992 IR, p. 27.

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1992, Bull. Civ. I, n° 7, D. 1993 somm. comm., p. 88.

B. Edelman, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 janvier 1992, D. 1993, p. 522.

---

Cass. civ. I, 9 novembre 1993, Bull. civ. I, n° 319, p. 221.

D. 1994, p. 155, obs. A. Françon.

JCP éd. G, 1994, II, 22190, obs. B. Edelman.

CA Paris, 10 avril 1995, RIDA, octobre 1995, p. 316.

D. Bécourt, note sous CA Versailles 1<sup>re</sup> ch. 4 avr. 1996, JCP éd. G 1996, 22740-22741, p. 475.

Versailles, 28 janvier 1999, RIDA, avril 2000, p. 332.

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 6 juin 2000, Propr. Intell. 2001, n 1, p 61, obs. A. Lucas.

CE, 11 septembre 2006, req. n° 265174, D. 2007, jur. p. 129, note J. Charret.

Propr. Intell. oct. 2006, p. 450, obs. A. Lucas.

RTD com. 2007, p. 100, obs. F. Pollaud-dulian.

TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 15 déc. 2006, UFC-Que Choisir c. Sony, Pl, 11<sup>°</sup> 23, avr. 2007, p. 222.

obs. J.-M. Bruguière; RLD/11<sup>°</sup> 24, févr. 2007, p. 30.

**Geopolitical Rational of Jordan's Partnership with NATO: A Jordanian Perspective**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani**

Thaybat, Khair Salem, Jordanian-Atlantic Relations: 1995-2014, Journal of Social Sciences, 2016, Vol.44, Issue 3-University of Kuwait.

Uriel Dann, (1994) “The Hashemite Monarchy 1948-88: The Constant and the Changing-An Integration,” in Nevo and Pappe, eds., Jordan In The Middle East: The Making of a Pivotal State 1948-1988(London: Routledge Publications)

World Bank, Jordan Economic Outlook-April 2018.  
[documents.worldbank.org](http://documents.worldbank.org)

Ryan, Curtis, What Jordan Means for NATO (and vice versa), Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale.  
<https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/what-jordan-means-nato-and-vice-versa-20934>.

Saadet, Deger, “World Military Expenditure,” World Armaments and Disarmament, SIPRI Yearbook 1991 (Stockholm: Stockholm International Peace Research Institute, 1991.

Sahar, Haluk, Anatolian Eagle Air Warfare Training: A Valuable Turkish Contribution to NATO, the United States, and the World, The Washington Institute, Policywatch1019,26 July, 2005.  
<https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/anatolian-eagle-air-warfare-training-a-valuable-turkish-contribution-to-nat>.

Scheffer, Jaap de Hoop, NATO Secretary General’s Interview to Jordanian Newspaper Al Rai (2004). [https://www.nato.int/medial/articles/english/2005/0502\\_en\\_jordan\\_alrai.pdf](https://www.nato.int/medial/articles/english/2005/0502_en_jordan_alrai.pdf)

Schwarz, Rolf (2012), War And State Building in The Middle East (Miami: University of Florida Press).

Schwarz, Rolf, (2013) NATO and the Middle East After the Arab Spring ,2/2013 Transatlanticke Listy, Centre for Security Studies.  
<http://www.cenaa.org/data/cms/tal-2-2013-uprava-final1.pdf>

SIPRI Year Book (2019), Military expenditure by country, in constant (2017) US\$m.,1988-2018. <https://www.sipri.org/databases/milex>

Smith, Martin A and Davis, Ian, NATO’s Mediterranean Dialogue in the wake of the Arab Spring::partnership for peace succor for despots?, NATO Watch, Briefing Paper No.19.

<https://www.yumpu.com/en/document/view/37056883/briefing-paper-no19-natos-mediterranean-dialogue-nato-watc>

SpaceWatch.Globa(2017), NATO Supports Jordan’s National Cyber Defence Strategy,19/July,2017.  
<https://spacewatch.global/2017/07/nato-supports-jordans-national-cyber-defence-strategy/>.

Tayle, El-Hasan(2015),Transboundary Water Governance and Climate Change in the Hashemite Kingdom of Jordan Science for Peace and Security Programme.  
[https://www.academia.edu/22418925/Jordan\\_NATO\\_Final\\_Report\\_Nov2015](https://www.academia.edu/22418925/Jordan_NATO_Final_Report_Nov2015)

Jordan: Back Ground and U.S. Relations, April 9,2019, Congressional Research Services Report.  
<https://fas.org/sgp/crs/mideast/RL33546.pdf>.

Kaim, Markus (2017), Reforming NATO's Partnership, SWP Research Paper, German Institute for International and Security Affairs, January 2017, Berline-Germany. [https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research\\_papers/2017RP01\\_kim.pdf](https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2017RP01_kim.pdf)

Laurie A. Brand(1994), Jordan's Inter-Arab Relations: The Political Economy of Alliance Making (New York: Columbia University Press, 1994).

Levy, Jack S.(2003) Theories of Interstate and Intrastate War: A Levels-of-Analysis Approach, in Crocker, Chester A.,Hampson, Fen Osler and Aall,Pamella, eds, Turbulent Peace: The Challenges of Managing International Conflict(Washington D.C: United States Institute of Peace Press).

Lukacs, Yehuda (1999), Jordan, Israel and the Peace Process(Syracuse: Syracuse University Press).

Neil Patrick, Saudi Arabia and Jordan: Friends in Adversity, Kuwait Programme on Development, Governance and Globalisation in the Gulf States, The London School of Economics and Political Science- July 2013, Number 31.  
[http://eprints.lse.ac.uk/55661/1/\\_lse.ac.uk\\_storage\\_LIBRARY\\_Secondary\\_libfile\\_shared\\_repository\\_Content\\_LSE%20Kuwait%20Programme\\_PARTRICK%20%28Jan%202015%20update%29.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/55661/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shared_repository_Content_LSE%20Kuwait%20Programme_PARTRICK%20%28Jan%202015%20update%29.pdf).

Ponizilova, Martina,(2013), The Regional Policy and Power Capabilities of Jordan As A Small State , Central European Journal of International and Security Studies, 2013.

Rayan R,Curtis,(2010) , Jordan, In Angrist, Michele Penner, ed, Politics and Society in the Contemporary Middle East(London: Lynne Rienner Publishers).

Razoux, Pierre, The NATO Mediterranean Dialogue at a crossroads, Research Paper, No 35-April 2008,  
[https://www.files.ethz.ch/isn/55304/rp\\_35\\_eng.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/55304/rp_35_eng.pdf)

## References

Adel Safty, "The Arab-Israeli Balance of Power After the Storm." *International Relations*, Vol. XII, No .3, December 1994.

Alcaro, Riccardo and Lucarelli, Sonia, eds, *Dynamic Change: Rethinking NATO's Capabilitues, Operations and Partnership*, (University Di Bologna: Instituto Affari Internazionali).

Aybet, Gulnur, (2012) The Four Stages of NATO's Partnership Framework: Rethinking Regional Partnerships with the Middle East and North Africa, in

Daalder, Ivo H and Stavridis, James G, *NATO's Victory in Libya: The Right Way to Run an Intervention*, Foreign Affairs, March/April 2012 Issue

F. Halliday, (2005), *The Middle East in International Relations: Power, Politics and Ideology*, UK, Cambridge University Press, pp. 21-22.

Factsheet, Jordan III, NATO PfP Trust Fund, November 2018. [https://www.nspa.nato.int/PDF/Log/ntfp/20181120%20Factsheet%20Jordan%20III\\_en.pdf](https://www.nspa.nato.int/PDF/Log/ntfp/20181120%20Factsheet%20Jordan%20III_en.pdf).

Fisher, W.B "Jordan: Physical and Social Geography", *The Middle East and North Africa*, 1996, Forth-Second Edition (London: Europe, 1995).

Gabriel Ben-Dor, (1994) "Jordan and Inter-Arab Relations: An Overview," in Nevo and Pappe, eds., *Jordan in the Middle East: The Making of a Pivotal State 1948-1988*(London: Routledge Publications) .

Human Development Indices and Indicators 2018 Statistical Update Human Development Index published by the UNDP in 2018. [http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018\\_human\\_development\\_statistical\\_update.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf).

Jordan and the EU:EU Relations with Jordan, European External Action Services (EEAS), 12 May, 2016.

[https://eeas.europa.eu/delegations/jordan\\_en/1357/Jordan%20and%20the%20EU](https://eeas.europa.eu/delegations/jordan_en/1357/Jordan%20and%20the%20EU)

Jordan Times Newspaper, Dec 09,2014, NATO holds Dialogue seminar in Jordan. <http://www.jordantimes.com/news/local/nato-holds-dialogue-seminar-jordan>.

partner. Furthermore, working with a credible and reliable regional partner like Jordan, has enabled NATO to advance its interests in the MEANA region and beyond. In addition to that, the abovementioned diverse cooperation has fulfilled much of both parties' motives that made them to forge a close partnership.

NATO members at the bilateral level, this a partnership with this alliance has helped in boosting these bilateral relations, provided Jordan with further political support and enhanced its regional and international status. Moreover, the MD initiative has provided Jordan with a platform where its decision makers as well as politicians have engaged and participated in high level meetings and exchange of mutual visits. Moreover, although the alliance is not an economic entity, its assistance and military aid has helped, to a certain extent Amman to meet its economic challenges.

In regards to NATO motives, this study has concluded that the atlantic alliance has recognized the fact that, Jordan enjoys an important strategic geographical position in the region which is of great importance to the alliance interests. Moreover, Jordan has developed a reputation of being a rational, moderate actor and a credible partner that believes firmly in peace. Furthermore, although Jordan is a small state with limited resources, over years it has established a highly professional security apparatus that have been playing an active role in helping many countries in the region to build effective security forces. This has resonated with NATO's goal to establish stable links with non-members that have substantial military capabilities and are willing to deploy them within the alliance operations. Moreover, NATO is keen to preserve and harness for the future deployments any experience already made in the area of what is known as interoperability <sup>(1)</sup> Therefore, Jordan has proved that it is a country with many comparative advantages in terms of security and military expertise that NATO can work with to promote military-to-military cooperation, peace keeping missions and operations, and intelligence sharing particularly when it comes to the stability of the MEANA region.

This study also concludes that the aforementioned discussion of the multi-dimensional cooperation between Jordan and NATO, suggest that both have been engaging in an extensive mutual cooperation over issues of common concerns. This mutual cooperation was intensified after 1999 and gradually expanded that reflected a strong desire from both parties to further enhance their collaborative activities in order to achieve their mutual geostrategic interests. Moreover, extensive training programs, joint military drills, peace keeping operations and mutual political coordination are considered to be of additional value to Jordan's security services and enabled the latter to enhance their combat and credibility as a reliable

---

(1) Kaim, Markus, 2017, p13.

## **5. Conclusion.**

This study has attempted to investigate and analyze different variables, dynamics and aspects of Jordan's partnership with NATO since 1995 particularly their geopolitical rational. To achieve this end, the study has adopted a three levels analyses approach to support the examination of primary and secondary literature on this subject matter in order to understand the different variables and dynamics of this partnership.

This study concludes that Amman's geopolitical rational as a small state including its vulnerability has impacted its decision to forge a fruitful partnership with NATO since 1995, and the latter acceptance of this relation can be attributed to the important role that Jordan has been playing in the international politics of the Middle East particularly in terms of security and peace.

The preceding analysis suggests that Jordan's geopolitics is a liability as much as an asset. Moreover, it also illustrates common efforts of a small state to play an active role in the regional and international politics despite limited resources. Furthermore, the analysis indicates also that despite its material capabilities deficiency, Amman has been trying to compensate these weaknesses through expanding its soft power elements like geographical proximity to many conflicts particularly the Arab-Israeli conflict, the moderate policies, the reputation and skills of its leadership and its diplomatic experience and the relative domestic coherence. In addition to that Jordan has been keen to join international and regional strictures as this would enable Amman to compensate its weaknesses and achieve some objectives particularly security interests. Therefore, the motives of Amman's partnership with NATO through the MD can be understood within the abovementioned analysis.

This study concludes also that apart from their mutual values, the geopolitical rational of their interests and Jordan's vulnerabilities and potentials have dictated such relationship. Institutional and cooperative relations with NATO would enhance Jordan's security, particularly the enhancement of its military forces as well security apparatus capabilities. Therefore, this partnership has been an enticing opportunity for the Jordanian Armed forces to consolidate and alleviate its training abilities up to NATO standards through joint training programs, gaining combat and warfare experience and transferring of military and war knowledge. Although Amman enjoys cordial and strategic relations with most of the

intervened in Libya to protect civilians. This intervention was in response to the UN Security Council resolution no 1973 which was issued in March 2011<sup>(1)</sup>. Although NATO was not officially part of the international collation that was established in 2014 after the emergence of ISIS (Daesh), Jordan has been actively participating in this alliance along with so many international and regional powers.

Another area where Jordan has been partnering with NATO is the conducting of joint military drills like Anatolian-Eagle which was started in 2004 and Eager Lion that was initiated in 2011<sup>(2)</sup>. All these military drills have involved many NATO member states as well as countries who have been in partnership with the transatlantic alliance.

The aforementioned discussion of the multi-dimensional cooperation between Jordan and NATO, suggest that both parties have been engaging in an extensive mutual cooperation over issues of common concerns. This mutual cooperation was intensified after 1999 and developed over time and reflected a strong desire from both parties to further enhance their collaborative activities in order to achieve their mutual geostrategic interests. Moreover, extensive training programs, joint military drills, peace keeping operations and mutual political coordination are considered to be of additional value to Jordan's security services and enabled the latter to enhance their combat and credibility as a reliable partner. Moreover, working with a credible and reliable regional partner like Jordan, has enabled NATO to advance its interests in the MEANA region and beyond. In addition to that, the abovementioned diverse cooperation has fulfilled much of both parties' motives that made them to forge a close partnership.

---

(1)Daalder, Ivo H and Stavridis, James G, NATO's Victory in Libya: The Right Way to Run an Intervention, *Foreign Affairs*, March/April 2012 Issue

(2)Sahar, Haluk, Anatolian Eagle Air Warfare Training: A Valuable Turkish Contribution to NATO, the United States, and the World, *The Washington Institute, Policywatch*1019,26 July, 2005. <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/anatolian-eagle-air-warfare-training-a-valuable-turkish-contribution-to-nat>.

wider carrier opportunities<sup>(1)</sup>. Furthermore, NATO and the Jordanian Armed Forces inaugurated the newly established Computer Emergency Response Team (CERT) in Amman on 19 July 2017<sup>(2)</sup>. The CERT was set up as part of a NATO Science for Peace and Security (SPS) project to enhance Jordanian cyber defense capabilities. However, Jordan's cooperation with NATO has not been restricted to military-political areas but it has extended to many civic projects like Transboundary Water Governance and Climate Change in the Hashemite Kingdom of Jordan which was approved in 2011 and lasted three and half years<sup>(3)</sup>.

Another area where Jordan and NATO have worked together actively is the peacekeeping operations in many crises and conflicts in different regions. In 1996 Jordan had participated along with NATO in the peace keeping mission in Bosnia and Herzegovina after the signing of Dayton agreement that put an end to the conflict there<sup>(4)</sup>. Moreover, in 1999 Amman also actively participated in NATO mission in KOSOVO as this force was established in accordance with the UN Security Council resolution no 1244 to stabilize and bring peace to this war torn region<sup>(5)</sup>. Furthermore, Jordan along with other countries participated in NATO mission in Afghanistan after the 11 of September atrocities were committed when US and its allies invaded Kabul in 2001 as part of war on terror campaign. The mission known as the International Security Assistance Force (ISAF) were established under the UN Security Council resolution no 1386. ISAF key task was to protect the Afghani capital and the surrounding areas from Talban and other terrorist groups attacks and to prepare the ground for the establishment of Afghani transitional administration<sup>(6)</sup>.

Another major operation that Jordan had participated along with NATO and other countries was in 2011 when the international community

---

(1) Factsheet, Jordan III, NATO PfP Trust Fund, November 2018. [https://www.nspa.nato.int/PDF/Log/ntfp/20181120%20Factsheet%20Jordan%20III\\_en.pdf](https://www.nspa.nato.int/PDF/Log/ntfp/20181120%20Factsheet%20Jordan%20III_en.pdf).

(2) SpaceWatch.Globa, 2017.

(3) Tayle ,El-Hasan(2015),Transboundary Water Governance and Climate Change in the Hashemite Kingdom of Jordan Science for Peace and Security Programme. [https://www.academia.edu/22418925/Jordan\\_NATO\\_Final\\_Report\\_Nov2015](https://www.academia.edu/22418925/Jordan_NATO_Final_Report_Nov2015)

(4) Smith and Davis, 2011.

(5) Ibid, 2011.

(6) Kaim, Markus, 2017,11.

particular like the one that was conducted in Amman in June 2012 and the other one that was also conducted in Amman in 2014<sup>(1)</sup>.

Military to Military cooperation, both parties have agreed over number principles that would govern their mutual cooperation. Chief among them were: to cooperate in crises management and lay down plans to deal with emergencies, borders security, counter terrorism and to cooperate in the prevention of weapons of mass destruction. Moreover, Jordan and NATO have agreed to conduct consultations related to defense sector reforms, inviting Jordan in to participate in some of NATO military drills, to conduct training courses in Jordan and to allow NATO official to visit Jordanian Armed forces formations<sup>(2)</sup> . Since 1990s Jordan has participated actively along with NATO in many peace keeping operations in different parts of the world such as in Bosnia, Kosovo, Afghanistan and Libya to the point where Jordan has developed the reputation of being one of NATO's most active Mediterranean Dialogue partner). Since 1995, Jordan has participated actively in all MD Interoperability and Capacity Building Programs. These programs and initiatives were: Operational capabilities, concept evaluation and feedback, planning and review process, partnership interoperability initiative, defense and related security capacity building and trust funds:

NATO and Jordan have also concluded many cooperative projects like the second Trust Fund, which was concluded in 2013, contributed to the security and safety of the civilian population, educated local communities in the provinces of Ajloun, Jerash and Zarqa which had been affected by mines and explosive remnants of war. Through publications and educational material, the Alliance reached some 100,000 individuals<sup>(3)</sup>. Moreover, NATO transmitted technical expertise to the Jordan Armed Forces and politically assisted Jordan in its obligations under the Anti-Personnel Mine Ban Convention, and the celebration of the “Jordan Free of Mines” Event in April 2012 is an illustration to this cooperation. Moreover, the III Trust Fund was a capacity building project to develop service women in Jordanian Armed Forces. The project was initiated in 2014 to support JAF through 3 initiatives over 3 years in order to attain a 3% female officers representation and provide women with

---

(1) Jordan Times Newspaper, Dec 09,2014, NATO holds Dialogue seminar in Jordan.  
<http://www.jordantimes.com/news/local/nato-holds-dialogue-seminar-jordan>.

(2) Schwarz, Rolf, 2013.

(3) Ibid, 2013.

Amman has been contributing to world peace and security as it is considered to be one of the largest contributors to the UN peacekeeping operations since the 1990s. Moreover, Although Jordan is a small state with limited resources, over years it has established a highly professional security apparatus that have been playing an active role in helping many countries in the region to build effective security forces. Since 1960s of the last century, the Jordanian armed forces, intelligence services and police services have been cooperating with their counter parts in the region mainly with the armies of the Gulf countries. Jordanian military and intelligence expertise have had contributed in the establishment of many these armies. NATO's goal is to establish stable links with non-members that have substantial military capabilities and are willing to deploy them within the alliance operations. Moreover, NATO is keen to preserve and harness for the future deployments any experience already made in the area of what is known as interoperability<sup>(1)</sup>. Therefore, Jordan is a country with many comparative advantages in terms of security and military expertise that NATO can work with to promote military-to-military cooperation, peace keeping missions and operations, and intelligence sharing particularly when it comes to the stability of the MEANA region.

#### **4. Scopes of Mutual Cooperation.**

Since 1995 Jordan and NATO have forged a close and fruitful cooperation at the political, military and civil level. At the political level Jordan have developed and maintained cordial relations with members of the alliance particularly with U.S. and UK. The MD has provided Amman with an additional global platform where Jordanians can deliberate and exchange views with NATO official over regional and global issues related to their common interests. Jordanian official and their NATO counter parts have exchanged visits and participated in all the political meetings and conferences particularly activities related to the MD. Moreover, Jordanian officials specially King Abdullah II has attended and participated actively in most of NATO summits like Istanbul in 2004, Lisbon 2010, Chicago in 2012, Wales in 2014 and other subsequent meetings. Furthermore, both parties have jointly conducted a number of workshops and political conferences related to public diplomacy in

---

(1) Kaim, Markus, 2017,13.

compensated these weaknesses through expanding its soft power elements like geographical proximity to many conflicts particularly the larger Arab-Israeli conflict, the moderate policies, the reputation and skills of its leadership and its diplomatic experience that have been accumulated throughout the years and the relative domestic coherence. In addition to that Jordan has been keen to join international and regional strictures as this would enable Amman to compensate its weaknesses and achieve some objectives particularly security interests. Therefore, the motives of Amman's partnership with NATO through the MD can be understood within the abovementioned analysis.

Apart from their mutual values, the geopolitical rational of their interests and Jordan's vulnerabilities and potentials have dictated such relationship. Therefore, institutional and cooperative relations with NATO would enhance Jordan's security, particularly the enhancement of its military forces as well security apparatus capabilities. NATO is the largest global military alliance (28 member states) with massive military, scientific, financial and training capabilities. Therefore, this partnership would be an enticing opportunity for the Jordanian Armed forces to consolidate and alleviate its training abilities up to NATO standards through joint training programs, gaining combat and warfare experience and transferring of military and war knowledge. Although Amman enjoys cordial and strategic relations with most of the NATO members at the bilateral level, a partnership with this alliance would help in boosting these bilateral relations, provide Jordan with further political support and enhance its regional and international status. Moreover, the MD initiative has provided Jordan with a platform where its decision makers as well as politicians can engage and participate in high level meetings and exchange of mutual visits. In addition to that, Jordan probably believed that the dialogue formulates a good opportunity to reinforce security and stability in the Middle East and North Africa region. Moreover, although the alliance is not an economic entity, its assistance and military aid would help, to a certain extent Amman to meet its economic challenges.

In regards to NATO motives, the atlantic alliance has recognized the fact that, Jordan enjoys an important strategic geographical position in the region which is of great importance to the alliance interests<sup>(1)</sup>. Furthermore, Jordan developed a reputation of being a rational, moderate actor and a credible partner that believes firmly in peace.

---

(1) Scheffer, Jaap de Hoop, 2004.

peace with Israel since 1994. Jordan is also a long term ally to the U.S. in fighting global terrorism, joint military training, intelligence sharing, and diplomatic cooperation. Moreover, since 1946 Washington has provided Jordan with a \$20,432,800 as an economic and military aid<sup>(1)</sup>.

Jordan also has maintained good relations with most of the Muslim and Third World countries, as Amman has been an active member of the UN, Organization of the Islamic Conference and many regional and international agencies. In addition to that, Amman has forged a close and strategic partnership with many European countries and the European Union. Amman is a key partner for EU at the bilateral, regional and international level since the EU considers Jordan as a key player in promoting, peace, stability, moderation and inter-faith tolerance in the Middle East<sup>(2)</sup>. Moreover, both parties have a strong partnership in many areas and have been linked through an association agreement since 2002 and “Advanced Status” in 2010. Furthermore, EU is one of the largest financial aid provider to Jordan as it is estimated that EU financial allocation to Amman for period 2014-2020 would be between 587 and 693 million Euros<sup>(3)</sup>.

Amman also has developed cordial relations with other regional and global powers including Turkey, Canada, Russia, China, Japan, Pakistan and India in addition to many countries in Africa and Latin America. This U.S., EU and Gulf support, in particular, has helped Jordan deal with serious vulnerabilities, both internal and external. Therefore and despite its limited resources and vulnerability, Jordan is known to have achieved regional and international status that exceeded its resources which boosted its role.

The preceding analysis suggests that Jordan's geopolitics is a liability as much as an asset. Moreover, it also illustrates common efforts of a small state to play an active role in the regional and international politics despite its power limitations. Furthermore, the analysis indicates also that despite its material capabilities deficiency, Amman has been trying to

---

(1) Jordan: Back Ground and U.S. Relations, April 9,2019, Congressional Research Services Report. <https://fas.org/sgp/crs/mideast/RL33546.pdf>.

(2) Jordan and the EU:EU Relations with Jordan, European External Action Services (EEAS), 12 May,2016.

[https://eeas.europa.eu/delegations/jordan\\_en/1357/Jordan%20and%20the%20EU](https://eeas.europa.eu/delegations/jordan_en/1357/Jordan%20and%20the%20EU)

(3) Ibid, 2016 .

neighbours based on appeasement and accommodation and on occasion it had to depend on a regional ally.

Within the Middle East regional system, Jordan enjoys considerable status that exceeds its size as his position was gained mainly due to its geographical proximity to the Arab-Israeli conflict, the role it played in this and Amman's moderate policies<sup>(1)</sup>. Moreover, the Arab countries have also considered Jordan as a major actor within their system and that Inter-Arab rivalry enhanced Jordan's position in which it adhered to the conservative camp against the radical states, mainly during the 1950s, 1960s and early 1970s<sup>(2)</sup>. However, since mid-90's of the last century Jordan's regional position has been consolidated and enhanced due to its active role in the larger Arab-Peace process that was initiated early 1990'. Jordan had concluded a peace treaty with Israel in October 1994. Actually, Amman's engagement in this process had ended its isolation and led to the restoration of its cordial relations with most of the Arab countries particularly with Egypt, Gulf countries including Saudi Arabia. The latter has been a key aid provider to Jordan that provides Amman with economic aid and political support along with other Gulf countries<sup>(3)</sup> .

Since its inception as a political entity in 1921, Jordan has been traditionally perceived as a pro-western country<sup>(4)</sup>. It established stable relations with Britain, mainly in terms of military and economic aid. However, since the 1950s, Jordan developed cordial relations with the U.S. who replaced Britain as its main economic and military international backer<sup>(5)</sup> . Amman is considered to be a key U.S. ally in the region as both both countries have cooperated on a number of regional and international issues motivated by their common and mutual interests. American interest in Jordan has been due to the latter's strategic importance and the role Amman has been playing in the Arab-Israeli peace process mainly its

---

(1) Gabriel Ben-Dor, (1994) "Jordan and Inter-Arab Relations: An Overview," in Nevo and Pae, eds., *Jordan in the Middle East: The Making of a Pivotal State 1948-1988*(London: Routledge Publications ,189-200.

(2) Lukacs, Yehuda (1999), *Jordan, Israel and the Peace Process* (Syracuse: Syracuse University Press, p12.

(3) Neil Patrick, *Saudi Arabia and Jordan: Friends in Adversity*, Kuwait Programme on Development, Governance and Globalisation in the Gulf States, The London School of Economics and Political Science- July 2013, Number 31./eprints.lse.ac.uk/55661/1/\_lse.ac.uk\_storage\_LIBRARY\_Secondary\_libfile\_shared\_repository.

(4) Rayan, R, Curtis, 2010, 318-319.

(5) Ibid, 2010,318-319.

registered a growth of 2 percent in 2018, marginally lower than growth in 2017 and constrained by structural impediments and rough regional context<sup>(1)</sup>.

In the early 1990s Jordan's population was 4,212,200 and currently it is estimated by 9.9 million where the majority of them are under the age 30 years<sup>(2)</sup>. This suggests that Jordanian society is a youthful one which many perceive this as a strong element in Amman's national power. Moreover, despite its strained economy, Jordan has one of the most effective and advanced educational system in the region. Furthermore, Jordanians are well educated and highly trained as education is considered to be a core value in their culture. In addition to that, Jordan has one of the highest literacy rates in the world (about 98.01%) and it is ranked 80 out of 188 in the Human Development Index published by the UNDP in 2018<sup>(3)</sup>.

On the military side, although Jordan's army is a relatively small one, it is known to be as one of the most professional armies in the region<sup>(4)</sup>. Moreover, the Jordanian armed forces are estimated at 101,300<sup>(5)</sup>. However, Jordan's lack of economic resources denied Amman the financial ability to arm itself with modern weapons systems. In 1990 Jordan's military expenditure was estimated at 280 million Jordanian Dinar (U.S. \$522 million) which formed 11.0 % of her gross domestic product (GDP)<sup>(6)</sup>. However, between 1995 to 2017 Jordan's military expenditures had fluctuated between 4.5% and 6.6% of its GDP and in 2018 it was 4.7% of its GDP which amount to 1958 US\$ million<sup>(7)</sup>. Jordan's foreign policy is therefore overshadowed by the above-mentioned military inferiority. Amman had to follow a moderate line towards her

---

(1) Ibid, 2018.

(2) Ibid, 2018.

(3) Human Development Indices and Indicators (2018), Statistical Update Human Development Index published by the UNDP in 2018./hdr.undp.org/sites/default/.

(4) Schwarz, Rolf, 2012, 60-61.

(5) SIPRI Year Book (2019), Military expenditure by country, in constant (2017) US\$m.,1988-2018. <https://www.sipri.org/databases/milex>

(6) Saadet, Deger, "World Military Expenditure," *World Armaments and Disarmament, SIPRI Yearbook 1991* (Stockholm: Stockholm International Peace Research Institute, 1991).

(7) SIPRI Year Book, 2019.

consider Jordan geographical location as an element of strength that provided Jordan with a strategic and comparative advantage<sup>(1)</sup> .

The lack of economic resources has been one of the elements that has greatly affected Jordan's foreign policy making and implementation<sup>(2)</sup> . Unlike some of its neighbouring countries, Jordan is a small country with limited natural resources. In terms of mineral resources; it is a relatively poor country except in phosphates and potash. As for agriculture, Jordan is a semi-desert country which depends mainly on rainfall as the source of irrigation. This situation has caused fluctuations in its economy, which became highly vulnerable to developments in the external environment. Therefore, Amman has relied heavily on external financial aid for its survival.

The generosity of the aid providers mainly the Gulf countries, USA and the European Union, was due to Jordan's strategic location which gave her high value in their eyes.<sup>22</sup> As a result of this strategic importance, Amman managed over the years, to extract various kinds of aid from these concerned countries. However, Jordan's traditional reliance on foreign aid to meet her economic needs made Amman highly susceptible to external pressure and has limited its objectives. It has had to follow certain policies towards its conventional economic backers to ensure the continuous flow of such aid. In early 1990s of the last century, the World Bank estimated Jordan's gross domestic product per capita at U.S. \$4,220<sup>(3)</sup>. Jordan's economy was in its worst-ever condition, heavily burdened with an estimated \$6 billion of foreign debt. It had lost her traditional Arab and western financial backers such as Gulf States, Saudi Arabia and United States. This was because of Jordan position towards Iraqi invasion of Kuwait in 1991 which was perceived as a pro-Iraqi. Therefore, Jordan's economic weakness played a vital role in influencing its foreign policy and decision making process. However, speaking of current state of Amman's economy, the World Bank has estimated its GDP with 42.4 US\$ billion and GDP per capita is 4278<sup>(4)</sup>. Moreover, Jordan's real GDP has

---

(1) Ryan, Curtis, What Jordan Means for NATO (and vice versa), Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale. <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/what-jordan-means-nato-and-vice-versa-20934>.

(2) Schwarz, Rolf (2012), War and State Building in The Middle East (Miami: University of Florida Press, 67-72

(3) Fisher, W.B, 1996, 589-590.

(4)World Bank, Jordan Economic Outlook-April 2018.

<http://documents.worldbank.org/curated/en/559531523636706267/pdf/125254-MEM-April2018-Jordan-EN.pdf>

### **3. Understanding Motives behind Jordan's Partnership with NATO.**

It is important to investigate Amman's vulnerabilities and its potentials as this analysis would help to develop a comprehension of what made a small state like Jordan to forge a partnership with a global alliance like NATO.

Jordan is a constitutional monarchy with a parliamentary system. The constitution, which was adopted in 1951, provides a central role for the King in the activities of the state<sup>(1)</sup>: Moreover; he is the head of the executive, legislative and the judiciary branches as well as the supreme commander of the security forces including the armed forces. Furthermore, he is not accountable in that he enjoyed supremacy over the law. The decision-making process has been dominated by the King often in conjunction with a number of key advisers. On issues related to foreign policy, the King, the Prime Minister, Chief of the Royal Court as well as leaders of the security forces are the decision making circle<sup>(2)</sup> In addition to that, the King has certain advisers and confidants within and outside government whose closeness to him give them the opportunity to participate and influence the decision-making process.

Simultaneously, the constitution guaranteed a considerable degree of democratic participation for the public. This is in the form of the parliament whose members are directly elected by the people and reflected largely religious, tribal, or regional interests<sup>(3)</sup> .

Jordan is situated at the heart of the Middle East with a land mass of 89,342 km<sup>2</sup> and surrounded by larger, more populous and economically stronger states involved in mutual political and ideological conflicts<sup>(4)</sup> . This rough context placed Amman into a position of buffer state between rivals that always generated serious challenges to its national interests particularly its existence. However, despite these challenges, many

---

(1) Uriel Dann, (1994) "The Hashemite Monarchy 1948-88: The Constant and the Changing-An Integration," in Nevo and Pae, eds., *Jordan In the Middle East: The Making of a Pivotal State 1948-1988*, London: Routledge Publications, 15-18

(2) Laurie A. Brand (1994), *Jordan's Inter-Arab Relations: The Political Economy of Alliance Making* (New York: Columbia University Press, 1994)., p. 65.

(3) Rayan R, Curtis, (2010), *Jordan*, In Angrist, Michele Penner, ed, *Politics and Society in the Contemporary Middle East* (London: Lynne Rienner Publishers)., p110)

(4) Fisher, W.B "Jordan: Physical and Social Geography", *The Middle East and North Africa*, 1996, Forth-Second Edition, London: Europe, 1995.

destruction. The region also a home to many old conflicts; Arab-Israeli conflict particularly Israeli-Palestinian conflict, conflict over Cyprus and Western Sahara problems.

Therefore, since the 1990s of the last century, NATO has developed over many years close political relationships and security cooperation with countries in the Mediterranean and the Middle East. The Alliance has developed two distinct partnership frameworks to establish friendly and mutually beneficial relations with countries from the region.

The Mediterranean Dialogue initiative that was launched in 1994 which is the basis of NATO's relations with its Mediterranean partners that include Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Mauritania, Morocco, and Tunisia<sup>(1)</sup>. These talks are normally done on a bilateral basis ("NATO+1") and on occasion this forum meets as "NATO+7. However, the Istanbul Cooperation Initiative was launched in 2004, which is currently forms the basis of NATO relations with the Gulf States<sup>(2)</sup>

All six countries of the Gulf Cooperation Council were invited to join; only Bahrain, Kuwait, Qatar, and the United Arab Emirates (UAE) have become participants so far while Saudi Arabia and Oman have showed little interest in joining. However the initiative is open for others beyond the Gulf region. NATO has made it clear that as an Alliance expressed its readiness, to support ongoing transition and restructuring in the Middle East in the areas of defense institution building, defense modernization, building integrity and best practices in defense budgeting and the civilian control of armed forces<sup>(3)</sup>.NATO has tools available that address security aspects and offer at the same time wider economic benefits, thereby addressing the key drivers of insecurity.

---

(1) Kaim, Markus (2017), Reforming NATO's Partnership, SWP Research Paper, German Institute for International and Security Affairs, .January 2017, Berline-Germany.

[https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research\\_papers/2017RP01\\_kim.pdf](https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2017RP01_kim.pdf), p5)

(2) Aybet, Gulnur, 2012, p101.

(3) De Hoop Scheffer, Jaap de Hoop, 2004.

pressures, increased commodity prices, interstate and intrastate conflict, piracy, tribal politics, competition over water and other natural resources, religious tension, revolutionary tendencies, terrorism, and nuclear proliferation<sup>(1)</sup>. This region also has some of the world's most vital shipping lanes, energy resources, and trade choke points. Obviously, instability in this region can directly impact its immediate neighborhood mainly Europe Union stability and security interests. One of the consequences of the EU expansion is the advancement of the Middle East and Mediterranean region to constitute the southern borders of the EU. Thus, the strategic importance of these regions to the EU has increased. During the early 1990s, the EU, NATO, and The Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) respectively initiated and subsequently enhanced the Mediterranean Dialogue processes (mainly Barcelona Process in 1994) as integral parts of their cooperative approaches to security<sup>(2)</sup>.

These processes are based on the recognition that security in Europe is closely linked with security and stability in the broader Mediterranean region as it belongs to the most important oil regions of the world. Industrial nations like Japan import ninety percent of their oil from this region. Egypt is the most relevant producer of gas which it also exports to Jordan, Lebanon and Syria. Huge oil and gas fields that are exploited by international enterprises are located in Libya. Some 65 percent of the oil and gas consumed in Western Europe pass through the Mediterranean<sup>(3)</sup>. In particular, Southern Mediterranean states are of geostrategic significance to Europe – with special reference to security, environment, natural resources and migration. A prosperous, democratic, stable and secure region, with an open perspective towards Europe, is in the best interests of the EU and Europe as a whole<sup>(4)</sup> . MENA region has been suffering from, terrorism, economic disparities, demographic imbalances, the potential for social and political instability, and the proliferation of weapons of mass

---

(1)Razoux, Pierre, The NATO Mediterranean Dialogue at a crossroads, Research Paper, No 35-April 2008, [https://www.files.ethz.ch/isn/55304/rp\\_35\\_eng.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/55304/rp_35_eng.pdf), 5-7)

(2)Smith, Martin A and Davis, Ian, NATO's Mediterranean Dialogue in the wake of the Arab Spring: partnership for peace succor for despots?, *NATO Watch, Briefing Paper* No.19.<https://www.yumpu.com/en/document/view/37056883/briefing-paper-no19-natos-mediterranean-dialogue-nato-watch>

(3) Schwarz, Rolf, 2013, 2-7.

(4) Ibid, 2013,2-5.

Curtis Ryan claimed that “The Hashemite Kingdom of Jordan represents a key partner and reliable ally for NATO, playing vital roles on NATO’s Southern flank, as a moderate force in a tumultuous region. But the kingdom also remains aid-dependent, resource-poor, and subject to crises from within and without. Yet, despite its longstanding partnership with NATO and with Western countries in general, the kingdom is too often neglected and under-valued.”(Ryan,Curtis).

### **1.6. Importance of the Study.**

The importance of this study stems from the fact that it is one of the few studies on this subject matter that would provide an additional literature for those researches who are interested in the relations between NATO and Middle Eastern countries especially Jordan. Most of the studies have treated MD partnership in general and little attention has been given to Jordan’s partnership with NATO at the individual level. Therefore, this study is an attempt to produce an additional literature that can help in filling the gap in the literature that is linked to this field of investigation.

### **1.7. Structure of the Study**

This study is structured under five main sections; introduction, NATO and MD initiative, motives of the parties, scopes of mutual cooperation and conclusion.

## **2. NATO and the Mediterranean Dialogue Initiative in 1994**

Geopolitical changes that took place in late 80s and early 90s of the last century particularly the end of the Cold War and the collapse of the former Soviet Union made NATO to rethink its strategic concept as well as its global role as a defense pact that was established in 1949<sup>(1)</sup>. Since 1991 NATO has developed different strategic concepts in response to regional and international developments that transformed the alliance from being a Trans-Atlantic pact into a global one<sup>(2)</sup>.. The successive strategic concepts have emphasized and envisaged dialogue and cooperation with non-NATO countries in different regions.

To the south of Europe, from the eastern Atlantic Ocean to the Middle East, is a region experiencing increasing instability from demographic

---

(1)Aybet, Gulnur,(2012) The Four Stages of NATO’s Partnership Framework: Rethinking Regional Partnerships with the Middle East and North Africa, in ,p100)

(2) Ibid, 2012,100-102.

As for Jordan and speaking of the individual level, the King enjoys a centrality in the political system of the state and the decision making process particularly in terms of foreign policy formations and executions. Moreover, at the nation-state level, although the King role is significant in the Jordanian decision-making process, the socio-economic factors including those social and political groups and public opinion also plays an important role in influencing the foreign policy making and execution. Furthermore, it is widely acknowledged that, the international system level including regional context in which Amman operates is the factor that heavily influences Jordan's foreign policy most.

### **1.5. Literature Review.**

The Jordanian partnership with NATO has attracted the attention of a few scholars and policy makers who have focused on this subject matter. Scheffer, Jaap de Hoop claimed that “Jordan has a key strategic position in the region to further the objectives of regional security, stability and peace, and that has been demonstrated in terms of the Middle East Peace Process. Another example of the crucial role of Jordan is offered by its contribution to the training of Iraqi security forces, enabling the Iraqis to provide for their own security”. He further claimed “Jordan has a key strategic position in the region to further the objectives of regional security, stability and peace, and that has been demonstrated in terms of the Middle East Peace Process. Another example of the crucial role of Jordan is offered by its contribution to the training of Iraqi security forces, enabling the Iraqis to provide for their own security”<sup>(12)</sup>.

Rolf Schwarz argued that “With Jordan, one of NATO’s most active Mediterranean Dialogue partner, NATO has already concluded two such projects. The second Trust Fund, which was concluded in 2013, contributed to the security and safety of the civilian population, educated local communities in the provinces of Ajloun, Jerash and Zarqa which had been affected by mines and explosive remnants of war”<sup>(3)</sup>.

---

(2) Scheffer, Jaap de Hoop, NATO Secretary General's Interview to Jordanian Newspaper Al Rai (2004).[https://www.nato.int/med-dial/articles/english/2005/0502\\_en\\_jordan\\_alrai.pdf](https://www.nato.int/med-dial/articles/english/2005/0502_en_jordan_alrai.pdf)

(3) Schwarz, Rolf, (2013) NATO and the Middle East After the Arab Spring ,2/2013 Transatlanticke Listy, Centre for Security Studies. <http://www.cenaa.org/data/cms/tal-2-2013-uprava-final1.pdf>

external threats to their national security<sup>(1)</sup> . Therefore, it makes them more attentive to the characteristics of the regional and international context. This small state geopolitical rational in which the outer environment is the most detrimental factor that influence its decision-making process and national interests particularly security and survivability.

To overcome such a theoretical dilemma, and regardless of the abovementioned limitations, this study will use an analytical framework derived from realist-rationalist thinking focusing on the relations between small state interests, security and power struggles, as well as the regional and international system.

Therefore, the convenient approach that could explain Jordan's partnership with NATO as a foreign policy issue is the three levels approach. It is widely acknowledged that researchers use this approach as a framework for discussing independent variables that explains state policy behaviour and its regional and international outcomes<sup>(2)</sup> . This level suggest that state foreign policy actions can be analysed at the level of leadership, the nation-state-(socio-economic) and the regional international system including the regional context in which the state operates<sup>(3)</sup>.

The individual level focuses on the human nature particularly on individual political leaders and their belief, personalities and psychological processes. Moreover, the nation-state level includes the structure of the political system, the nature of the decision making process, social, and economic, and the role of public opinion and interests groups<sup>(4)</sup>. Furthermore, the international level includes the anarchic structure of the regional as well as the global system, the distribution of military and economic power among world powers, patterns of military alliances and international trade and other factors that forms the external context in which the state operates.

---

(1) Ponizilova, Martina, (2013), The Regional Policy and Power Capabilities of Jordan As A Small State, Central European Journal of International and Security Studies, 2013.,1-2)

(2) Levy, Jack S. (2003) Theories of Interstate and Intrastate War: A Levels-of-Analysis Aroach, in Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osler and Aall, Pamella, eds, Turbulent Peace: The Challenges of Managing International Conflict (Washington D.C: United States Institute of Peace Press), p4.

(3) Ibid, 2003, 4-5.

(4) Ibid, 2003, p5.

## **1.2. Hypothesis.**

This paper argues that Jordan's geopolitical rational as a small state including its vulnerability has heavily influenced Jordan's decision to join MD partnership with NATO, and the latter acceptance of this relation can be attributed to the important role that Jordan has been playing in the international politics of the Middle East particularly in terms of security and peace. Moreover, this study argues that both parties have developed and expanded different scopes of military and civil cooperation.

## **1.3. Objectives of the Study**

To answer these questions as well as verifying the abovementioned arguments, this study aims at studying and analyzing different aspects of Jordan's partnership with NATO with emphasis on their geopolitical rational as well as their geostrategic interests.

## **1.4. Theoretical Framework and Methodology**

To develop an understanding to the rational of the Jordanian partnership with NATO in terms of actors, issues and interests, a convenient analytical framework should be designed and employed. It is widely acknowledged that, studying the international politics of the Middle East is complex as many scholars consider the regional state system to be fragile, highly penetrated and unconsolidated<sup>(1)</sup>. Moreover, there is a high degree of overlapping between state and political regime in the region where in many countries the continuation of the regime is the primary concern to the ruling elites. This places limitations on the ability of the international relations theories to explain decision making processes, particularly in the relevant Arab countries. Moreover, the research of states' foreign policy has been dominated by studies of great and superpowers which was caused, above all, by the long-term predominance of realism paradigm in International Relations and its strong belief that only these powerful actors matter because they shape the international system. This resulted in the perception of small states as passive, weak vulnerable, and responsive to the constraints and pressure of

---

(1) F. Halliday, (2005), The Middle East in International Relations: Power, Politics and Ideology, UK, Cambridge University Press, . 21-22.

## Introduction

Middle East and North Africa has been of great importance to the global security as well as to the Western security. This is because of its geographical proximity mainly to Europe. However, the geopolitical developments and transitions that took place late 1980s and early 1990s like the collapse of the communist block and the initiation of the larger Arab-Israeli peace process in 1991; have made this region even more important to Europe. These developments had created opportunities to promote peace and development in MENA region as the 1990s witnessed a great progress in the larger Arab-Israeli peace process. The West mainly U.S. and Europe have invested much in supporting these peace efforts and took a number of initiatives to consolidate what had been achieved in terms of peace. Therefore and as part of these western efforts and NATO new strategic perception in terms of expanding its global agenda and cooperation with other non-NATO countries, the Atlantic Alliance initiated the Mediterranean Dialogue in 1994. Henceforth, the global alliance has forged and developed working political as well as security cooperation with countries in the MENA region.

## Problem and Questions of the Study.

A mid of the ongoing global trend of change where competition is escalating between rising and established powers particularly Sino-American rivalry, and the continued instability in the Middle East, the 24<sup>th</sup> anniversary of Jordan's partnership with the NATO has arrived. In 1995 Jordan had joined the Mediterranean Dialogue initiative and since then, both Jordan and NATO have developed impressive and firm commitment towards mutual cooperation and friendly relationships based on their interests and shared values. Moreover, both parties have conducted several activities including training programs and joint military operations in different parts of the world as part of the Mediterranean Dialogue. This tremendous and beneficial partnership between a relatively small state like Jordan and a global defense structure like NATO, has generated many questions chief among them is Why Jordan has joined the MD in the first place? What made NATO to accept partnership with Jordan? And what are the levels of their mutual cooperation?

## المنطق الجيوسياسي للشراكة الأردنية مع حلف الأطلسي: منظور أردني

د. حسن محمد المومني

### ملخص

تحاول هذه الدراسة تحليل المتغيرات والنوادي المختلفة لعلاقة الأردن مع حلف الأطلسي وبخاصة المنطق الجيوسياسي خلف هذه العلاقة. وقد قامت الدراسة على فرضية أن كلا الطرفين يمتلك دوافع عالية تتعلق بمصالحها الجيوسياسية من أجل إقامة شراكة فعالة ومفيدة منذ عام 1995. إن معظم هذه الدراسة تدور حول دراسة وتحليل دوافع الأطراف المعنية من أجل تأسيس هذه الشراكة التعاونية إضافة إلى مناقشة مجالات تعاونهم المشترك.

لقد استخدمت هذه الدراسة منهج مستويات التحليل الثلاثة وذلك من أجل تحليل الأدبيات الرئيسية والثانوية المتعلقة بهذا الموضوع حتى يتم تطوير فهم للشراكة الأردنية مع حلف الأطلسي. ولقد توصلت هذه الدراسة لعدة نتائج أهمها أن الأطراف حريصة على تطوير شراكة قائمة على أساس المصالح المشتركة بالذات الأمنية والسياسية منها. كما أن كلا الطرفين مشتباً بتعاون أمني وسياسي متسع يخدم مصالحهم وأهدافهم المشتركة.

**الكلمات الدالة:** الأردن، حلف الأطلسي، شراكة، حوار متوسطي،

## Geopolitical Rational of Jordan's Partnership with NATO: A Jordanian Perspective

Dr. Hasan Mohammad AlMomani \*

Received: 26/6/2019.

Accepted: 19/11/2019.

---

### Abstract

This study is an attempt to analyze different variables and aspects of Jordan's relationship with NATO particularly the geopolitical rational behind this partnership. The study argues that both parties have been motivated by their geopolitical interests to establish a working partnership since 1995.

The major bulk of this study is a discussion to motives of the parties to establish such cooperative partnership and the scopes of their mutual cooperation since 1995. Moreover, this paper has adopted three levels analyses approach that would analyze primary and secondary literature on this subject matter so to develop a comprehension of Jordan's partnership with NATO.

This study concludes that Jordan and NATO have been keen to establish a joint partnership on the bases of their mutual interests particularly security and political ones. Moreover, both parties have been engaging in an expanded security, military and political cooperation that is serving their aims and objectives.

**Keywords:** Jordan, NATO, Partnership, Mediterranean Dialogue,

---

\* كلية الأمير حسين للدراسات الدولية، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.



United Nations Response Department of Public Information.A Weekly  
Update from the UN Department of Public Information, No. 45. 4  
June 2014.

Wallensteen, Peter and Svesson, Isak, Talking peace: International  
mediation in armed conflicts, Journal of Peace Research, Vol. 51(2).

**The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

---

Suellentrop, Chris. "Can Lakhdar Brahimi save Iraq?" *Slate Magazine*.  
May 13, 2004.  
[http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/assessment/2004/05/un\\_envoy\\_lakhdar\\_brahimi.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/assessment/2004/05/un_envoy_lakhdar_brahimi.html).

Syria Special Representative to Brief on Failed Geneva Process: What's in Blue." Syria Special Representative to Brief on Failed Geneva Process: What's In Blue. May 12, 2014.

<http://www.whatsinblue.org/2014/05/special-representative-to-syria-to-brief-on-failed-geneva-process.php>.

Syria, Security Resolution 2118 (2013) and Peace versus Justice: Two Steps Forward, One Step Back?" *EJIL: Talk!* October 03, 2013.  
<https://www.ejiltalk.org/syria-security-resolution-2118-2013-and-peace-versus-justice-two-steps-forward-one-step-back/>.

Syrian Observatory for Human Rights, Syria death toll tops 370,000 in 8 years of war, 25/03/2019. <http://www.syriahr.com/en/?p=121974>.

Taheri, Amir. "Has the Time Come for Military Intervention in Syria?." *American Foreign Policy Interests*. Vol. 35, No. 4 (2013).

Tan, Kim Hua and Perudin, Alirupendi, The "Geopolitical" Factor in the Syrian Civil War: A Corpus-Based Thematic, *SAGE Open*, April-June 2019, p1

Touval, Saadia and Zartman, I. William, (2003) International Mediation in the Post-Cold War Era, in eds Crocker, Chester A, Hampson, Fen Osler and Aall, Pamela, *Turbulent Peace: The Challenges of Managing International Conflict* (Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2003).

UN Mission in Haiti (UNMIH). "United Nations. September 1996.  
[http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmih\\_b.htm](http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmih_b.htm).

Omari, Raed. "Who's responsible for Geneva II failure?" English.alarabiya.net. February 20, 2014. <http://english.alarabiya.net/en/views/news/middle-east/2014/02/20/Who-s-responsible-for-Geneva-II-failure-.html>.

Onder, Harun, The Toll of War: The economic and Social Consequences of the Conflict in Syria , This study was prepared by a multidisciplinary team led by Harun Onder, World Bank Group 2017.

<https://www.worldbank.org/en/country/syria/publication/the-toll-of-war-the-economic-and-social-consequences-of-the-conflict-in-syria>.

Papagianni, Katia. "Mediation, Political Engagement, and Peacebuilding." Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, Vol.16, No. 2 (2010).

Radziejowska, Maria. "Syria: Resolution 2118 and the Legal Aspects of an intervention." PISM: The Polish Institute of International Affairs 108, no. 561 (October 10, 2013). PISM Bulletin.

Rath, Saroj Kumar, Searching a Political Solution for Syria, India Quarterly, Vol. 73(2).

Reynaert, Julie. "MONUC/MONUSCO and Civilian Protection in the Kivus." International Peace Information Service (2011).

Roberts, Hugh. "The Hijackers." Review of From Deep State to Islamic State: The Arab Counter-Revolution and Its Jihadi Legacy, by Jean-Pierre Filiu, Syrian Notebooks: Inside the Homs Uprising, by Jonathan Littell, The Rise of Islamic State: Isis and the New Sunni Revolution, by Patrick Cockburn and Isis: Inside the Army of Terror, by Michael Weiss and Hassan Hassan. London Review of Books 37 no. 14 (2015), pp 5-10, <https://www.lrb.co.uk/v37/n14/hugh-roberts/the-hijackers>

Security Council of the United Nations, GA Res 2118, 7038<sup>th</sup> mtg, UN Doc S/RES/2118 (2013) (Adopted 27 September 2013) para 3.

**The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

---

Khouri,Rami, The Implications of the Syrian War for New Regional Orders in the Middle East,MENARA working Papers, No. 12, Septemper 2018.

Ki-Moon, Ban."Remarks to the Security Council on the situation on Syria Secretary-General."United Nations. September 27, 2013.  
<https://www.un.org/en/content/sg/speeches/2013-09-27/remarks-security-council-situation-syria./jm>

Kressel, Kenneth and Pruitt, Dean G. "Themes in the Mediation of Social Conflict." Journal of Social Issues, Vol. 41, No. 2, 1985.

Lane, Tracy. "Negotiation: An Emergent Process of Living Systems." Behavioral Science, Vol. 40, Issue. 1, January 1995.

Lehmann, Christof ."A Critical Review of Security Council Resolution 2118 (2013) on Syria." NSNBC international, September 30, 2013.  
[https://nsnbc.me/2013/09/30/security-council-resolution-syrias-chemical-weapons-un-balanced/.](https://nsnbc.me/2013/09/30/security-council-resolution-syrias-chemical-weapons-un-balanced/)

Lundgren, Magnus. "Mediation in Syria: initiatives, strategies, and obstacles, 2011–2016." Contemporary Security Policy, Vol. 37, No.. 2 (2016).

Malone, David. Ingredients of success or failure in UN reform efforts. Working Paper for the Secretary General's High-Level Panel on Threats, Challenges, and Change, source: [http://www.un-globalsecurity.org/pdf/Malone\\_paper\\_UN\\_reform\\_efforts.pdf](http://www.un-globalsecurity.org/pdf/Malone_paper_UN_reform_efforts.pdf), accessed on: 20.02, 2005.

Mitton, John, The Problem with everybody's favourite solution in Syria, International Journal, Vol.71 (2).286-289

Ojanen, Hanna. "Peacekeeping-peacebuilding: preparing for the future." the Report of Finnish Institute of International Affairs (2006).

Freri, Marina. "Resolution 2139 a glimmer of hope for Syrian civilians." SBS News. February 23, 2014.

<http://www.sbs.com.au/news/article/2014/02/24/resolution-2139-glimmer-hope-syrian-civilians>.

Hartberg, Martin, Dominic Bowen, and Daniel Gorevan. "Failing Syria: Assessing the impact of UN Security Council resolutions in protecting and assisting civilians in Syria." (2015).

<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/implications-syrian-war-newregional-orders-middle-east>.

Jackson, Richard. "Successful Negotiation in International Violent Conflict." Journal of Peace Research, Vol. 37, No. 3, May 2000.

Jean Marie Hiltrop, "Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain," Journal of Social Issues, Vol. 41, No. 2, 1985.

John Karlsrud, "The UN at war: examining the consequences of peace-enforcement mandates for the UN peacekeeping operations in the CAR, the DRC and Mali," Third World Quarterly Vol. 36, No. 1 (2015), p 42, doi:10.1080/01436597.2015.976016.

Karunakara, Unni. "Haiti: where aid failed." The Guardian. December 28, 2010.

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2010/dec/28/haiti-cholera-quake-aid-agencies-failure>.

Katsoris, Melissa. "Does Nationality Influence Neutrality? The Ethical Standards and Expectations of International Mediators." Fordham Int'l LJ 39 (2015).

Katulis, Brian, Siwar al-Assad, and William Morris. "One Year Later: Assessing the Coalition Campaign against ISIS." Middle East Policy Vol. 22, No. 4 (2015).

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

---

<http://www.arableagueonline.org/brahimi-from-algeria-would-replace-annan-as-uns-peace-envoy-to-syria/>.

Brahimi, Lakhdar. "Syria Will Become Another Somalia" Interview by Susanne Koelbl. *Der Spiegel*, June 7, 2014.

Brahimi, Lakhdar. "State building in crisis and post-conflict countries." In 7 th Global Forum on Reinventing Government, Vienna, June. 2007.

Brahimi, Lakhdar, Interview with SPIEGEL ONLINE on June 7 2014.  
<https://www.spiegel.de/international/world/interview-with-former-un-peace-envoy-to-syria-lakhdar-brahimi-a-974036.html>

Brahimi, Lakhdar, Interview with Aljazeera English on 12 March 2016.  
<https://www.aljazeera.com/programmes/upfront/2016/03/lakhdar-brahimi-good-guys-syrian-tragedy-160311141319148.html>

Brigid Starky, Mark A. Boyer and Jonathan Wikendfield(2010) International Negotiation in a Complex World (Rowman & Littlefield Publishers).

Chesterman, Simon. "Walking softly in Afghanistan: the future of UN state-building." *Survival* , Vol.44, No. 3 (2002).

Chesterman, Simon. You, the people: the United Nations, transitional administration, and state-building. (Oxford :University Press on Demand, 2004).

Dimtrova,DanielaV, Aksak, Emel Ozdora and Ahern,Colleen Connoally, On the Border of the Syrian Refugee Crisis:views From Two Different Cultural Perspectives, *American Behavioral Science*, Vol. 62(4), 2018.

Fisher, Ronald J(2001) ,Methods of Third-Party Intervention,Berghof Handbook for Conflict Transformation, ( Berline: Berghof Research Center for Constructive Conflict Management)

### References

Abedin, Mahan. "Dossier: Lakhdar Brahimi United Nations envoy." United States Committee for a Free Lebanon & Middle East Forum 6, No. 6-7 (June & July 2004). Middle East Intelligence Bulletin.

Aggestam, Karin, Enhancing Ripeness (2005): Transition from Conflict to Negotiation, in eds, Zarntman, I. William and Faure, Guy Olivier, Escalation and Negotiation in International Conflicts (Cambridge: Cambridge University Press).

Akpınar, Pınar. "The limits of mediation in the Arab Spring: the case of Syria." Third World Quarterly, Vol. 37, No. 12 (2016). Autumn 1985.

Benner, Thorsten, and Philipp Rotmann. "Learning to learn? UN peacebuilding and the challenges of building a learning organization." Journal of Intervention and Statebuilding Vol. 2, No. 1 (2008).

Bercovitch, Anagnoson, and Wille, "Some Conceptual Issues and Empirical Trends in the Study of Successful Mediation in International Relations." Journal of Peace Research Vol. 28, No. 1, February 1991.

Bercovitch, Jacob and Houston, Allison. " Why Do They Do It Like This ?: An Analysis of the Factors Influencing Mediation Behavior in International Conflicts." The Journal of Conflict Resolution, Vol. 44, No. 2, April 2000. p.

Bercovitch, Jacob. "Third Parties in Conflict Management: The Structure and Conditions of Effective Mediation in International Relations." International Journal, Vol. XL, No. 4, Autumn 1985. pp125-130

Brahimi from Algeria would Replace Annan as UN's Peace Envoy to Syria." Arab League Online. December 8, 2012.

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

---

as many proposed resolutions were voted and even those that have been passed never implemented. The UN failed to protect the Syrian civilians and to stop war crimes and atrocities against them.

This study also concludes that, the aforementioned conclusions has validated many important arguments in the literature on mediation related to the impact of the nature of the conflict on the mediation process, the role of a skillful and honest mediator, and the impact of the regional and international context in which the conflicts operates. Both, the nature of the conflict and the impact of the context in which conflict operates heavily and negatively influenced the pace of the conflict and its management. Therefore, the conflict has been less amenable to solution. Had the Syrian conflict was contained particularly in its first years and the involved parties specially the U.S and Russia showed genuine willingness to cooperate, the conflict could have been solved peacefully.

failure of his mission to that the stubbornness of Syrian President Assad, the mistakes of the West and the dangers presented by Islamic radicals<sup>(1)</sup>.

## **Conclusion**

This study has attempted to investigate and analyze different variables, dynamics and aspects of the Syrian conflict, its nature in particular and the UN special envoy Brahimi mediation efforts during 2012-2014. To achieve this end, the study has adopted a case study approach to support the examination of primary and secondary literature on this subject matter.

This study has concluded that, although Brahimi a man with extensive and vast experience in mediation efforts who developed the reputation of being an honest and skilful broker, he failed to hammer out a historical settlement to the deadly conflict in Syria during his mission from 2012 to 2014. This is mainly because of a number of factors that made the conflict defied Brahimi attempts to mediate a negotiated settlement. Chief among these factors is the nature of the conflict in terms of its complexity and intensity.

The preceding discussion to the complexity and intensity of the Syrian conflict suggest that, the conflict is considered to be one of the most violate and highly destructive conflict in contemporary history. Moreover, the number of parties whether states or non-states actors, unprecedented influx of displaced persons and refugees, economic losses, high level of destruction and high number of casualties, has made the Syrian conflict less amenable to solution. Moreover, the conflict has transformed from merely civic protests into multiple conflicts that have drawn many regional and international powers where their incompatible interests and passivity have exacerbated the conflict and its rigidity. Moreover, this study has concluded that, the conflicting parties have been unwilling to accommodate each other's and make necessary concessions to reach a peaceful settlement to the conflict. Furthermore, the Syrian regime and its supporters, the oppositions groups and their backers have managed the conflict with zero-sum strategy. In addition to that, the Syrian conflict has revealed how much UN can be dysfunctional as an international organization with a sacred mission of making and keeping peace. The Cold War like rivalry between the conflicting parties mainly the U.S. and Russia has crippled the UN

---

(1)Brahimi,Lakhdar, Interview with SPIEGEL ONLINE on June 7 2014.  
<https://www.spiegel.de/international/world/interview-with-former-un-peace-envoy-to-syria-lakhdar-brahimi-a-974036.html>

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

talks, and the surging rise of ISIS and other militia groups to join the conflict. In an interview with The Der-Spiegel the German newspaper, Brahimi discusses how Al-Assad's representatives attended the Geneva II talks with no seriousness in mind, determined not to reach any agreement whatsoever, but only to attend as a gesture to please Russian diplomacy<sup>(1)</sup>. Moreover, Brahimi mentions that, "The majority among the opposition were against coming to Geneva as they preferred a military solution"<sup>(2)</sup>. Despite these various obstacles Brahimi had to work with, he still managed to bring all these forces to the table, only to reach eventual failure due to their refusal to take an active part despite being attendants.

Moving on to another point, Brahimi is believed to be a quite successful selection as special envoy given his cultural background closely related to Arab and Muslim heritage, as well as his previous work within the region and his wide range of diplomatic and mediation expertise. However, Katsoris (2015) argues that part of Brahimi's failure manifested itself as a cultural misunderstanding between him and parties caught up in the crisis<sup>(3)</sup>. Moreover, Katsoris goes on to cite Brahimi and George Mitchell as examples of mediators who were given mediation tasks that greatly differ from their own personal cultural and diplomatic expectations regarding diplomatic protocol and conflict management, where "both resigned in frustration and experienced great difficulty and public ridicule during their terms"<sup>(4)</sup>. However, Brahimi's eventual resignation cannot solely be based on failure to communicate in a cross-cultural mediation setting. The increased complexity of Syrian conflict particularly regional and international rivalry over Syria in addition to the rigid positions of the conflicting parties had complicated the mission of Brahimi. Moreover, in an interview with the German SPIEGEL Brahimi attributed the

---

(1) Brahimi, Lakhdar. " 'Syria Will Become Another Somalia'" Interview by Susanne Koelbl. Der Spiegel, June 7, 2014.

(2) Ibid.

(3) Katsoris, Melissa. Ibed, (2015), p 697

(4) Katsoris, Melissa. "Does Nationality Influence Neutrality? The Ethical Standards and Expectations of International Mediators." Fordham Int'l LJ 39 (2015), p 699.

Brahimi still managed to reap a number of successes throughout the process. Geneva II talks were another optimistic attempt to open up a new door for discussion, upon an invitation from Lakhdar Brahimi. These talks, which took place on the 22<sup>nd</sup> of January, 2014 were largely based on the Geneva I talks. Before the conference took place, a great number of delegates withdrew from the invitation while many others announced their intention to non-participation if Al-Assad were to remain in power. In the words of John Kerry the US Secretary of State, “There is no way, no way possible, that a man who has led a brutal response to his own people can regain legitimacy to govern.”<sup>(1)</sup>

Due to this American insistence on the removal of Al-Assad, the Geneva II talks took turn to failure, despite Brahimi’s tremendous and painstaking efforts to secure major players on the table of discussion. However, bringing the US together with Russia, as well as bringing both Al-Assad’s regime and the opposition together to the same table of discussion could be perceived as a partial success for Brahimi’s efforts. This is unlike anything Annan could have accomplished during his time as Special Envoy for a number of reasons, including the diplomatic context at the time, and the failure to communicate clearly with all conflicting sides. In this move, Brahimi was able to successfully attempt to shift directions both internally and externally. However, it does not mean that Brahimi did not sway to any pressure whatsoever, as Iran (although initially invited) was pulled off the list of participants under pressure from the US.

The unfortunate fate of the Geneva II Talks, initially successful but eventually failing could be due to a number of reasons. Omari (February, 2014) lists a few in his Al-Arabiya opinion report, such as John Kerry’s “apathy to the face-to-face negotiations between the Syrian regime and the opposition”<sup>(2)</sup>. Moreover, the US had done no significant efforts to ensure the success of the

2014. <http://www.whatsinblue.org/2014/05/special-representative-to-syria-to-brief-on-failed-geneva-process.php>.

(1) Roberts, Hugh. "The Hijackers." Review of *From Deep State to Islamic State: The Arab Counter-Revolution and Its Jihadi Legacy*, by Jean-Pierre Filiu, *Syrian Notebooks: Inside the Homs Uprising*, by Jonathan Littell, *The Rise of Islamic State: Isis and the New Sunni Revolution*, by Patrick Cockburn and *Isis: Inside the Army of Terror*, by Michael Weiss and Hassan Hassan. *London Review of Books* 37 no. 14 (2015), pp 5-10, <https://www.lrb.co.uk/v37/n14/hugh-roberts/the-hijackers>.

(2) Omari, Raed. "Who's responsible for Geneva II failure?" *English.alarabiya.net*. February 20, 2014. <http://english.alarabiya.net/en/views/news/middle-east/2014/02/20/Who-s-responsible-for-Geneva-II-failure-.html>.

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

shameful to admit that the UN's strongest resolution adopted during the Syrian conflict concerned the use of chemical weapons that harmed only a fraction of the Syrian people, as compared to those killed, injured, and relocated since the beginning of the crisis.

The second UN Security Resolution was in 23 February (Resolution 2139) related to the deteriorating humanitarian conditions. This resolution reflects the UN's concern for the worsening situation under which Syrian civilians live and die. Several areas in Syria were caught under siege where no humanitarian aid could have access. While not fully implemented, the resolution resulted in the lifting of the siege on several Syrian areas a year later while "212,000 people remain trapped in other locations (and the number is likely significantly higher)" with around "2.3 million more people living in 'hard to reach areas' compared with 2013"<sup>(1)</sup>. However, violence continued to rise even though more humanitarian aid could successfully be delivered to citizens in need, particularly in regards to infamous barrel bombings and chemical gas<sup>(2)</sup>. While Russia and China previously used their veto to put an end to a number of previous resolutions that condemn the Syrian government, it had not vetoed Resolution 2139 while expressing concerns for the worsening of the humanitarian situation coming down to a unanimous vote<sup>(3)</sup>. Such facts are deeply concerning, as it echoes third parties' wish to protect Syrian civilians and resolve the crisis as long as it aligns with their own agenda and diplomacy. Failure to recognize that Al-Assad's government is as destructive (if not more) as any other group engaged in military action in Syria is a failure to the Syrian people.

Despite Brahimi's efforts to draft a clear and effective resolution several council members have expressed their frustration as the resolution was never implemented to the fullest, and that such a resolution with basic human rights had to be drafted in the first place, paving the way for another<sup>(4)</sup>. However,

---

(1) Hartberg, Martin, Dominic Bowen, and Daniel Gorevan. "Failing Syria: Assessing the impact of UN Security Council resolutions in protecting and assisting civilians in Syria." (2015), p 4.

(2) United Nations Response Department of Public Information. A Weekly Update from the UN Department of Public Information, No. 45. 4 June 2014, p 2.

(3) Freri, Marina. "Resolution 2139 a glimmer of hope for Syrian civilians." SBS News. February 23, 2014. <http://www.sbs.com.au/news/article/2014/02/24/resolution-2139-glimmer-hope-syrian-civilians>.

(4) Syria Special Representative to Brief on Failed Geneva Process : What's In Blue." Syria Special Representative to Brief on Failed Geneva Process : What's In Blue. May 12,

efforts. The first one was in 27 September, 2013 (Resolution 2118) called for the elimination of Syrian Chemical Weapons. Given the unfortunate events which took place in late September of 2013 regarding the use of chemical weapons from unknown sources, Ban Ki-Moon the UN general secretary delivered a firm, united response while issuing remarks on the Syrian conflict<sup>(1)</sup>. Surprisingly, Damascus responded rather quickly and swiftly during the first 7 days of implementing the resolution, where chemical weapons were already being disposed of.

However, this does not mean that Brahimi and this resolution were not under the attack of critics. Sources report that “Resolution 2118 does not mention the international community’s responsibility to protect Syrian civilians from violence, but refers solely to the threat to international peace and security posed by Syria’s possession and use of chemical weapons”<sup>(2)</sup>. This could perhaps be a reflection of Brahimi’s mediation tactics that value diplomacy over facades of humanitarian ethics. Furthermore, Resolution 2118 calls for another important point in its 3<sup>rd</sup> paragraph: “Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence and territorial integrity of the Syrian Arab Republic”<sup>(3)</sup>. This line also fell victim to criticism, as the resolution does not specifically call upon the US nor Russia (nor neighboring Arab states) to halt any attempts that would undermine Syrian territorial integrity and sovereignty, nor does it hold any countries accountable for violations regarding chemical weapon use or land/air attacks on civilians<sup>(4)</sup>. In addition to the criticism received by the resolution as mentioned above, another point emerged: the conflict in Syria does not only consist of chemical weapons, but is far more complex and includes various ramifications of human rights violation and senseless violence<sup>(5)</sup>. Why, then, should the UN place so much leverage on chemical weapons alone? In defense of the resolution adapted, the adoption of such a mandate allows the UN to strike powerfully when it comes to any future chemical weapon violations in Syria and/or other countries. However, it is

---

- (1) Ki-Moon, Ban. "Remarks to the Security Council on the situation on Syria Secretary-General." United Nations. September 27, 2013.  
<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2013-09-27/remarks-security-council-situation-syria./jm>
- (2) Radziejowska, Maria. "Syria: Resolution 2118 and the Legal Aspects of an intervention." PISM: The Polish Institute of International Affairs 108, no. 561 (October 10, 2013). PISM Bulletin.
- (3) Security Council of the United Nations, GA Res 2118, 7038th mtg, UN Doc S/RES/2118 (2013) (Adopted 27 September 2013) para 3.
- (4) Lehmann, Christof. "A Critical Review of Security Council Resolution 2118 (2013) on Syria." NSNBC international, September 30, 2013. <https://nsnbc.me/2013/09/30/security-council-resolution-syrias-chemical-weapons-un-balanced/>.
- (5) Syria, Security Resolution 2118 (2013) and Peace versus Justice: Two Steps Forward, One Step Back?" EJIL: Talk! October 03, 2013. <https://www.ejiltalk.org/syria-security-resolution-2118-2013-and-peace-versus-justice-two-steps-forward-one-step-back/>.

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

Also, Brahimi adopted the “light footprint” approach, giving the UN a very small part to play in the country’s recovery and later development, resulting in what is known as the “Bonn Process” as this requires Afghani capacity to govern itself by taking charge of their situation wherever possible<sup>(1)</sup>.

Many claimed that Brahimi had offered the fairest and the most realistic compromise formula in terms of diplomacy and political work in hopes of composing a plan that could bring peace to Syria or at least deescalate violence and reduce casualties<sup>(2)</sup>. Brahimi’s approach in Syria since the very beginning was heavily based on convincing conflicting internal groups that ensuing the fight was a baseless endeavor with no benefits for anyone, and has sure adopted a more cautious and consultative approach<sup>(3)</sup>. Doubtlessly, Brahimi had to tread with caution indeed as not everyone was too happy to have him as a mediator.

The Security Council provided him with the utmost levels of support and funding<sup>(4)</sup>. However, Syrian government gave him dubious looks due to his commitment to the Geneva I Talks<sup>(5)</sup> as the basis for future mediation and conflict management in Syria, while Arab politicians did not seem pleased either due to his inclusion of Iran, one of Syria’s close neighbors and staunch supporters of the regime<sup>(6)</sup>. Furthermore, Annan’s Syrian universe was surely quieter and less violent, whereas Brahimi had to deal with widespread and escalating violence leaking into Iraqi borders, the use of internationally outlawed chemical weaponry, and the rising influence of third parties taking sides (or armed action) in the crisis<sup>(7)</sup>. Speaking of the usage of chemical weapons against civilians and deteriorating humanitarian conditions in Syrian, the UN Security Council passed two resolutions during Brahimi mediation

---

(1) Chesterman, Simon. "Walking softly in Afghanistan: the future of UN state-building." *Survival* , Vol.44, No. 3 (2002):p37

(2) Taheri, Amir. "Has the Time Come for Military Intervention in Syria?." *American Foreign Policy Interests* Vol.35, No. 4 (2013) p 220.

(3) Lundgren, Magnus. (2016), p277.

(4) Katulis, Brian, Siwar al-Assad, and William Morris. "One Year Later: Assessing the Coalition Campaign against ISIS." *Middle East Policy* Vol. 22, No. 4 (2015) p 13

(5) At an international peace conference for Syria in June 2012, participants agreed to what has become known as the Geneva Communiqué. It laid out a six-point plan intended to stop the violence and move the two sides towards a political settlement. The United Nations is trying to implement that framework at peace talks going on now in Switzerland where the two parties have finally agreed to meet. The Communiqué calls for the establishment of a transitional governing body that would “exercise full executive powers.” It says that could include “members of the present government and the opposition and other groups and shall be formed on the basis of mutual consent.”

(6) Lundgren, Magnus. (2016) p 277

(7) Akpinar, Pinar. "The limits of mediation in the Arab Spring: the case of Syria." *Third World Quarterly*, Vol. 37, No. 12 (2016), p22.

in brokering a successful ceasefire deal in Lebanon in 1989<sup>(1)</sup>. Eventually, he oversaw the end of Lebanon's seventeen-long civil war through the Taif Agreement. Moreover, his work in South Africa could be seen as one of his most earnest successes in mediation, giving way to a great leader, Nelson Mandela, to rule as president<sup>(2)</sup>. However, this is an imperfect example of multi-stage constitutional processes in conflict settings. This was mainly due a number of factors, including that multiple positive factors contributed to the generous head-start given to the democratic process, as well as the general dissatisfaction with minority rule, prompting positive political change. Later in Haiti on the UNMIH mission, Brahimi was several successes, including the establishment of "free and fair elections", rehabilitating and "training" the Haitian police force, rebuild infrastructure, and assisted Haiti's Government assume its responsibilities and functions following a coup in late 1991<sup>(3)</sup>.

On the downside, several critics claim that the system deployed and implemented by the UN in Haiti is rather dysfunctional, and incapable of providing efficient aid services to citizens in distress especially following the natural earthquake disaster of 2010<sup>(4)</sup>. Perhaps what perplexed Brahimi the most about is that that all efforts at maintaining peace fell short when it came to rebuilding a country lost to crisis. In his own words, he states "the international community has been trying to help Haiti rebuild a viable state for twenty years [...] today, ten years later almost nothing has changed"<sup>(5)</sup>. In Afghanistan, Brahimi exhibited a sense of continuity that was important in the early stages of implementation in the peace-building process<sup>(6)</sup>. However, this is one example where Brahimi had tides blow in his desired direction, as stated by Thorsten & Rotmann (2008) who assert that it had a rather favorable context compared to other peace operations, thus; it could be seen as a mixed success in his favor<sup>(7)</sup>.

---

- (1) Abedin, Mahan. "Dossier: Lakhdar Brahimi United Nations envoy." *United States Committee for a Free Lebanon & Middle East Forum* 6, no. 6-7 (June &july 2004). Middle East Intelligence Bulletin.
- (2) Suellentrop, Chris. "Can Lakhdar Brahimi save Iraq?" *Slate Magazine*. May 13, 2004. [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/assessment/2004/05/un\\_ envoy\\_lakhdar\\_brahimi.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/assessment/2004/05/un_ envoy_lakhdar_brahimi.html).
- (3) UN Mission in Haiti (UNMIH)."United Nations. September 1996. [http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmih\\_b.htm](http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmih_b.htm).
- (4) Karunakara, Unni. "Haiti: where aid failed." *The Guardian*. December 28, 2010. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2010/dec/28/haiti-cholera- earthquake-aid-agencies-failure>.
- (5) Brahimi, Lakhdar. "State building in crisis and post-conflict countries." In 7 th Global Forum on Reinventing Government, Vienna, June. 2007,p15.
- (6) Papagianni, Katia. "Mediation, Political Engagement, and Peacebuilding." *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations* , Vol.16, No. 2 (2010),p258
- (7) Benner, Thorsten, and Philipp Rotmann. "Learning to learn? UN peacebuilding and the challenges of building a learning organization." *Journal of Intervention and Statebuilding* Vol. 2, No.. 1 (2008),p52.

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

Previously, Brahimi had served as the Algerian Foreign Minister for two years in the 90's, and held many UN missions as Special Representative in Afghanistan and UN Special Envoy to Iraq and Syria. His expertise include post-conflict building, as evident from his "State Building in Crisis and Post-Conflict Countries" UN report presented during the 7<sup>th</sup> Global Forum on Reinvention Government in Austria (2007), peacekeeping, as well as crisis prevention and resolution<sup>(1)</sup>. Furthermore, part of Brahimi's philosophy is to rely on resources available internally in a country of crisis, which later became to be known as "light footprint", evident through his work in Afghanistan with the use of an almost all-Afghani staff rather than heavy reliance on expatriate and foreign diplomats<sup>(2)</sup>. A significant part of his approach, as presented in the Brahimi report, lies in two main aspects: not being afraid of taking sides when one side is perceived as guilty of crimes against humanity, and refusing to take inappropriate measures and decisions even when pressured to do so, especially given the costly consequential effects such decisions may have<sup>(3)</sup>. His report, however, received mixed reception from within and out side the UN. In other words, Brahimi rejects traditional peace-keeping efforts in hopes of implementing more constructive and realistic measures, suggesting that peacekeepers' "use" (and obligation to the use) "of force should be extended" whenever necessary<sup>(4)</sup>.

Perhaps less known than Kofi Annan, Brahimi still held as recognized position as mediator and politician who also had his fair share of success and failures through his work with the UN and the Arab League. In retrospect, he appears more knowledgeable and relatable than counterpart Annan in managing peacekeeping and conflict management missions in Arab countries given his wider "understanding of the Islamic community" and various other cultures dominating the MENA region<sup>(5)</sup>. First and foremost, his efforts came to fruition

---

(1) Ojanen, Hanna. "Peacekeeping-peacebuilding: preparing for the future." *the Report of Finnish Institute of International Affairs* (2006), p 5.

(2) Chesterman, Simon. *You, the people: the United Nations, transitional administration, and state-building*. (Oxford: University Press on Demand, 2004), p 1.

(3) Malone, David. *Ingredients of success or failure in UN reform efforts*. Working Paper for the Secretary General's High-Level Panel on Threats, Challenges, and Change, source: [http://www.un-globalsecurity.org/pdf/Malone\\_paper\\_UN\\_reform\\_efforts.pdf](http://www.un-globalsecurity.org/pdf/Malone_paper_UN_reform_efforts.pdf), accessed on: 20.02.2005: 9.

(4) Reynaert, Julie. "MONUC/MONUSCO and Civilian Protection in the Kivus." *International Peace Information Service* (2011), p 12.

(5) Brahimi from Algeria would Replace Annan as UN's Peace Envoy to Syria." Arab League Online. December 8, 2012. <http://www.arableagueonline.org/brahimi-from-algeria-would-replace-annan-as-uns-peace-envoy-to-syria/>.

are the substance of the dispute between the parties<sup>(1)</sup>. Mediation is a process of conflict management where disputants were assisted by an outside individual, organization, group, or a state, to settle a conflict without further use of violence according to the law, applying techniques, resources, legitimacy, or knowledge brought in by the third party<sup>(2)</sup>. A common description is the operative one used by Bercovitch, Anagnoson & Wille : mediation is ‘a process of conflict management where the disputants seek the assistance of, or accept an offer of help from, an individual, group, state or organization to settle their conflict or resolve their differences without resorting to physical violence or invoking the authority of the law’<sup>(3)</sup>. This means that there is an ‘outside’ actor that is central, often described as a third party, who does not have authority to impose a solution. Moreover, Zartman & Touval (2007: 438) argued that mediation is a mode of negotiation in which a third party helps the parties find a solution that they cannot find by themselves<sup>(4)</sup>. What is clear from this, is that mediation is an activity geared towards resolving an ongoing dispute; that it is action by an autonomous, outside party (a third party); that it uses persuasion rather than coercion; and that it aims to reach a solution acceptable to the (primary) parties. Thus, mediation aims at conflict resolution and primarily achieves this through negotiations, by resorting to reason and logic and, ultimately, by appealing to the common wishes to end violence and prevent its recurrence. These definitions signify the importance of mediation as a process of conflict management as well as highlighting necessary conditions for a successful mediator like skills and impartiality.

Brahimi is yet another man of rich and vast experience in mediation, evident by his mediation history. His key philosophy can be summarized in the famous report, where he states that “peacekeeping operations should only be deployed when there is a peace to keep”<sup>(5)</sup>. He is often described by many as mission impossible type who exhibits great mediation skills and management who has an engrossed belief in the role of politics in resolving conflicts<sup>(6)</sup>.

---

- (1) Fisher, Ronald J(2001) ,*Methods of Third-Party Intervention*,Berghof Handbook for Conflict Transformation, ( Berline: Berghof Research Center for Constructive Conflict Management)
- (2) Wallensteen, Peter and Sesson, Isak, Talking peace: International mediation in armed conflicts, *Journal of Peace Research*, Vol. 51(2), p316
- (3) Bercovitch, Anagnoson, and Wille, (1991), p. 8.
- (4) Touval,Sadia and Zartman.I.William,(2003) International Mediation in the Post-Cold War Era, in eds Crocker,Chester A, Hampson,Fen Osler and Aall, Pamela, *Turbulent Peace: The Challenges of Managing International Conflict* (Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2003),pp 427-428
- (5) John Karlsrud, "The UN at war: examining the consequences of peace-enforcement mandates for the UN peacekeeping operations in the CAR, the DRC and Mali," *Third World Quarterly* Vol. 36, No. 1 (2015), p 42, doi:10.1080/01436597.2015.976016.
- (6) John Karlsrud (2015), p 258

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

additional 2 percent in 2016—a 63 percent decline compared with its 2010GDP<sup>(1)</sup>. Estimates of national account indicators, including counterfactual GDP numbers estimated by using statistical estimation methods, show that the actual GDP fell \$51 billion (in 2010 prices) short of the counterfactual GDP in 2016<sup>(2)</sup>. Aggregating these differences between counterfactual and actual GDP numbers between 2011 and 2016 shows that the cumulative loss in GDP amounts to \$226 billion in 2010 prices, about four times the 2010 GDP<sup>(3)</sup>.

The conflict in Syria, , has resulted in the displacement of almost half population; more than six million people are displaced within the country, more than five million are refugees in neighboring countries, and a million have fled to Europe<sup>(4)</sup>. Since the beginning of the crisis, Lebanon, Turkey, Jordan and other countries in the region have hosted the vast majority of refugees<sup>(5)</sup>. In addition to that, more than 800,000 Syrian nationals are estimated to have sought asylum in Europe. Moreover, there are an estimated 0.4 million to 1.1 million unregistered Syrian refugees in Lebanon, Jordan, Turkey and Iraq. The number of internally displaced persons was at 5.7 million as of January 2017, with 56 percent of them remaining within their own governorates<sup>(6)</sup>.

The abovementioned discussion to the complexity and intensity of the Syrian conflict suggest that, the conflict considered to be one of the most violate and highly destructive conflict in contemporary history. Moreover, the number of parties whether states or non-states actors, unprecedented influx of displaced persons and refugees, economic losses, high level of destruction and high number of casualties, has made the Syrian conflict less amenable to solution. Therefore, it has complicated the international community mediation efforts to hammer out an agreed upon peaceful solution.

## **2. The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation Efforts**

Mediation is the intervention of a skilled and impartial intermediary working to facilitate a mutually acceptable negotiated settlement on issues that

---

(1) Ibid, p181.

(2) Onder, Harun, *The Toll of War: The economic and Social Consequences of the Conflict in Syria*

(3) Ibid

(4) Dimtrova, DanielaV, Aksak, Emel Ozdora and Ahern, Colleen Connoally, On the Border of the Syrian Refugee Crisis: views From Two Different Cultural Perspectives, *American Behavioral Science*, Vol. 62(4), 2018, pp532-533

(5) Ibid

(6) Onder, (2017).

The prolonged severity of the fighting suggests that, the concerned parties were ready to die –hard and the unacceptably high cost of losing the conflict, particularly the Syrian regime and its backers, who have been determined to win whatever it takes<sup>(1)</sup>. Russia intervened fiercely because of what it saw as the imperative of maintaining the Assad government in power, given the pivotal role of Syria in Moscow’s reassertion and expansion of its strategic interests across the Middle East.

The international community reacted for the most part with a few intermittent practical responses to the sustained military brutality against both armed elements and civilians. In regard to human casualties of Syria’s civil war have grown from the first handful of protesters shot by government forces to hundreds of thousands of dead. But as the conflict has dragged on, growing more diffuse and complex monitoring and counting attempts have essentially become difficult and sometimes impossible. Therefore, most of the casualties’ numbers have been based on fluctuated estimates. The United Nations, which released regular reports on the death toll during the first years of the war, have roughly estimated that 400,000 people had been killed<sup>(2)</sup>. However, others like the Syrian Centre for Policy Research had issued a report in 2016 that estimated the death of 470,000 people<sup>(3)</sup>. The British-based Syrian Observatory for Human Rights, said last month that at least more than 370,000 people dead including 112,000 civilians, had been killed in the war since March 2011<sup>(4)</sup>.

In regards to the economic and social ramifications of the Syrian conflict, it has inflicted profound damage and destruction to the Syrian society national fabric and its economy. In time, the conflict has resulted in the partial or full breakdown of urban systems in many cities by destroying houses and public service–related infrastructure like roads, schools, and hospitals,

while leading to economic collapse in many areas. The conflict has not only resulted in the death of hundreds of thousands of people and damaged productive elements; it has also severely diminished economic connectivity and decreased incentives for production<sup>(5)</sup>. Syria’s GDP was estimated to have contracted by 61 percent between 2011 and 2015 in real terms and by an

---

(1) Khouri, rami, The Implications of the Syrian War for New Regional Orders in the Middle East, MENARA working Papers, No. 12, Septemper 2018, pp4-6.<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/implications-syrian-war-new-regional-orders-middle-east>.

(2) Rath, Saroj Kumar, Searching a Political Solution for Syria, India Quarterly, 73(2), p181

(3) Ibid

(4) Syrian Observatory for Human Rights, Syria death toll tops 370,000 in 8 years of war, 25/03/2019. <http://www.syriahr.com/en/?p=121974>.

(5) Onder, Harun, The Toll of War: The economic and Social Consequences of the Conflict in Syria, This study was prepared by a multidisciplinary team led by Harun Onder, *World Bank Group* 2017. <https://www.worldbank.org/en/country/syria/publication/the-toll-of-war-the-economic-and-social-consequences-of-the-conflict-in-syria>.

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani, Mourad M Rabadi**

The Syrian conflict is a long standing and protracted one that has been going on since 2011 and went through different stages that fluctuated between extreme escalation and de-escalation. It began when number of children had written anti-regime graffiti on community walls<sup>(1)</sup>. However, in time the popular protest movement gained momentum that led Assad to announce certain steps toward reforms in April 2011 and at the same time, his military security forces and militias responded with violence, killing many protesters in Darra. This led to the eruption of the crisis that was transformed into an armed conflict that rapidly took on a much more formal nature when the opposition and army defectors began to organize more political and military groups with regional support. The root causes of this conflict were issues related to the oppressive and the authoritarian nature of the regime, social and political injustice, marginalization, poverty and above all the impact of the Arab Spring that erupted late 2010.

The Syrian conflict was rapidly developed from peaceful communal protests into fierce multiple simultaneous civil wars and regional and international proxy confrontations. This structural change has exacerbated the intensity and complexity of the conflict that witnessed heavy involvement by many regional and international powers including non-state actors. The number of parties (state actors as well as non-state actors) who have been involved is one of the major characteristics of the Syrian conflict<sup>(2)</sup>. Their perceptions and as well as their various and changeable interests have strongly exacerbated the complexity of the conflict.

The number of foreign forces that have been involving, fighting in Syrian, or did so indirectly by arming, financing and training fighting forces since 2012, were at least twenty different states and major non-state actors. Key regional and international actors are: Iran, Russia, USA, UK, France, Turkey, Saudi Arabia, Qatar, Jordan, UAE and Israel. Moreover, Non-state actors also have been involved in the conflict like: Hezbollah, Free Syrian Army, Islamic State, al Qaeda, Ahrar el-Sham, Jibhat Al-Nusra, Iraqi Shatt militia as well as Kurdish military groups in addition to a number of many smaller tribal, Islamist and secular rebel groups<sup>(3)</sup>. The fierce ways in which Syrian and foreign actors on both sides fought each others have also led to further intensity and complexity of the conflict. The antagonists have used chemical weapons, practiced ethnic cleansing and massacres against civilians, torture and killing methods, sieges and other inhuman acts that can be considered as war crimes.

---

(1) Tan, Kim Hua and Perudin, Alirupendi, (2019), p1

(2) Mitton, John, The Problem with everybody's favourite solution in Syria, *International Journal*, Vol.71(2), pp286-289

(3) Mitton, John, pp286-287

Apart from the above-mentioned contention this aspect suffers from the difficulty of evaluation and definition. What does intensity mean? And what is the best way to measure it?. Kenneth Kressel and Dean G. Pruitt have suggested that intensity can be defined by measuring the severity of the conflict, the level of hostility, the anger and the strength of the parties' negative perceptions<sup>(1)</sup>. However, others suggest that the number of fatalities in terms of human losses is the most obvious and accessible measure, which can explain the intensity of the conflict.<sup>(2)</sup>

In regard to the complexity of the conflict, the rigidity of the disputed issues and the number of parties involved are the major determinants of how complicated a conflict is. A dispute with few parties involved is more amenable to resolution whereas a conflict with many additional parties makes the likelihood of reaching a solution more difficult. Intervening actors complicate the dispute by expanding the interests of the contested parties, adding more issues and complicating the communication process. The most important aspects which determines the nature of a conflict are the disputed issues which represent the causes of the dispute and the focus of the disputants' behaviour.<sup>(3)</sup> The nature of the issues at the heart of the contention will be influential in the determining the outcome of the negotiation<sup>(4)</sup>. Jacob Bercovitch, Theodore Anagnoson, and Donnette L. Wille, have suggested five types of issues in international conflict: sovereignty ones over a specific piece of territory, ideological issues emphasising basic values and beliefs, security matters concerning frontiers, borders, and territories, issues of self-determination related to independence and a residual category of other issues.<sup>(5)</sup>

In regard to the nature of the Syrian conflict, this paper has argued that this variable has a very significant impact on the international mediation efforts and their outcome particularly attempts made by Lakhdar. To reveal how much the effect of this factor was, analysis should go beyond this general argument. It has to focus on the different aspects of the dispute, particularly its duration, number of involved parties, humanitarian costs including casualties, severity of the conflict and disputed issues.

---

(1) Kressel, Kenneth and Pruitt, Dean G. "Themes in the Mediation of Social Conflict." *Journal of Social Issues*, Vol. 41, No. 2, 1985.

(2) Bercovitch, Anagnoson, and Wille, "Some Conceptual Issues and Empirical Trends in the Study of Successful Mediation in International Relations." *Journal of Peace Research* Vol. 28, No. 1, February 1991 p. 13.

(3) Bercovitch and Houston , (2009), p. 177.

(4) Jean Marie Hiltrop, "Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain," *Journal of Social Issues*, Vol. 41, No. 2, 1985, p. 87.

(5) Bercovitch, Anagnoson and.Wille, (1991), p. 14.

the countries involved in the conflict or negotiations "had the interest of the Syrian people as their first priority"<sup>(1)</sup>. Although the abovementioned literature have provided a positive contribution to the analysis of the nature of the Syrian conflict and Brahimi's efforts, this study is an attempt to cover and fill a possible gap on the existing literature related to this subject matter. Furthermore, this study covers a significant period of time where great changes and challenges have taken place in the Syrian conflict 2012-2014. In addition to that this study would be an additional contribution to the field of study which is an integral part of Middle Eastern peace studies.

## **Structure of the Study**

This paper is structured under four main sections; Introduction, The Nature of the Syrian Conflict, The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi Mediation Efforts and the Conclusion.

### **1. The Nature of the Syrian Conflict.**

The nature of the conflict has been acknowledged to be a key factor in determining the success or failure of both mediation and negotiation efforts.<sup>(2)</sup> The effect of this determinant is derived from its different aspects such as the intensity and the complexity dispute. The first aspect is recognised as an essential component of how amenable a conflict will be to negotiation and mediation.<sup>(3)</sup> However, both scholars and practitioners have differed over the effect of the intensity of dispute. On the one hand it has been argued that the greater the intensity of a conflict, the better the chances of a successful negotiation as a method of minimising losses.<sup>(4)</sup> On the other hand, some have contested this in the sense that this will lead to entrenchment and polarisation, making negotiation more difficult.<sup>(5)</sup> Richard Jackson contends that and argued that international negotiation is more successful in low intensity disputes.<sup>(6)</sup>

---

(1)Brahimi, Lakhdar, Interview with Aljazeera English on 12 March 2016.  
<https://www.aljazeera.com/programmes/>

(2)Jackson, Richard. "Successful Negotiation in International Violent Conflict." *Journal of Peace Research*, Vol. 37, No. 3, May 2000.p. 332.

(3) Bercovitch, Jacob and Houston, Allison. " Why Do They Do It Like This?: An Analysis of the Factors Influencing Mediation Behavior in International Conflicts." *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 44, No. 2, April 2000.p. 177.

(4) Aggestam, Karin, Enhancing Ripeness (2005): Transition from Conflict to Negotiation, in eds, Zarmtman, I. William and Faure, Guy Olivier, *Escalation and Negotiation in International Conflicts* (Cambridge: Cambridge University Press), pp272-273

(5) Ibid.

(6) Jackson, (2000), 272-276.

## Literature Review

Since its eruption, the Syrian conflict has triggered the interests and the attention of commentators, journalists, analysts and academics who have published a wealth of literature on this subject matter. However, this literature has reflected different perspectives.

Rami G. Khouri has argued that: Syria's war was complex, multi-dimensional, fierce and unique in some ways.....one striking dimension of Syria's war that is more noteworthy than aspects of other conflicts in Yemen, Palestine, Libya, Somalia and Iraq is the longevity and intensity of direct foreign military involvement by those who supported the Assad government, notably Iran, Hezbollah and Russia<sup>(1)</sup>.

Others focused on international community efforts to end the Syrian conflict particularly attempts made by Brahimi. Taheri Amir argued that "Brahimi has offered the fairest and the most realistic compromise formula" in terms of diplomacy and political work in hopes of composing a plan that could lead Syria into peace or at least stabilize the country and reduce casualties<sup>(2)</sup>. While some highlighted Brahimi's approach "Brahimi's approach since the very beginning was heavily based on convincing conflicting internal groups that ensuing the fight was a baseless endeavor with no benefits for anyone, and has sure adopted a "more cautious and consultative approach"<sup>(3)</sup>. Magnus Lundgren argued that "The evidence suggests that the failure of mediation in Syria is partly an effect of mediation strategy, but more importantly, a consequence of the complexity and intractable nature of the wider mediation context"<sup>(4)</sup>. Moreover, regarding Brahimi mediation efforts Magnus also argued that "The regime viewed Brahimi with mistrust because of his references to the Geneva Communiqué, whereas several Arab countries turned against him after he made it clear that he would not necessarily deliver Assad's departure and because he sought to involve Iran, a patron of the Syrian Government, in consultations"<sup>(5)</sup>. Brahimi claimed that "there were no good guys in the Syrian tragedy", placing blame on all parties involved. He says the conflict could have been resolved in 2012 had there been a better understanding of the situation, adding that none of

---

(1) Khouri, Rami, The Implications of the Syrian War for New Regional Orders in the Middle East, MENARA working Papers, No. 12, September 2018, pp4-6.<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/implications-syrian-war-new-regional-orders-middle-east>.

(2) Taheri, Amir. "Has the Time Come for Military Intervention in Syria?." *American Foreign Policy Interests* 35, no. 4 (2013): 220.

(3) Lundgren, Magnus. "Mediation in Syria: initiatives, strategies, and obstacles, 2011–2016." *Contemporary Security Policy* 37, no. 2 (2016): 3  
[4https://www.researchgate.net/publication/303312425](https://www.researchgate.net/publication/303312425)

(4) Ibid, 3-4

(5) Ibid, 3-4

attention of scholars, researchers, and commentators and generated much analysis that raised many questions. Chief among them: Why the Syrian conflict has defied the logic of all these efforts particularly attempts made by a well experienced envoy like Lakhdar Brahimi? What were those variables and factors that made the conflict rigid and less amenable to solution?

## **Objectives of the Study**

The primary aim of this study is to investigate and analyses the nature of the Syrian conflict and different aspects of the mediations efforts invested by the UN special envoy Mr Lakhdar Brahimi in the period between 2012 and 2014 and why these efforts failed to curtail and eventually solve the conflict. It is widely acknowledged that a mediated -negotiation particularly in long standing conflicts, does not occur in a controlled context and that is a continuous clusters of activities involving actors, decisions and situations<sup>(1)</sup>. Moreover, the nature, form and the outcomes of mediation-negotiation process are determined by a number of factors related to the parties, the conflict and the interaction of the parties during their bargaining process<sup>(2)</sup>. Therefore, this study argues that the increased complexity of the conflict, regional and international rivalry, incompatible interests of the external powers and lack of willingness and passivity from the part of the disputants had complicated the mission of Lakhdar. Consequently, the latter' extensive efforts had failed to hammer out a historical settlement to the Syrian conflict during 2012-2014. The significance of this study stems from the fact that it is a re-visit analysis to a curious case of a conflict that defied extensive mediation efforts invested by a highly repudiated and well experienced international envoy like Lakhdar Brahimi. To answer the aforementioned questions and deal with the key arguments of this paper, a case study approach will be employed in order to analyze primary and secondary literature on this subject matter. According to Jacob Bercovitch, the case study approach allows for an in-depth understanding of particular cases and builds up a solid understanding of the factors which influence negotiation, and the activities that occur during a specific stage of conflict resolution<sup>(3)</sup>.

---

(1) Lane, Tracy. "Negotiation: An Emergent Process of Living Systems." *Behavioral Science*, Vol. 40, Issue. 1, January 1995, p41.

(2) Brigid Starky, Mark A. Boyer and Jonathan Wikendfield (2010) *International Negotiation in a Complex World* (Rowman & Littlefield Publishers), p6.

(3) Bercovitch, Jacob. "Third Parties in Conflict Management: the Structure and Conditions of Effective Mediation in International Relations." *International Journal*, Vol. XL, No. 4, Autumn 1985.pp125-130

## Introduction

Since the end of 2010, a series of changes and political transformations have swept across the Arab World as a result of the eruption of violent and non-violent uprisings that created unprecedented chaos and instability in the region. The beginning was at Tunisia and then spread out across the region where almost every Arab country in one way or another witnessed its own spring. Chief among those countries is Syria. The Syrian conflict began in March 2011 when about 15 children had written anti-regime graffiti on community walls in Durra<sup>(1)</sup>. Syrian government security forces and militias responded with violence, killing many protesters in Darra<sup>(2)</sup>. Such reaction on the part of Damacus's forces led to the eruption of the crisis that was transformed into an armed conflict.

This widespread movement rapidly took on a much more formal nature when the opposition and army defectors began to organize political and military groups with regional support. At the onset of the conflict many had the belief that it would be a carbon copy of the Tunisian, Egyptian uprisings or other Arab countries that affected by the Arab Spring. Contrary to such expectations, the crisis had transformed into a lengthy deeply contested intra-state conflict with an active involvement of regional and global powers like Iran, Gulf countries, Turkey, Russia, U.S and many European countries. However, the international community particularly the UN and the Arab League have responded to the eruption of the conflict and appointed three successive special envoys in order to hammer out a peaceful solution to the conflict. These envoys were: Kofi Annan 2012, Lakhdar Brahimi 2012-2014, De Mustora 2014-2019 .

## Problem of the Study

The problem of the study is that the Syrian conflict transformed from civil and peaceful protests into deeply-rooted conflict with so many parties involved. Moreover the international community has invested many efforts in order to achieve a mediated peaceful settlement to the conflict. Part of these mediation efforts were conducted by the UN Special Envoy Brahimi in 2012-2014. During these mediations attempts hard and lengthy rounds of talks and shuttling diplomacy were conducted that produced so many declarations, proposals, offers, and UN Security Council resolutions. Yet no historical deal was reached and the conflict has defied all these mediation efforts during the aforementioned period of time. The conflict and these mediation efforts have received the

---

(1) Tan, Kim Hua and Perudin, Alirupendi, The “Geopolitical” Factor in the Syrian Civil War: A Corpus-Based Thematic, SAGE Open, April-June 2019, p1

(2) Ibid, pp1-2

## طبيعة الصراع السوري وجهود الوساطة للمبعوث الأممي الخاص الأخضر الإبراهيمي

حالة دراسية 2012-2014

د. حسن محمد المومني

مراد الربضي

### ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل طبيعة النزاع السوري وجهود الوساطة للمبعوث الأممي الإبراهيمي في الفترة 2012-2014 ولماذا فشلت هذه الجهود في التوصل إلى حل سلمي لهذا الصراع.

تقوم هذه الدراسة على فرضية مفادها أن الطبيعة العقدة للصراع والمنافسة الإقليمية والدولية وتقاطع المصالح للأطراف الخارجية وعدم توفر الإرادة إضافة إلى سلبية الأطراف المتنازعة قد عقدت مهمة الإبراهيمي وبالتالي افشلتها.

إن الجزء الأكبر من هذه الورقة هو نقاش وتحليل لطبيعة الصراع إضافة إلى تحليل مهارات وخبرات الإبراهيمي في الوساطة ومحاولاته من أجل إنهاء الصراع سلمياً.

ومن أجل هذه الغاية فقد وظفت الدراسة منهج الحالة الدراسية من أجل تحليل الأدبيات الرئيسية والثانوية المتعلقة بهذه الموضوع حتى يتم تطوير فهم للمتغيرات والдинاميكيات التي أثرت على جهود الوساطة وفشلها.

لقد توصلت هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها أنه وبالرغم من أن الإبراهيمي رجل ذو خبرة ومهارة واسعة في الوساطة الدولية إلا أنه فشل في تحقيق تسوية سلمية للصراع وذلك بسبب عدة عوامل جعلت من الصراع أن يجافي كل هذه المحاولات حيث أن أشهر هذه العوامل هي طبيعة الصراع المتعلقة بتعقيده حدته.

**الكلمات الدالة:** طبيعة، صراع، وساطة، جهود، مبعوث خاص

## **The Nature of Syrian Conflict and The UN Special Envoy Lakhdar Brahimi's Mediation Efforts 2012-2014: A Case Study**

**Dr. Hasan Mohammad AlMomani \***

**Mourad M. Al- Rabadi**

**Received: 24/7/2019.**

**Accepted: 17/11/2019.**

---

### **Abstrac**

This study aims to analyses the nature of the Syrian conflict and the UN Envoy Lakhdar Brahimi's mediations efforts during 2012-2014 and why these efforts failed. This paper argues that the increased complexity of the conflict, regional and international rivalry, incompatible interests of the external powers, lack of willingness and passivity from the part of the disputants had complicated the mission of Lakhdar and therefore his efforts failed. The study has employed a case study approach that would analyze primary and secondary literature on this subject matter.

This paper concludes that, although Brahimi is a man with an extensive experience in mediation, he failed to hammer out a peaceful settlement to the conflict in Syria during his mission from 2012 to 2014. This was because of a number of factors that made the conflict defied Brahimi attempts to mediate a negotiated settlement. Chief among these factors is the nature of the conflict in terms of its complexity and intensity.

**Keywords:** Nature, Conflict, Mediation, Efforts, Special Envoy

---

\* كلية الأمير حسين للدراسات الدولية، الجامعة الأردنية.  
حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

**Legislation:**

Omani Commercial Law, issued by the Royal Decree number 55/90 dated 11<sup>th</sup> of July 1990.

Cases:

Appeal Number 1989, Hearing date: 6 February 1989, Legal rules decided by Commercial Authority in its fifth Judicial Year. 1988-1989. Authority for settlement of Commercial disputes, Oman.

Fraser Valley Credit Union V Canorama Development Corp (1984), 56 B.C.L.R. 145 (B.C.S.C) [fraser Valley].

Maple Valley Acres Ltd. V Canadian Imperial Bank of Commerce (2001), 46 R.P.R. (3d) 32 (Ont.S.C.J.).

Court of Appeal, Wednesday Hearing 08 January 2003, decision number: 19, Appeal: 75/2002, Oman.

Khalifa bin Mohammad AL-Hadhrami, Civil liability of commercial banks in Omani Law 2017, Alghandoor center, Cairo.

Mahmood Al kailani, Commercial and banking encyclopedia, Volume 4, 1<sup>st</sup> ed, 2008, Dar Althaqafa for publishing and distribution, Amman.

Murad Moneer Fahim, Commercial Law, Maaref Institution, 1982, Alexandria.

Momamed AlFaqi, Commercial Law, Halabi Law Publishing, Beirut, 2010.

M.L. Marasinghe, historical introduction to the doctrine of subrogation: the early history of the doctrine 1, Volume 10, Number 1, fall (1975) Valparaiso University Law Review.

Mohyyeddin Ismaeel Alamuddin, Banking Operations Encyclopedia, 1987, Altanani printing, Cairo.

Nasif, Elias, Banking contracts, second edition, 2012, ALhalabi Law Publishing, Beirut.

Sameeha aL qalliobi, Banking operations and commercial papers, 1986, Dar Al nahdha Al Arabia, Cairo.

Yousuf Audeh Ghanem & Ali Abdel Aali, Integration of the principles of regeneration and non- division of payments in determination of the effects of current bank account

Yousif Ghanim, Ali Khashan and Alaa Omar, the integration of renewal and non-division of payment principles in determining the effects of current account, Volume (2) 2010 Mouhakiq Al-hilly Journal for legal and political science.

Yakoob Sarkhawah, Banking operations from legal perspective -in Kuwaiti Law, 2<sup>nd</sup> Edition, without publisher.

## **References**

Akram Yamilki, Commercial Papers and Banking Operations, 1<sup>st</sup> ed (2009), Dar althaqafa for publishing and distribution, Amman.

Akram Yamilki and Faeq Al shamma'a, Commercial Law, 1980, Baghdad

Ali Al Areef, Explanation of Egyptian Commercial Law, 1959, Ahmad mkhaimar printing, Cairo.

Ali Jamaleddeen Awadh, Banking Transactions from the Legal Perspective in the new commercial code and Arabic countries' legislations, 3<sup>rd</sup> edition, 2000, Dar Alnahdha Al-Arabiya, Cairo.

Ali Baroodi, Contracts and commercial Banking operations, 2001, Dar El Matboaat El Jameya, Alexandria.

Al-Moutasem Bellah Al-Gheriani, commercial Law: Commercial transactions, 2007, New university Press.

Alsharqawi Mahmoud, Commercial Law, Part three, Dar Alnahda Al Arabia, 1984.

Banan Khaled Al dardoor, The effects of recording payments in current bank account (comparative study), Master thesis, Aal Al-bait University, Jordan, 2000.

Charles Mitchell & Stephen Watterson, Subrogation, 2007, 1<sup>st</sup> edition, Oxford University Press.

Henry Newton Sheldon, The Law of subrogation, 2017, 1<sup>st</sup> edition, University Press, 1882, Cambridge.

Hoggson, N. F. (1926) Banking Through the Ages, New York, (1926) Dodd, Mead & Company.

Hudson, M, Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse within The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times. (26 Feb 2012) Princeton University Press.

new theory emphasizes that The termination of the original obligation and the creation of the new account item within the current account, would be an effect of fulfillment of obligation by incorporating the payment or debt in the current account. It will not be, in any case, referred to the regeneration effect. Article 403 of the Omani Commercial Law permits to record and incorporate (within the current account) a debt secured with contractual securities when all concerned parties expressly agree to do so.

## **7. Conclusion**

This research study examined the implications of principle of “regeneration of payments” in current bank account and explored its significant consequences on payments incorporated in the account in light of the provisions of Omani Commercial Law.

The study concluded that the result of incorporating a payment within current account will be the termination of original obligation connected to such payments along with all attached securities and legal characteristics. As a result, a new account item will rise and be established in its place becoming an integral part of the current account. The effects of regeneration principle are based on and related to contract rather than legal provisions of Omani Commercial Law.

In Oman, the court of appeal ruled that recording the value of a commercial paper in the creditor side of the person neither mean that his creditor account has increased nor it would enable him to withdraw the value of the paper from that account. He would not be able to withdraw until the value of the commercial paper is settled in the account.<sup>(1)</sup> Settlement of the paper would only occur when paper is discounted and actual value is collected by the bank. The court of appeal added that when a person submits a commercial paper to be recorded in the account, its value will be recorded and placed on hold. It will not be considered final until collected. If the bank was unable to collect and discount its value, the bank will perform a reverse entry.<sup>(2)</sup>

Reverse entry of commercial papers in the context of current bank account was stipulated in article 413 of the Omani Commercial law when the Omani legislator permitted performance of reverse entry of commercial papers even after the endorser who presented the paper for discounting is declared bankrupt by a court of law.

## **6. Results**

This research study has found that the change in the nature or type of claims needed to enforce or acquire the financial rights incorporated in the current account is not imposed by legal provisions of Omani Commercial Law, but rather, it is an effect to the agreement of parties who established the current account and agreed to accrue such regeneration effect on payments or financial rights incorporated into the current account. Thus, the effects of regeneration principle are based on and related to contract rather than legal provisions of Omani Commercial Law.

Traditional theory of regeneration believes that the idea of regeneration of payments goes back to the principle of (regeneration or renewal of obligation) widely known in civil law. In this context, regeneration means subrogation or substitution of one obligation in the position of another while the old obligation that has been substituted or replaced is different from the new obligation.

---

(1)Court of Appeal, Wednesday Hearing 08 January 2003, decision number: 19, Appeal: 75/2002.

(2) Ibid.

the cheque payment.<sup>1</sup> If regeneration principle was allowed to legitimize the payment despite the invalid contract of sale, the regeneration principle will be used as a tool for circumvention and deception through using cheque or payments obtained by means of illegitimate contracts or invalid contractual relationships. A matter which is inconsistent with the law.

## 5.2. Reverse entry of commercial papers:

Reverse entry is a case which forms an exception to the principle of regeneration. When a commercial paper (such as a cheque or a bill of exchange) is incorporated into current account, the value of such commercial paper will be recorded as an account item in favor of its legitimate holder. If it appears subsequently that the commercial paper was honored or paid by the drawee in its due date, in such a case, the endorsee who is the other party (such as a bank) in current account has the right to make a reverse entry of the commercial paper.<sup>(2)</sup> Reverse entry is done by recording an amount equal to the value of the commercial paper on the debtor side of the endorser. To explain in more details, we give the following example: John contracted to open a current account with Muscat Bank. John received a bill of exchange from Sameer in payment of a price of a car which John sold to Sameer. John (being the owner and legitimate holder of the bill of exchange) decided to incorporate it into the current account opened between himself and Muscat bank. John did so by endorsing the bill to the interest of the bank to be included in the current account. Such bill will be recorded on the creditor side of John and on the debtor side of the bank. If it appeared subsequently that the drawee refused to pay the bank the amount of the bill, the bank has the right to record a reverse entry against John in the same amount of the bill in addition to costs incurred by the bank. Since incorporating a bill of exchange into the account is conditional upon it being honored by drawee and collected by the bank on its due date. Otherwise, the bank will code an amount equivalent to the value of the bill in the debtor side of John, and the result of that will be erasing the bill's value from John's creditor side of the account. Regeneration principle cannot prevent such reverse entry coding.<sup>(3)</sup>

---

(1) Article 413 of the Omani Commercial Law. See also: *Iraqi Commercial Law*, s. 223(IR).

(2) Article 413 of the Omani Commercial Law.

(3) Ibid. See also: Murad Moneer Fahim, Commercial Law, Maaref Institution, 1982, Alexandria, at: 208-209. See also: Momamed AlFaqi, Commercial Law, Halabi Law Publishing, Beirut, 2010, p: 327.

their original nature, these exceptions aim to protect certain interests and prevent circumvention of rules.

### **5.1. Original debt is illegitimate**

If current account is established between A and B. when a payment or a debt is incorporated into account, a distinction shall be drawn between the payment entered into the current account in favor of side A and the underlying legal relationship which led to the formation of such payments which (in general rule circumstances) shall be kept separate or isolated from the payment entering into the account since payment entering into current account is renewed and regenerated into a new form and will merge in the account becoming an account item. Thus, losing its connection with the underlying original debt that led to such payment.

For example, if A sold his car to a person B, and B who purchased the car paid the price through drafting a cheque in favor of A in payment of the price. The sale contract will be the original relationship that led to drafting the cheque. If A decided to incorporate the cheque as a payment in the current account between himself and B, the cheque value will be incorporated as a payment in favor of A in the account and will be renewed and regenerated into a new form becoming an account item. Such account item will lose relationship with the original debt or underlying contract which was a car sale contract.

However, that is not absolute. Under this exception (illegitimacy of the original debt) and in the above example, if the original contract underlying the payment (which is a car sale contract that led to drafting the cheque) was invalid or illegitimate, then the incorporation of the cheque into the current account would not legitimize it. The principle of regeneration will not be able to legitimize it, the cheque will still be connected to the original underlying invalid contract and will be invalidated.<sup>(1)</sup>

Despite the incorporation of the cheque into the account, it can still be erased as an account item by doing what is called “reverse entry”. Such reverse entry which is made due to an invalid original contract is an exception that prevents regeneration principle from having any effect on

---

(1) Article 406 of the Omani Commercial Law.

### C. Accrual of interest

When payments or financial rights are incorporated within the current account, the accrual of interest on these payments or financial debts will stop, interest accrual will cease from the date of incorporation in the account since such payments or financial rights or debts will be subject to another type of interest which is the current account interest. Even when original debt payments had no interest eligibility prior their entry into the current account, such debts or payments will still be eligible to accrue interest under the current account in which they were incorporated.<sup>(1)</sup>

However, the issue of whether payments or debts entered into the current account are eligible for interest or not is still controversial. The Jordanian and Lebanese Commercial Laws have stated in support of interest accrual and stated expressly that payments and debts incorporated within current account shall be eligible for interest by the force of the law. While Egyptian and Kuwaiti Commercial Laws stated that such payments or debts shall not be eligible for interest unless there is an agreement or a contractual provision between parties stating for interest eligibility.<sup>(2)</sup>

Omani Commercial Law, Article 407, stated: “payments entered in the current account shall not produce any interest unless it was agreed otherwise, and if the agreement did not specify the amount of interest, then it will be calculated based upon custom. And in relation to current accounts opened at banks it is permitted to calculate interest while account is still open”.<sup>(3)</sup> Moreover, interest shall be accrued and calculated from the date account is closed unless otherwise agreed, or during the validity period of the account if the account was opened with a bank.<sup>(4)</sup>

## 5. Exceptions to principle of regeneration

The principle of regeneration is not absolute in terms of its effects, since there are certain cases where regeneration principle will have no effect on payments entering into the current account. In these exceptional cases payments or debts incorporated into the current account will not lose

---

(1) (Jordanian Commercial Law No 12, 1966, S. 110 (JO), Syrian Commercial Law No:33, 2007, S.187 (SY), and Lebanese Commercial Law 1943 No 304, S.302 (Le).

(2) (Kuwaiti Commercial Law No 68 of 1968, S. 397 (KU); Egyptian Commercial Law No 17 of 1999, S. 366 (EG).

(3) Article 407, of Omani Commercial Law.

(4) Article 407, 411, of the Omani Commercial Law.

## **B. Legal claims**

All payments entered or incorporated into current bank account would lose all eligibility for legal claims as they will be transformed into a new item within the account. Such new account item will acquire a new nature which will result in changing the types of claims it can use to enforce rights against others.<sup>(1)</sup> For example when a commercial paper (such as a bill of exchange) is incorporated into the current account such payment in the form of a bill of exchange will lose its commercial nature and all claims that are based on commercial papers rules will no longer be possible. That is due to the fact that the value of the bill will be incorporated in the account and regenerated in the form of an account item with a new legal nature and accordingly, acquiring new types of legal claims.

Usually, its enforcement or any claim related to it will be based on the legal nature of current account rather than claims related to commercial papers or commercial law. Thus, when a bill of exchange is regenerated and transformed into a new form which is the form of an account item, the new form will acquire new rules derived from the nature of the current account itself, whether commercial or civil. The new account item will have a new legal system of limitation periods.<sup>(2)</sup>

The change in the nature or type of claims needed to enforce or acquire the financial rights incorporated in the current account is not imposed by legal provisions of Omani Commercial Law, but rather, it is an effect to the agreement of parties who established the current account and agreed to accrue such regeneration effect on payments or financial rights incorporated into the current account. Thus, the effects of regeneration principle are based on and related to contract rather than legal provisions of Omani Commercial Law.<sup>(3)</sup>

---

(1) Yousif Ghanim, Ali Khashan and Alaa Omar, the integration of renewal and non-division of payment principles in determining the effects of current account, Volume (2) 2010 Mouhakiq Al-hilly Journal for legal and political science, p: 132.

(2) Ali Jamaleddeen Awadh, above number 1, p: 296-300.

(3) Ibid.

change in the legal nature and identity will be expressed in the following aspects:

### **A. Legal nature**

The legal nature of payments entered into current bank account will change, if payments entered were civil and not commercial then they will become commercial if the current account was commercial. On the other hand, if payments were commercial and the current account was a civil transaction, such payments will become civil in their nature and lose their commercial nature. Accordingly, such current account and payments entered in it will be subjected to commercial law or civil law rules based on their legal nature.<sup>(1)</sup>

Moreover, payments or financial rights incorporated into the current account will be detached from its supporting securities. If an “in personam” security or a “security in rem” were attached to the payments or debts entering into the current account, such payments will be detached from their securities. Detachment of in rem or personam securities occurs as payments are regenerated and transformed into a new legal form.<sup>(2)</sup>

It should be noted that detachment of securities would apply only to legal securities rather than contractual or consensual securities. While in some other legal jurisdictions including Omani and Egyptian laws, payments would hold and maintain their attached securities. Under Omani Commercial Law, in rem or personam securities would remain attached to the payments entering into current account even after payments are incorporated into the account. But that only apply to consensual or contractual securities rather than legal securities.<sup>(3)</sup>

---

(1) Ali Baroodi, Contracts and commercial Banking operations, 2001, Dar El Matboaat El Jameya, Alexandria, p: 244.

(2) Ibid, see also, Articles: 403-404 of the Omani Commercial Law.

(3) Ibid.

fulfillment of debts by entering them in the account is made successively and individually for each debt rather than jointly upon the closure of the account.<sup>(1)</sup>

However, the French court of cassation, later, changed its view by issuing a new decision in 1935, when it determined that securities and guarantees attached to payments would not be lost or terminated for payments entered into current account. Securities and guarantees may be terminated when account parties agree to do so by their free wills either implicitly or expressly.<sup>(2)</sup>

The Omani legislature took similar view which can be clearly seen in article 403 of the Omani Commercial Law. Article 403 permits to record and incorporate (within the current account) debt secured with contractual securities or guarantees when all concerned parties expressly agree to do so.<sup>(3)</sup> In such a case, the debt entered into the current account would not lose the attached securities. However, since the debt will be regenerated and renewed into an account item, the security will continue to be part of the final deposit equal to the amount of debt entered in the account. The security would not be securing the whole amount of the account deposit upon closure.<sup>(4)</sup>

### **Legal consequences of regeneration principle**

There are several consequences for the application of regeneration principle in current account. There is no dispute among legal scholars regarding such consequences. Most of these consequences are incorporated within the provisions of the Omani Commercial Law in articles 403 – 407 and it will be explained in the following subsections.

#### **Payments entered into the account loses their legal identity and legal nature and is regenerated into a new debt acquiring the qualities of current account.**

Payments entered into current bank account would lose their original identity and nature, they will be transformed into an account item which will contribute to the final balance of the account upon closure. The

---

(1) Ali jamaleddeen Awadh, above number 1, p: 264.

(2) Ibid.

(3) Article 403 of the Omani Commercial Law.

(4) Article 404 of the Omani Commercial Law.

and legal characteristics. As a result, a new account item will rise and be established in its place becoming an integral part of the current account.<sup>(1)</sup>

The idea of regeneration or renewal in current account is very similar to the principle of regeneration in civil law. Such similarity can be obviously observed when the old or original obligation related to the payment (entering the current account) is terminated with all attached provisions and securities. Instead, a new obligation is established which will form part of the final deposit which will be determined upon the termination of the current account.<sup>(2)</sup>

### New theory of regeneration

Supporters of the new theory emphasize that when a payment is incorporated into current account, it loses its original legal nature. It will be transferred into an account item which merges within the account. However, all that would be referred to the impact of regeneration principle (as new theory supporters believe). The termination of the original obligation and the creation of the new account item within the current account, would be an effect of fulfillment of obligation by incorporating the payment or debt in the current account. It will not be, in any case, referred to the regeneration effect.

In other words, the new theory assumes that the alleged effects of regeneration principle are not, in fact, caused by such principle. To the contrary, they are caused by and an effect of the action of fulfillment of debt made by a party to the account. The result is merging the fulfilled payment into the account and becoming an account item. Thus, it is about the impact of fulfillment of debt rather than a regeneration effect.<sup>(3)</sup>

Supporters of new theory rely on a judicial decision issued by a French court of cassation where court stated that incorporation of a debt in the current account is an equivalent to the fulfillment of such debt in terms of its effects. The fulfillment of the debt is achieved when payment is incorporated into the current account. The new theory ascertained that

---

(1) Henry Newton Sheldon, *The Law of subrogation*, 2017, 1st edition, University Press, 1882, Cambridge, p: 1-2.

(2) M.L. Marasinghe, historical introduction to the doctrine of subrogation: the early history of the doctrine 1, Volume 10, Number 1, fall (1975) *Valparaiso University Law Review*, p: 46, 51-52. See also: ALmoutasem Bellah ALGheriani, *commercial Law: Commercial transactions*, 2007, New university Press, p: 257.

(3) Mohyeddin Ismaeel Alamuddin, *Banking Operations Encyclopedia*, 1987, Altanani printing, Cairo, P: 320.

The French judiciary was the first to apply regeneration principle in current account in a judgment issued by Orleans court on 14<sup>th</sup> July 1847. The court decided that the right or debt recorded in the current account disappears and ceases to exist due to the regeneration effect and is subrogated by a new debt in the form of an account item governed by the special current account rules.<sup>(1)</sup>

There are certain conditions needed for the regeneration principle to work and achieve its effects, the first is that the expiration of the old debt shall be in conjunction with the new established debt. That assumes the existence of an agreement between account parties stating that the new debt will rise at the same moment of expiration of old debt. Both debt obligations must have real and actual existence free of any reason or factor of nullification. The second condition is the dissimilarity between debts, debts must be different in their subjective and formal elements. The third condition is the parties intentions must go towards regeneration and renewal of the old debt.

## **Theories of regeneration**

### **Traditional theory**

Traditional theory of regeneration believes that the idea of regeneration of payments goes back to the principle of (regeneration or renewal of obligation) widely known in civil law. In this context, regeneration means subrogation or substitution of one obligation in the position of another while the old obligation that has been substituted or replaced is different from the new obligation which came in place.<sup>(2)</sup>

There is no conflict among both legal scholars and judiciary about the impact of the current account on payments entered in it, as such payments incorporated into the account constitutes the basis of the right for one party of the account against the other. The result of incorporating a payment within current account will be the termination of original obligation connected to such payments along with all attached securities

---

(1) Banan Khaled Al dardoor, The effects of recording payments in current bank account (comparative study), Master thesis, Aal Al-bait University, Jordan, 2000, p: 4.

(2) Charles Mitchell & Stephen Watterson, Subrogation, 2007, 1st edition, Oxford University Press, Paragraph: 1.01.

settlement will be conducted to determine the status of each party against the other, whether a debtor or a creditor.<sup>(1)</sup>

Thus, it can be said that single financial operations paid into the account (such as cash deposits, deposited commercial papers, or delivery of goods) are converted into account items incorporated and merged with each other losing their independency inside the account. That is referred to as the regeneration principle. Since single independent financial operations are merged and incorporated and then regenerated, inside the account, into a new form called account items losing their original nature. Such principle will be addressed in details in the following section.

### **Definition of regeneration principle**

The principle of regeneration implies that single payments lose their original legal structure and merge inside the current account. Thus, such single payments are converted into current account items rather than single independent financial operation. The basis of regeneration theory can be traced back to the theory of debt renewal known in civil law, which occurs when debt is expired and new debt is established in its place. The new debt is different in its legal elements.<sup>(2)</sup>

In addition to the above, judicial judgments have contributed to clarifying the concept of regeneration of payments. In one of its decisions Cairo court of first instance concluded that regeneration of payments means that the every debt entered into the account loses its original legal nature and elements and expires as it merges inside the account.<sup>(3)</sup> Such debt expires and get subrogated and renewed taking a new form expressed in an account item which will be reconciled when the final clearance is made upon the closure of the account.<sup>(4)</sup> The new regenerated debt item will be subject to new rules with regard to claiming procedures, limitation periods, being commercial or civil transaction.<sup>(5)</sup>

---

(1)Akram Yamilki, Commercial Papers and Banking Operations, 1st ed (2009), Dar althaqafa for publishing and distribution, Amman, P: 275-276. See also: Akram Yamilki and Faeq Al shamma'a, Commercial Law, 1980, Baghdad, 40-43.

(2) Alsharqawi Mahmoud, Commercial Law, Part three, Dar Alnahda Al Arabia, 1984, p: 516.

(3) Yousuf Audeh Ghanem &Ali Abdel Aali, Integration of the principles of regeneration and non- division of payments in determination of the effects of current bank account, p: 129.

(4) Khalifa bin Mohammad ALhadhrami, Civil liability of commercial banks in Omani Law 2017, Alghandoor center, Cairo, p: 63.

(5)Ibid, p: 129.

commercial transactions by means of current bank account. Subsequently, the customary rules of current bank account developed overtime and were incorporated into legislations.<sup>(1)</sup>

Countries started enacting legislations to regulate banking transactions and current bank account was among them. The Commercial law of the Sultanate of Oman, issued by the Royal Decree number 55/90 dated 11<sup>th</sup> of July 1990, included provisions governing current bank account in chapter nine, articles: 398 – 414.

Based on Article 398 of the Omani Commercial Law, current bank account is defined as a contract by which parties agree to record, through mutual overlapping payments, the debts arising out of the transactions performed between them including delivery of money, goods, or commercial papers, So that the individual settlement of debts is replaced by one final settlement made upon the closure of the account.<sup>(2)</sup> Determining whether a party to the account is a creditor or a debtor to the other can, only, be made upon the final closure of the account.<sup>(3)</sup>

Current bank account contract is considered as one of the most significant banking operations. It achieves great advantages for both parties of the account by simplifying their financial operations. Instead of making separate settlement for each operation, current bank account converts such separate and repetitive operations into single payments that is merged and incorporated into the account either in the creditor or debtor side of each party. Upon closure of the account, a final

---

(1) Hudson, M, Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse within The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times. (26 Feb 2012) Princeton University Press. See also: Emmanuel N. Roussakis, GLOBAL BANKING: ORIGINS AND EVOLUTION, RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 37, n. 4, (Dez. 1997) p. 46-47; Goldthwaite, R. A. (1995) Banks, Places and Entrepreneurs in Renaissance Florence, Aldershot, Hampshire, Great Britain, Variorum; Macesich, George. "Central Banking: The Early Years: Other Early Banks". Issues in Money and Banking. (30 June 2000) Westport, Connecticut: Praeger Publishers (Greenwood Publishing Group).

(2) Article 398 of the Omani Commercial Law, issued by the Royal Decree number 55/90 dated 11th of July 1990.

(3) Nasif, Elias, Banking contracts, second edition, 2012, Al-Halabi Law Publishing, Beirut, p: 187-188.

significant consequences of principle on both sides of the account, and also on the payments entered and incorporated into the account. All that will be done by reference the above theories, and in light of the relevant current bank account provisions stipulated in the Omani Commercial law issued by means of the Sultani Decree number 55 /90 dated 11<sup>th</sup> July 1990.

### **Significance of the study:**

The significance of this principle stems from its serious and overwhelming impact in changing the legal nature and independent characteristics of such debts and payments. The impact extends also to change the limitation periods, accrual of interest on the balance, and also the legal nature of the obligation itself that will be changed to a new different obligation which shall, eventually, be subjected to different legal provisions. For example, when a bill of exchange is discounted and credited into the account, the customer will lose all advantages he enjoyed before discounting and crediting the bill of exchange into the current account opened between himself and the bank, such lost advantages include joint liability claims of payment from drawer and endorsers. That refers to the fact that bill of exchange debt will be changed and regenerated into a normal commercial debt falling outside bill of exchange provisions, once it has been incorporated into the current account.

### **Research methodology**

This study follows qualitative and doctrinal research methodology. That includes an interpretation and analysis of relevant legal provisions governing the regeneration principle within Omani Commercial Law. Moreover, it encompasses an analysis of relevant legal literature to clarify the current state of knowledge regarding “regeneration” principle, along with the implications of controversial theories and arguments established to clarify the legal nature and consequences of the regeneration principle on the payments entered into the current bank account, to enable the determination of rights and obligations of each side to the account.

### **Origin and concept of current bank account**

The Genesis of current bank account goes back in history to the customary rules which prevailed among merchants in large Italian cities during the twelfth century.<sup>(1)</sup> During that time, merchants performed their commercial activities using current bank account system. Following the establishment of banks, both banks and merchants were conducting their

---

(1) Hoggson, N. F. (1926) *Banking Through the Ages*, New York, (1926) Dodd, Mead & Company.

and never returned withdrawn amounts to the bank. The bank (while current account was still active) demanded that customer shall pay such debt amounts, although current account was still not closed yet. Both court of first instance and court of appeal ruled that customer shall pay the amount of debt stipulated in report of the nominated accounting expert.<sup>(1)</sup> Customer appealed to the high court arguing that the accounting expert concluded that customer is indebted to the bank while current account was still open and active between customer and the bank. Customer further argued that there shall be no debt decided before the closure of the account. Accordingly, there is no valid debt. The High court upheld customer's argument and revoked the decision on the same basis.<sup>(2)</sup>

The conduct of the bank in the above case reflects the fact that in many cases banks practice constitutes an infringement to commercial law and legislative provisions. That occurs when banks extract deposit after transaction is recorded to determine the indebtedness of customers. Such practice is inconsistent with legislative provisions of Omani Commercial Law, specifically, Article 398.<sup>(3)</sup>

### **Research problem:**

The problem of this study lies in the implications of “regeneration of payment” principle which have always been subject to great controversial arguments and views. Such controversy revolves around the impact of the principle in changing the legal nature and characteristics of debts and payments. Our examination of these controversial views will focus on two theories, the first is called “traditional theory”, and the second is called modern or new theory.

This study will examine the principle of “regeneration of payments” in current bank account contract and analyzes its implications, explore the

---

(1) Ibid.

(2) Ibid. The Omani judiciary has not changed its attitude expressed in the above case since 1989, it still considers that no final debt can be concluded against any side of the account unless the current account is closed. see Omani court of appeal decision no 19/ 75 /2002 hearing of Wednesday 8th January 2003.

(3) Khalifa bin Mohammad ALhadhrami, above number 7, p: 63-64. In relation to banks liability for fraudulent activities, see generally: Fraser Valley Credit Union V Canorama Development Corp (1984), 56 B.C.L.R. 145 (B.C.S.C) [fraser Valley]. See also Maple Valley Acres Ltd. V Canadian Imperial Bank of Commerce (2001), 46 R.P.R. (3d) 32 (Ont.S.C.J.).

## Introduction

The principle of regeneration of payments goes back in its origins to the theory of debt regeneration which is widely known in civil law, under the theory of debt regeneration a newly established debt substitutes and replaces an old debt. The result will be termination of the old debt and establishing a new debt in its place by consent of both sides of the contract. The new debt will be different from the old debt in various aspects such as its source, limitation period and financial value.

“Regeneration of payments” principle is one of the key issues in the contract of current bank account. It forms the core of the whole current bank account arrangement between contract parties. Its meaning is centered on the fact that all payments credited in the current account loose its own and independent identity and structure, by being incorporated in the account they will become a mere item of payment incorporated and consolidated in the account. Thus payments entered into the current bank account will change from single independent transactions or payments into items or account entries merged and consolidated together to form one single credit balance.<sup>(1)</sup>

Determination of final positive (credit) balance or negative (debit) balance can only be made upon the termination of the account. It is not possible to determine whether the bank or the customer is a creditor or a debtor to each other during the period when the account is still open. Upon the closure or termination of the account, a final settlement will be made and only then each side of the account will be able to know whether he is on the debtor or a creditor side and in what balance.<sup>(2)</sup>

In one of the Omani High Court decisions, the case included a claim submitted by a bank operating in Oman seeking the payment of a debt owed by one of its customers who was involved in a current account with the bank.<sup>(3)</sup> The bank argued that client made certain money withdrawals

---

(1)Ali jamaleddeen Awadh, Banking Transactions from the Legal Perspective in the new commercial code and Arabic countries' legislations, 3rd edition, 2000, Dar Alnahda Alarabiah, Cairo, p: 239.

(2) Ibid, p: 239-240. See also: Mahmood Al kailani, Commercial and banking encyclopedia, Volume 4, 1st ed, 2008, Dar Althaqafa for publishing and distribution, Amman, p: 119-120.

(3) Appeal Number 1989, Hearing date: 6 February 1989, Legal rules decided by Commercial Authority in its fifth Judicial Year. 1988-1989. Authority for settlement of Commercial disputes, Oman, p: 50.

## النتائج القانونية لمبدأ الأثر التجديدي في الحساب الجاري في ضوء قانون التجارة العمانية

د. محمد سعيد الشياب

د. صالح بن حماد البراشدي

### ملخص

جاء هذا البحث محاولةً لدراسة مبدأ تجديد المدفوعات في عقد الحساب الجاري وتحليل مضامينه واكتشاف النتائج الجوهرية لهذا المبدأ على طرف الحساب. وقد سعت الدراسة لبحث آثار مبدأ تجديد المدفوعات على الدفعات الداخلة في الحساب الجاري. وقد توصلت الدراسة إلى أن التغيير في طبيعة أو نوعية الدعوى الازمة لتفعيل أو تحصيل الحقوق المالية الداخلة في الحساب الجاري، لا يعود لنصوص قانون التجارة العمانية، بل هو أثر ناشئ عن اتفاق الأطراف المنشئين للحساب الذين اتفقوا على ترتيب الأثر التجديدي على المدفوعات والحقوق المالية الداخلة في الحساب. ولذلك، فإن آثار مبدأ تجديد المدفوعات ترجع في أساسها إلى العقد وليس إلى نصوص قانون التجارة العمانية.

**الكلمات الدالة:** الحساب الجاري، مبدأ تجديد المدفوعات، النظرية التقليدية، النظرية الحديثة، القيد العكسي.

## Legal of “Regeneration of Payments” Principle in Current Bank Account in Light of the Omani Commercial Law

**Dr. Mohammad Saeed Al-Sheyab \***

**Dr. Saleh Al-Barashdi**

**Received: 6/2/2019.**

**Accepted:16/10/2019.**

---

### **Abstrac**

This study attempted to examine the principle of “regeneration of payments” in current bank account contract, analyze its implications, and explore the significant consequences of principle on both sides of the account. Further, the study endeavored to examine the effects of regeneration principle on payments entered and incorporated into the account.

It has been found that the change in the nature or type of claims needed to enforce or acquire the financial rights incorporated in the current account is not imposed by legal provisions of Omani Commercial Law, but rather, it is an effect to the agreement of parties who established the current account and agreed to accrue such regeneration effect on payments or financial rights incorporated into the current account. Thus, the effects of regeneration principle are based on and related to contract rather than legal provisions of Omani Commercial Law.

**Keywords:** Current Account, Regeneration of payments, traditional theory, new theory, reverse entry.

---

\* كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.  
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:**

<i>Name</i>	
<i>Address</i>	
<i>Job</i>	

**Form:**

Cheque:       Bank Draft       Postal Order

**Signature:**

**Date:** / /20

**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

**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 a gift, the journal gives the main author one copy of the issue in which 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:**

Annabi, 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 Reptilia. 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 (3<sup>rd</sup>. 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 Umayyad Era), volume 1, University of jordan, Amman. 1989.

Carlier,p. and King, G. 1989. Qustal al- Balqa: An Umayyad Site in Jordan. Proceedings  
of the fourth International conference on the History of Bilad Al- Sham, vol. 11. the  
University of Jordan. Pp. 17-110.

**E. Dissertation / The sies:**

Author, Year, title, MA This or phD dissertation, University, place.

**Example:**

Al- Abbadi, Abdul- Salam. Daoud, 1973, Al- Kulayah Fi Al- Shayah Al- Islameyah wa  
wathifatuha wa Quyooduha: A Comparative study with positive Laws. Ph D  
Dissertation, Al- Azhar University, Al- Azhar, Cairo.

Swies, R. 1988. Construction Insurance in the Arab Gulf Area: An Analysis of Cover  
and Contracts, ph. D Thesis, The city University, London.

- Two abstract (one in English and another in Arabic) should be submitted with the manuscript. Each abstract must have Keywords.
- In a letter addressed to the editor – in – chief, the researcher should express his / her desire to consider their manuscript for publication, specify the title of the research, and warrant not to submit the manuscript elsewhere. The author should also specify the following: full name, date of mailing, mailing address, email and convenient contact details.
- The author(s) should specify, in a margin in the title page, if the manuscript is part of an MA or PhD dissertation. If so, documentation – including the name and address of the author and the defense committee members – is needed.
- Documentation:
  - A. In – text citations are made with raised Arabic numerals in the text placed in parentheses <sup>(1)</sup>, <sup>(2)</sup>, <sup>(3)</sup>. referring to notes that provide complete publishing information at the bottom of the page, according to the order in the text.
  - B. At the end of the manuscript, references are alphabetically ordered (the author's last name) as follows:

## 1. Books

### A. At the end of a dissertation

The author'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 Ehyal Al- Turath Al-Arabi. Beirut, 1964.

Honnold, O. 1982. Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nations 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:

Annabi, Salahuddin, Tawheed Ahkam Al- Ethbaat Fi Al- Bilad Al- Arabiyah: **Majallat AL- Qadaa**: Baghdad, volume one, 1981, pp. 35 – 47.

Hardfield, H. 1971. The Increasing Domestic Use of the letter of Credit. **Uniform Commercial 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, documentation 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 elsewhere and the researcher's paper is accepted for publication, its author 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 confidentially 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 authors' 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 a paper is accepted for publication, its copy rights are transferred to the (publisher), the Deanship of Scientific Research.
- The Editorial Board reserves the right not to proceed with publication without giving any justification. The Board's decisions are final. The Board reserves the right to make any editorial changes as may be necessary to make the paper suitable for publication.
- Author(s) may cite published or unpublished material and they have to acknowledge 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 journal does not pay for the papers published .
- Order of the papers in the journal is not subject to any considerations.

**Second: Organizational Rules:**

- Arabic manuscripts 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 "Times New Roman", (12) font size and 1.0 cm margins. All manuscripts should be on one page of A4 paper. They should not exceed 35 pages in length, 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 single.
- 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, email and institutional affiliation. The other three copies must not hint 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.12 No.(1) 2020**

---

Jordan Journal of LAW and POLITICAL SCIENCES is an international refereed journal, founded by the Higher Committee for Scientific Research at the Ministry of Higher Education, Jordan, and published quarterly by the Deanship of Academic Research, Mu'tah University, Karak, Jordan.

**Editor-in Chief:** Professor Mosleh Al-Sarairah

**Secretary:**

Dr. Khaled A. Al-Sarairah

**Editorial Board:**

Professor Amin Mashaghbeh

Professor Jamal Al-Shalabi

Professor Mohamed Al-khalayleh

Professor Anis Al-Mansour

Professor Nezam Al-Majali

Professor Fayyad Al-Quda

Professor Ayman Masadeh

Dr. Naida Qozmar

**Editorial Advisory Board**

Professor Kamil Abu – Jaber

Professor Ahmad Y. Ahmad

Professor Kamil Al-Said

Professor Alemarani M. Zentar

Professor Hisham Sadeq Ali

Professor Aboud Al- Saraj

Professor Tunisi Bin Amir

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 Reserved 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**

**© 2020 DAR Publishers**

**All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means: electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.**

**Mu'tah University**



Mutah University



The Hashemite Kingdom of Jordan



Scientific Research Support Fund

**Jordan Journal of  
LAW and POLITICAL SCIENCES**

**An International Refereed Research Journal**

**Founded by the Higher Committee for Scientific Research**

**Vol.12 No.(1) 2020**



Mu'tah University



The Hashemite Kingdom of Jordan



# Jordanian Journal of Law & Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Vol. (12), No. (1), 2020

S.NO  
44

ISSN 2520 - 744X