جامعة مؤتة

المملكة الأردنية الهاشمية

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund



المجلة الأردنية في

القانون والعلوم السياسية

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

المجلد (١٢) العدد (٣) ٢٠٢٠ م

الرقم المتسلسل
٤٦

ISSN 2520 - 744X



المملكة الأردنية الهاشمية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة مؤتة
عمادة البحث العلمي

المجلَّة الأردنيَّة في

القانون والعلوم السياسية

مجلَّة علميَّة عالميَّة متخصصة ومحكّمة

تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المجلد (١٢) العدد (٣) ٢٠٢٠م

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

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

رقم التصنيف الدولي

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

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

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

جامعة مؤتة

المجلد (١٢) العدد (٣) ٢٠٢٠م

رئيس التحرير
أ.د مصلح ممدوح الصرايرة

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

هيئة التحرير

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

الهيئة الاستشارية للمجلة

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

التدقيق اللغويّ

أ. د خليل الرفوع (عربي)

د. عاطف الصرايرة (انجليزي)

مديرة المطبوعات
سهام الطراونة

التحرير
د. محمود نايف قزق

التنضيد والإخراج الضوئيّ
عروبة الصرايرة

المتابعة
سلامة الخرشة

©حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

بسم الله الرحمن الرحيم

المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية عالمية محكمة

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

أولاً: قواعد عامة للنشر في المجلة

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

ثانياً: قواعد تنظيمية للنشر

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

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

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

١- الكتب Books

أ- في نهاية الرسالة:

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

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

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

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

كلس، هانس، **النظرية المحضة في القانــون**، ترجمة أكرم الوتري، مركز البحــوث القانونية، بغــداد، ط١، ١٩٨٦.

ب- في الهامش:

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

السنهوري، الوسيط، ج٧، ص٥٨٢.

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

٢- بحوث في دوريات Research Papers Journal

أ- في نهاية الرسالة:

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

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

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

ب- **الهامش:**

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

الناهي، توحيد أحكام الإثبات، ص١٢.

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

ج- فصل في كتاب Chapter in a Book

أ- في نهاية الرسالة

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

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

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

ت- في الهامش:

اسم الباحث، عنوان البحث، الصفحة، مثال:

عباس، العرب في صقلية، ص٧١-٧٩.

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

د-أحكام المحاكم Court Judgment:

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

مثال في حال النشر في مجلة نقابة المحامين:

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

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

هـ-وقائع المؤتمرات Proceedings:

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

مثال:

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

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

و-الرسائل الجامعية Dissertation/Thesis:

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

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

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

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

المؤلف، السنة، عنوان المقالة، ذكر صفحة الاطلاع (غير منشور أو تحت الطبع أو مقدم للنشر أو اتصالات خاصة).

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

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

ف- منشورات المؤسسات Institutions Publications:

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

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

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

ل- المخطوط Manuscript:

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

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

ك- الجرائد Newspapers:

١- الخبر News Item:

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

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

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

٢- غير الخبر Non-News Item:

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

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

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

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

ي- ترسل البحوث إلى العنوان التالي:

رئيس تحرير المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

عمادة البحث العلمي/جامعة مؤتة

ص.ب (١٩) رمز بريدي (٦١٧١٠)

المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

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

ثمن العدد: (٣) دنانير

قسيمة الاشتراك

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

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

قيمة الاشتراك السنوي:

– للافراد:

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

– للمؤسسات:

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

– للطلبة: (٥) دنانير سنوياً

اسم المشترك وعنوانه:

الاسم	
العنوان	
المهنة	

طريقة الدفع: ☐ شيك ☐ حوالة بنكية ☐ حوالة بريدية

التوقيع : **التاريخ :** / / ٢٠٠

محتويات العدد

المجلد (١٢) العدد (٣) ٢٠٢٠م

ت	اســـم البحث	الصفحات
*	التنظيم القانوني والشرعي لانتقال ملكية المبيع في فترة خيار الرؤية **أ.م. أم كلثوم صبيح محمد، أ.م.د. إسماعيل محمود الجبوري، د. أشرف إسماعيل العدوان**	١٣-٣٨
*	مفهوم النظام العام وإشكالات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين **د. أسيد حسن الذنيبات**	٣٩-٧٤
*	الخلوة الشرعيّة لنزلاء المؤسسات العقابيّة في التشريع الأردني والمقارن **د. محمّد عبدالله الوريكات**	٧٥-١١٦
*	طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن وأثرها على تحقيق وظائفها من وجهة نظر الحزبيين وغير الحزبيين **د. سلطان ناصر القرعان، د. هيثم محمد عدوس، أ. فاطمة عادل حسين**	١١٧-١٤٦
*	التشريعات الفرعية في النظام القانوني الأردني **د. وليد سعود القاضي**	١٤٧-١٨٨
*	المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لحق الإنسان في الاسم كعنوان لموقع إلكتروني في القانون المدني الأردني **د. حامد حسن الحسنات الزيديين**	١٨٩-٢٢٠
*	مدى سلطة محكمة التمييز في الرقابة على وقائع الحكم دراسة تحليلية مقارنة **أ.د محمد حاتم البيات، أ د. ناديا قزمار**	٢٢١-٢٦٠
*	الاستقالة كسبب من أسباب انتهاء الخدمة الوظيفية في التشريع البحريني (دراسة مقارنة) **د. رمزي محمود هيلات**	٢٦١-٢٩٦
*	الثّباتُ والتّحولُ في تصميمِ النّظامين السّياسيين التّونسيّ والمِصريّ وتوصيفهما: مُقاربةٌ في المشتركِ العربيّ **د. رشـــاد تـــوام، أ.د.عاصم خليل**	٢٩٧-٣٣٢
*	تعدد الجنسيات وحق ممارسة الحقوق السياسية في التشريع الأردني **د. محمد حسين القضاة**	٣٣٣-٣٧٤

التنظيم القانوني والشرعي لانتقال ملكية المبيع في فترة خيار الرؤية

أ.م. أم كلثوم صبيح محمد *
أ.م.د. إساماعيل محمود الجبوري**
د. أشرف إسماعيل العدوان

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٤٣/٥م. تاريخ القبول: ٢٠١٩/٦/١٠م.

ملخص

الأصل أن المبيع في عقد البيع يمكن الاطلاع عليه ومعاينته من خلال رؤيته قبل أو عند التعاقد بحيث يستطيع المشتري معرفة حقيقته وفقاً لطبيعته، والاستثناء أن يُبرم العقد دون رؤية المبيع الذي تم تحديده مع إعطاء الخيار للمشتري لفسخ عقد البيع عند رؤيته إذا كان المبيع خالفاً للوثف المتفق عليه، فخيار الرؤية تم إقراره وتشريعه لضمان العلم الكافي بمحل العقد، وبالنتيجة تحقق الرضا التام بحيث تصبح إمكانية القول بالندم على إبرام العقد غير واقعية أو متصورة، وذلك حصل من خلال قيام خيار الرؤية بسلب لزومية العقد في حق من ثبت له الخيار، ويكون لهذا الأخير الحق إما في إمضاء العقد وتنفيذه أو الفسخ والرجوع عنه.

إن إقرار هذا الخيار يؤثر بالنتيجة في انتقال حق التملك مابين طرفي العقد – وهذا هو جوهر بحثنا– الذي تتركز أهميته في توضيح مدى تأثيره على أهم مبدأين يحكمان العقد والمتمثلين بمبدأ استقرار المعاملات المستند على المبدأ الثاني وهو مبدأ احترام الإرادة. وقد اختلف موقف فقهاء الشريعة في بيان أثر هذا الخيار على نقل ملكية المبيع أثناء إعماله، ونصوص القانونيين المدنيين العراقي والأردني لم تكن صريحة حيال ذلك.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى ضرورة النص صراحة على عدم لزوم العقد قبل استعمال الخيار وعلى ضرورة تحديد أجل يسقط بعد مروره الحق في الخيار.

الكلمات الدالة: خيار الرؤية، العقد غير اللازم، المبيع، املكية.

* كلية القانون، الجامعة المستنصرية.
** كلية القانون، الجامعة المستنصرية.
*** كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Legal and Shariatic Regulation of Title Transfer during Vision Option Period

Dr. Umm Kulthoum Sabeeh Mohammed

Dr. Ismael Mahmoud Al-Jobouri

Dr. Ashraf Ismael Al-Edwan

Abstract

The default that a sold item in a sale contract could be looked at and inspected through seeing it at or before contracting time whereas a buyer can appreciate its nature; and the exception is that a buyer have had not seen the sold good at the contracting time upon an option for him to withdraw from such a contract if the good is inspected and found missing or in contradiction with the specified qualities. Thus, the vision or inspection option has been approved and enacted in law to guarantee a sufficient knowledge of the sale's subject, therefore, establishing a complete informed consent with which the allegation of contracting regret becomes unrealistic or unimaginable. This is translated via the vision option seizing the obligatory nature of contract upon who he has the vision choice, where the latter has the right either to conclude the contract or withdraw from it.

The recognition of this option, subsequently, impacts title and property transfer between parties to a sale contract: this particular issue is the essences of our research; where the importance of this option stems from its influence on two important principles governing contract. These are: Transactions Stability and Contractual will, where the first one is dependent on the latter. However, Sharia jurists have had disagreed over the role played by this option upon title transfer when such option is enforced. Meanwhile, the texts of both Iraqi and Jordanian Civil laws remain inexplicit in this regard.

Therefore, this study concludes that it is immensely necessary to textually specify that a contract is nugatory before utilizing such option including marking a time by the elapse of which the utilization of the option becomes invalid

Keywords: Vision option, Nugatory contract, Sold good, Property

المقدمة:

تحتل البيوع مكانة هامة ضمن نطاق المعاملات التي تعد جوهر الحياة وأساسها، إذ لا غنى عنها لدى الناس كافة لضمان استمرار حياتهم اليومية. ولكي ينشأ عقد البيع صحيحاً لا بد من توافر أركان معينة يستند إليها، تتمثل في تراضي المتعاقدين والمحل (موضوع التعاقد) والسبب. وكل ركن من هذه الأركان له أهميته المتميزة، حيث يتوقف وجود العقد وانعدامه على وجودها وانعدامها، وبالنتيجة فإذا تم العقد مستوفياً لأركانه، فإنه ينعقد صحيحاً ناقداً لازماً، فلا يكون لأحد الخيار فيه ضماناً لاستقرار المعاملات وقطعاً للخصومات والمنازعات، إلاّ أن إعمال هذا الأصل بصورة مطلقة قد يُوقع أحد العاقدين في ضرر أو يُلحق به حرج أو أذى، خاصة فيما يتعلق بركن المحل–كونه يثبت فيه أثر العقد وتتعلق به أحكامه – وبالنتيجة ينعدم عقد البيع بانعدام محله ويبطل إذا لم يتفق طرفاه على المبيع. إلا أن المشرعين الأردني والعراقي قد أجازا التعاقد على شيء لم يره المشتري من قبل إذا اكتفى بوسفه دقيقاً وفق شروط محددة. وهنا قد يفاجأ المشتري بكون محل العقد معيباً أو مخالفاً للوصف المتفق عليه، وبالتالي يجد أنه كان متعجلاً لعدم رؤيته للمبيع. لهذا فقد شرعت الخيارات رفقاً بالمتعاقد ودفعاً للضرر الذي يمكن أنيلحق به نتيجة لزوم العقد، ومن هذه الخيارات خيار الرؤية الذي يتعلق بمحل العقد ومدى الرضا به، فهو خيار يثبت عند عدم رؤية المحل، فإذا كان من أهم شروط المحل أن يكون معيناً ومعلوماً، فإن هذا الخيار قد تم إقراره وتشريعه لضمان العلم الكافي بالمحل، وبالنتيجة نضمن تحقق الرضا التام بحيث تصبح إمكانية الندم على إبرام العقد غير واقعية أو متصورة، ويحصل ذلك من خلال اعتبار العقد مع الخيار عقداً نافذاً غير لازم – وهذا هو جوهر خيار الرؤية – فخيار الرؤية يسلب لزومية العقد في حق من يثبت له الخيار، ويكون لهذا الأخير الحق إما في إمضاء العقد وتنفيذه أو الفسخ والرجوع عنه.

فالأصل أن المبيع يمكن الإطلاع عليه ومعاينته من خلال رؤيته بحيث يتكن المتعاقد من معرفة حقيقتة وفقاً لطبيعته–سواء تمت الرؤية من قبل المتعاقد نفسه أم بواسطة وكيله–والاستثناء أن يُبرم العقد دون رؤية المبيع وبعد تحديده مع إعطاء الخيار للمشتري لفسخ العقد عند رؤيته إذا كان المبيع مخالفاً للوصف المتفق عليه. هذا الخيار يؤثر بالنتيجة في انتقال حق التملك ما بين طرفي العقد وهذا هو جوهر بحثنا الذي تظهر في مدى تأثيره على أهم مبدأين يحككمان العقد المتمثلين بمبدأ استقرار المعاملات المستند على المبدأ الثاني وهو مبدأ احترام الإرادة. فقد اختلف موقف فقهاء الشريعة من هذا الخيار وما يترتب عليه من أثر يتعلق بنقل ملكية المبيع أثناء إعماله.

والأســـاس الشـــرعي لهـــذا الخيار هو حديث الرسول ﷺ " مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ"(١)، بينما نظمه المشرعان العراقي والأردني بنصوص صريحة في القانون المدني. ومن هنا فهدف البحث بيان مدى التنظيم الشرعي والقانوني لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري الذي لم يره.

أما إشكالية البحث فتتجسد بالسؤال التالي: هل تنتقل ملكية المبيع عند إبرام العقد أم بعد تمام الرؤية والموافقة؟ وماهي طبيعة حق التملك في فترة الخيار؟ وماهي الأحكام التي يرتبها العقد في تلك الفترة؟. وبناءً على ما تقدم سوف نقسم بحثنا الى ثلاثة مباحث: نخصص أولها لبيان صفة العقد في زمن خيار الرؤية، بينما نبحث في الثاني طبيعة حق التملك في فترة هذا الخيار، وأخيراً نوضح الآثار المترتبة على انتقال ملكية المبيع خلال فترة خيار الرؤية.

المبحث الأول: صفة العقد في زمن خيار الرؤية

يعتبر عقد البيع بشرط خيار الرؤية من البيوع الموصوفة التي اقترنت بشرط الرؤية، وبالتالي لا بد أن يكون لهذا الخيار أثر على هذا العقد. وبما أن البيع من العقود اللازمة لطرفيها بحكم طبيعته، فإن وجود خيار الرؤية يؤثر على صفة اللزوم بالنسبة للمشتري، أما البائع فعقد البيع بالنسبة له يعتبر عقداً لازماً سواء قبل الرؤية أم بعدها(٢). وتأثير وجود الخيار على مدى كون البيع لازماً من عدمه بالنسبة للمشتري يختلف عنه قبل الرؤية وبعدها، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

(١) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في "سننه" عن داهر بن نوح ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي ثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "{من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه}" قال عمر الكردي: وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، قال عمر أيضا: وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، قال الدارقطني: وعمر بن إبراهيم هذا يقال له: الكردي يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح ، لم يروه غيره ، وإنما يروي عن ابن سيرين من قوله.
أنظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، دار الحديث، ط ١ ١٩٩٥، ص، ٤٣٥ – ٤٤١، باب خيار الرؤية.

(٢) مهران: محمود بلال، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، ط٢، دار الثقافة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٧٢.

المطلب الأول: صفة العقد قبل تحقق الرؤية

قد تفرض ظروف التعامل إبرام عقد بيع يكون محله شيء غائب لم يسبق للمشتري رؤيته، ومن أجل تحصين نفسه يجعل العقد موقوفاً على تحقق الرؤية، ومن ثم يكون له الحق بين القبول أو الرفض. وهنا يُطرح التساؤل عن مدى تأثير الخيار على العقد من لحظة إنشائه لحين رؤيته من قبل المشتري فهل هو عقد لازم أم غير لازم أو عقد موقوف؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد أن نميز بين موقف الفقه والقانون:

الفرع الأول: موقف الفقه

انقسم فقهاء المذاهب الاسلامية الى اتجاهين بخصوص مدى لزوم المشتري بالعقد قبل رؤيته للمبيع:

فذهب أصحاب الإتجاه الأول[١] الى اعتبار البيع عقداً غير لازم لأن عدم رؤية المشتري لما سيشتريه يجعل رضاه غير تام، وبالتالي يكون العقد كذلك غير تام، فتمام العقد يحصل بالرضاء به، ولا يمكننا القول بوجود هذا الرضا طالما لم يستطع المشتري رؤية المبيع، أساسهم في ذلك حديث الرسولﷺ "مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ"، وأكدوا ذلك بقولهم" من اشترى شيئاً لم يره، فله الخيار إذا راه إن شاء أخذه بجميع ثمنه، وإن شاء رده، سواء أرآه على الصفة التي وصف له أم على خلافها"[٢] مما يدل على أنهم اعتبروا البيع غير لازم حتى لو ظهر المعقود عليه بالصفة التي ذكرت عند التعاقد، وبالنتيجة أعطوا للمشتري الحق في الفسخ قبل الرؤية طالما كان له الحق فيه بعد الرؤية ولو كان مطابقاً للوصف.

(١) وهم كل من الحنفية وقسم من الشافعية والحنابلة والزيدية، وللتفصيل يُنظر: الكاساني: علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتب العربية، بيروت – لبنان، ١٣٩٤هـ، ج ٥، ص ٢٩٢، النووي، ابي زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل احمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العالمية، ج ٣، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص٤٢، ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله، الكافي، تحقيق محمد فارس و مسعد عبدالحميد السعدني، ط١ ، ١٩٩٤، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ص ٩، المرتضى، الأمام احمد، شرح الازهار، ج ٣، مكتبة غمضان، صنعاء، اليمن، ص ٩١–٩٣.

(٢) الشيخ نظام الدين ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج ٣، ط ١، مطبعة دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ٦٢.

ويترتب على اعتبار عقد البيع قبل الرؤية – عند القائلين بهذا الرأي – عقداً غير لازم أن باستطاعة المشتري وبإرادته المنفردة نقض العقد ولو دون موافقة البائع، وأسس أصحاب هذا الاتجاه منح حق الفسخ للمشتري على ثبوت خيار الرؤية له باعتباره حالة استثنائية طرأت على العقد فجعلته غير لازم لمن ثبت الخيار له، ومن ثم يكون لهذا الأخير حق إنهاء العقد وفسخه ليس بسبب خيار الرؤية وإنما لأنه أصلا عقد غير لازم له [١]. واستدل القائلون بهذا الرأي على ما ورد عنه صلى الله عليه وسلم " من اشترى شيئاً لم يره كان بالخيار إذا راه "[٢]، فأكدوا أن الحديث يدل على حق من قُرر الخيار لمصلحته في اتمام العقد إو إلغاءه من خلال فسخه، أي أن العقد غير لازم بالنسبة له.

أما أصحاب الاتجاه الثاني[٣] فقد ردوا على أصحاب الاتجاه الأول بأن العقد يجب أن يكون لازماً قبل الرؤية ولا يمكن فسخه إلا بعد الرؤية، لأن عدم لزومه ثبت نتيجة استعمال الخيار أي إن عدم اللزوم كان أثراً لاستخدام الخيار الذي يعتبر مؤثراً ولا يجوز ثبوت الأثر قبل تحقق المؤثر[٤]. وبناءً على ذلك فقد اعتبروا عقد البيع قبل استعمال المشتري لخياره في رؤية المبيع باتاً ولازماً فهو عقد تم إبرامه بتوافق الرضا بين أطرافه بشكل نهائي، أي أن العقد قد تم بناءً على البذل والقبول الصادرين من البائع والمشتري الذين اتفقا على تعليق القدرة على المضي بالعقد أو بالفسخ على تمام الرؤية،

(١) زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٢، بدون مكان طبع، ص ٣٨٥.

(٢) رواه الإمام أبو حنيفة بسنده عن الهيثم بن حبيب عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم: الخوارزمي: محمد بن محمود، جامع مسانيد الأمام الأعظم، ج ٢، مطبعة حيدر اباد، الهند، ١٣٣٢هـ، ص٢٥.

(٣) وهم كل من الامامية والاباضية وقول للحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية، وللتفصيل يُنظر : السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدّلائل، ج ٨، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، ص ١٩٨، فجر، وجداني، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، ج ٧ في مواصلة بحث البيع و الشراء، أحكام الربا، الخيار و أقسامه، الناشر سماء قلم، ص ٢٣١-٢٣٢، الميزابي، محمد بن يوسف بن اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٣٤٣هـ، ص ١٤٢-١٤٣، القدوري، ابي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق كامل محمد عويضة، الطبعة الاولى، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٨١، الشيرازي، ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي، المهذب، الطبعة الاولى، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص ١٥، النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ج ٣، ص ٤٢، ابن قدامة، الكافي، المصدر السابق، ص ٩، المرتضى، شرح الازهار، المصدر السابق، ج ٣، ص ٩١.

(٤) العلفي، عبد الله عبد الله محمد، احكام الخيارات في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٣٨٨.

وبذلك فقبل تحقق تلك الرؤية، يكون العقد على صفته الأصلية المتمثلة باللزوم الى أن يتحقق الاستثناء المتمثل بالرؤية فعندئذ قد يزول اللزوم، وعلّل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم باعتبار أن الرؤية سبب، وعدم الرؤية يعتبر مسبباً، لذلك لو منح المشتري حق الفسخ أو اتمام التعاقد قبل تحقق الرؤية لأدى ذلك الى وجود المسبب قبل السبب، وهو أمر لا يمكن قبوله [١]، واشترط القائلون بهذا الرأي لاستخدام خيار الفسخ من قبل المشتري أن يكون المبيع على خلاف الوصف الذي وصف به أثناء العقد أو إذا تغير في الفترة ما بين الإبرام والرؤية.

واستناداً لاعتبار العقد لازماً قبل تحقق الرؤية، فلا يجوز للمشتري فسخ العقد في هذه المرحلة، لأنه عقد لازم تمسكاً بالقاعدة العامة في لزوم العقد إلى أن يوجد ما يوجب العدول عنه أي إلى حين الرؤية.

أما في القانون، فقد انقسم شراحه الى اتجاهين كذلك حول مدى توافر صفة اللزوم في عقد البيع قبل تحقق الرؤية، فذهب قسم منهم[٢] إلى اعتبار البيع عقداً غير لازم بالنسبة للمشتري سواء قبل الرؤية أم بعدها، معللين رأيهم بأن عدم رؤيته للمبيع يمنع تمام العقد في حقه لأن رضاه غير تام لنقصان علمه بالمبيع نتيجة عدم رؤيته، ومن ثم يكون له حق الإمضاء في العقد أو فسخه ساعة يشاء طالما لم ير المبيع.

وذهب قسم آخر من شراح القانون[٣] إلى عد البيع عقداً لازماً لطرفيه قبل رؤية المبيع، وبالتالي لا يجوز للمشتري فسخ العقد قبل استعماله للخيار. ويُعلل أصحاب هذا الرأي قولهم بأن إعطاء المشتري حق فسخ عقد البيع قبل رؤيته للمبيع بمثابة ترتيب الأثر قبل وجود المؤثر، وهذا لا يجوز عقلاً. كما أنهم يؤكدون أن خيار الرؤية في القانون المدني لا يتوقف على مجرد إرادة ومشيئة

(١) الحلي، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي، تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بدون سنة طبع، ص ٣٥.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع، ج ٤، ط٢، تنقيح مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٥٥، النجار: عبد الله مبروك، مبادئ عقد البيع، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، ص ٧٥، الونداوي: كمال ثروت، شرح احكام عقد البيع (دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والاجنبية)، ط ١، مطبعة دار السلام، العراق، ١٩٧٣، ص ٦٥-٦٧.

(٣) الذنون: حسن علي، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة الرابطة، العراق، ١٩٥٣، ص ٦٥، المغربي: محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٢٨.

المشتري، وإنما اشترط لفسخ العقد بالاستناد لهذا الخيار ضرورة كون المبيع غير مطابق للوصف المتفق عليه، وهو أمر لا يمكن التأكد منه إلاّ بعد الرؤية.

الفرع الثاني: موقف القانون:

أما التنظيم التشريعي لصفة العقد قبل تحقق الرؤية، نجد أن القانون المدني العراقي قد انتهج موقف الفقه الإسلامي وشراح القانون، فهو تارةً يعتبر عقد البيع عقداً غير لازم قبل رؤية المبيع، وهذا ما نراه واضحاً في نص المادة (٥١٩) بفقرتها الأولى والتي نصت على أنه "إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقةً واحدة، فلابد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على حدة "، حيث يتضح لنا أن المشرع العراقي جعل البيع عقداً غير لازم قبل استعمال الخيار وتمام الرؤية، ومن ثم أعطى للمشتري حق فسخ العقد قبل رؤيته للمبيع كما يكون له الاستمرار بالعقد.

بينما نجد أن المشرع العراقي – من ناحية أخرى – اعتبر البيع عقداً لازماً لطرفيه قبل استعمال خيار الرؤية، حين نص في الفقرة الأولى من المادة (٥٢٣) على أن "يسقط خيار الرؤية .... بوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ...". وهذا يدل على أن عقد البيع يعتبر لازماً قبل استعمال الخيار ومن ثم فلا يحق للمشتري فسخ العقد قبل استعماله لخياره في الرؤية، لأن حق المشتري في فسخ العقد استناداً للنص المذكور يثبت فقط في حالة مخالفة المبيع للوصف المتفق عليه، بمعنى أنه لا يحق له استعمال حق الفسخ إذا وجد أن المبيع مطابق للوصف المتفق عليه. ومعلوم أن مطابقة أو عدم مطابقة المبيع للوصف إنما يكون بعد الرؤية لا قبلها، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية حينما قضت بأن "لمشتري السيارة حق طلب الفسخ إذا ظهرت من طراز موديل سنة غير السنة المتفق عليها"[1].

والذي نراه أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في مسلكه، فتقريره الأخذ بكلا الاتجاهين غالباً ما يؤدي الى حدوث الإشكالات التي تضر باستقرار المعاملات، فاعتبار العقد قبل استعمال الخيار تارة لازماً وتارة غير لازم فيه نوع من الغموض وفتح المجال للأهواء، لأنه يُضيع الغرض الرئيسي من استعمال الخيار المتمثل في إزالة الجهالة من خلال رؤية المشتري للمبيع. ونحن نتفق مع الرأي القائل بأن صفة اللزوم لا تكون موجودة في عقد البيع المقترن بخيار الرؤية قبل استعمال الخيار، لأن القول

(١) قرار رقم ٢٤، ٤٧٣/م٢/١٩٧٣، تاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٨، منشور في النشرة القضائية، العدد ٤، السنة الرابعة، ص٥٢.

بعكس ذلك يُضيع الغرض من الرؤية وبالتالي يُفقد الخيار قيمته، وبالنتيجة وطالما مُنح المشتري خيار الرؤية، فلابد من الاستفادة مما مُنح له سواء أكان ذلك قبل الرؤية أم بعدها.

بينما نجد أن المشرع الأردني قد عالج صفة العقد قبل تحقق الرؤية بنص واحد اعتبر فيه العقد غير لازم لصاحب الخيار، حيث قرر أن "خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شُرط له الخيار"[١]. ويُفهم من هذا لنص أيضاً أن الخيار لا يقتصر على المشتري، بل يمكن أن يُعطي للبائع الذي لم يرا المعقود عليه.

المطلب الثاني: صفة العقد بعد تحقق الرؤية

إذا كان العقد قبل رؤية المبيع غير لازم للمشتري، فإن رؤية المبيع خلال مدة الخيار تضع المشتري أمام خيارات بعد الرؤية (الفرع الأول)، إلاّ أن المشتري قد يتصرف بالمبيع دون أن يحدد موقفه من العقد خلال فترة الروية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النطاق الزمني لممارسة خيار الرؤية

إذا تمت رؤية المبيع من قبل المشتري سواء أكانت رؤية حقيقية (بالإبصار) أم مجازية (باستخدام أي وسيلة تؤدي الى معرفة المبيع كاللمس والشم والتذوق والسماع)[٢] ثبت له الحق بالخيار، وذلك لتحقق آخر شرط من شروطه وهو الرؤية. وهنا تظهر أهمية اعتبار العقد غير لازم بالنسبة للمشتري، وهذا بإجماع فقهاء الشريعة وشراح القانون، حيث يترتب على ذلك أن المشتري لابد له من اتخاذ أحد موقفين : أولهما أن يقرر المضي في العقد بعد رؤيته للمبيع الذي تعاقد على شرائه قبل أن يراه[٣]، وهنا لا يوجد أي إشكالية، فبمجرد قبول المشتري للمبيع يصبح الرضاء تاماً بين العاقدين، فكان عقد البيع صحيحاً، نافذاً وأصبح لازماً لطرفيه، وبالتالي يتوجب على المشتري القيام بالالتزامات المترتبة على عاتقه بموجب عقد البيع والتي من أهمها دفع ثمن المبيع للبائع، كما يكون له حق التمتع

(١) المادة ١٨٦ من القانون المدني الأردني.

(٢) وهذا ما وضحه نص المادة (٢/٥٢٠) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه " ويسقط على كل حال خيار الاعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات ".

(٣) الكاساني، المصدر السابق، ج ٥، ص ٢٩٥، زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٦٥، ص ٣٢١، الذنون، المصدر السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

بما ينتج عن المبيع من فوائد ومنافع مع تحمل النفقات المترتبة عليها بإعتباره مالكاً لها منذ انعقاد العقد.

ولكن قد يكون المبيع مخالفاً لما أراده المشتري أو توقعه أو مخالفاً للوصف الذي ذُكر عند التعاقد، فعندئذ لا يجبر المشتري على المضي في العقد، ويكون له حق التراجع عما أتفق عليه مع البائع من خلال طلبه فسخ عقد البيع استناداً الى الخيار المتفق عليه والمقرر قانوناً.

ولابد من ملاحظة أنه لكي يستطيع المشتري فسخ العقد أو إمضائه لابد من استخدام الخيار ضمن نطاقه الزمني، مع التأكيد على أن عملية تحديد بداية هذا النطاق تتحكم فيه الرؤية – وهي واقعة لاحقة لعقد البيع – والأساس أن أمر تحديدها يُترك لظروف المشتري[١]، فقد تتم الرؤية مباشرة بعد التعاقد، وقد لا تتم إلاّ بعد مرور فترة من الزمن، وعلى كل حال فيجب أن يتم استعمال الخيار بعد التمكن من رؤية المبيع من قبل المشتري أو من ينوب عنه، لأن هذا الخيار يثبت عند رؤية المبيع لا قبلها أي أنه يكون معلقاً بتحقق شرط الرؤية، وبالنتيجة فإن تنازل المشتري عن حقه في الخيار أو قبوله للمبيع قبل رؤيته لا يؤثر في وجود الخيار ويبقى حق الفسخ ثابتاً له باجماع فقهاء الشريعة والقانون [٢]، لأن كل ما تعلق بشرط الرؤية يُعد معدوماً قبل وجوده، والإسقاط لا يتحقق في المعدوم، فالمبيع قبل رؤيته من قبل المشتري هو أمر مجهول له، وقبوله به قبل أن يراه يؤدي الى إلحاق ضرر به ومن ثم لا يُقبل منه.

وقد يُطرح التساؤل عن المدة الزمنية التي يستغرقها الحق بالفسخ، فهل حق المشتري بفسخ العقد مقيد بوقت محدد أم أن المدة مطلقة؟

إن فقهاء الشريعة الاسلامية انقسموا في جواب هذا السؤال إلى ثلاثة اتجاهات: ذهب الأول الى أن حق المشتري بفسخ البيع بعد رؤيته للمبيع مطلق المدة نظراً لإطلاق النص الذي قرره [٣]، أما

(١) العلفي، مرجع سابق، ص ٣٤٤.
(٢) الحلي، المصدر السابق، ص ٢٩١، السنهوري، المصدر السابق، ص ١٥٥، زيدان، المصدر السابق، ص ٣٨٤.
(٣) وهذا هو رأي الحنفية والمالكية وقسم من الامامية، يُنظر: النووي، المرجع السابق، ص ٤٢-٤٣، العلفي، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

الإتجاه الثاني فيؤكد أن حق المشتري بالفسخ مقيد بمجلس الرؤية، وبالتالي فهو يُعد كخيار المجلس [١]، أما الإتجاه الثالث فاعتبر أن حق الفسخ يجب أن يكون فور تمام الرؤية [٢].

أما في القانون، فيمكننا أن نرى أن المشرع العراقي قيد حق المشتري بالفسخ بعد الرؤية وذلك من خلال نص المادة (١/٥٢٣) التي جاء فيها "..... بمضي وقت كافٍ يُمكن المشتري من رؤية الشيء"، بمعنى أنه لم يجعل هذا الحق مطلقاً وإنما جعله مقيداً بوقت كافٍ، ولكنه لم يحدد وقتاً لسقوطه، بل ترك أمر تحديده للقاضي باعتباره مسالة موضوعية تختلف باختلاف كل نزاع [٣]. إلاّ أن المشرع جاء كذلك بحكم عملي أعطى من خلاله الحق للبائع بتحديد أجل معلوم للمشتري يمكن للأخير أن يبين خلاله رغبته بفسخ العقد من عدمه، وهذا ما نتبينه من نص الفقرة الثانية من نفس المادة والتي جاء فيها "للبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة".

أما المشرع الأردني فلم يحدد مدة لممارسة خيار الرؤية، فقد اكتفى بالنص على بقاء خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه[٤]، أي أنه أشار الى فرضية اتفاق المتعاقدين على تاريخ ممارسة خيار الرؤية، لكنه لم يُحدد مدة يقوم خلالها المشتري بتحديد موقفه.

ونحن نتفق مع الإتجاه الذي سلكه المشرع العراقي لضمان الثقة بين المتعاقدين، الأمر الذي ينعكس على استقرار المعاملات، وإن كنا نتمنى من المشرع لو نص صراحةً على تحديد أجل يسقط بعد مروره حق المشتري في الخيار، لأن هذا الأخير في بعض العقود قد يستغرق أمداً طويلاً حتى يُفصح عن إرادته ويمارس خياره، الأمر الذي ينعكس سلباً على البائع نتيجة تعليق مصلحته على إرادة المشتري التي قد تكون سيئة القصد والغاية. ونُفضل أن تبدأ مدة الخيار بعد انعقاد العقد وتنتهي في أجل معلوم كثلاثة أشهر مثلاً، فإذا مرت الفترة التي تم تحديدها ولم يصدر من المشتري ما يدل على رغبته في فسخ العقد اُعتبر الرضا تاماً والعقد لازماً، وفي تحديد هذه المدة ضمان أكيد لمصلحة البائع

(١) وهذا رأي الشافعية والحنابلة، ابن قدامة، المصدر السابق، ص ٩٨، المرداوي، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج١١، الطبعة الاولى، دار هجر، مصر، ١٩٩٥، ص ٩٨.

(٢) وهو رأي القسم الآخر من الحنفية والشافعية والحنابلة واجمع عليه فقهاء الزيدية وهو الرأي الراجح عند الامامية للتفصيل انظر: الذنون، المصدر السابق، ص ٦٦.

(٣) الذنون، المرجع السابق، ص ٦٦، وانظر كذلك: عبير فياض علي، خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ص ٩٥.

(٤) المادة ١٨٥ من القانون المدني الأردني.

من سوء نية المشتري، فضلاً عن كون البائع قد لا يعلم بما أجازه له المشرع من إمكانية الاتفاق على تحديد أجل للخيار، الأمر الذي يوجب على المشرع حمايته ومنع المشتري من التحايل عليه، وهدفنا في ذلك كله هو استقرار المعاملات وحماية الثقة في العقود.

ورغم عدم وجود نص في القانون المدني الأردني مماثل للفقرة (٢) من المادة ٥٢٣ مدني عراقي، إلاّ أنه لا يوجد ما يمنع البائع في التشريع الأردني من أن يُحدد للمشتري مدة لتحديد موقفه بعد رؤية المبيع، فهذا شرط لا يخالف النظام العام.

الفرع الثاني: لزوم العقد خلال فترة الرؤية

رغم أن إجازة عقد البيع من قبل المشتري قبل رؤيته للمبيع لا تؤثر في حقه لطلب فسخ العقد بعد تمام الرؤية، إلاّ أن الحكم يختلف إذا كان رضا المشتري ومن ثم إجازته للعقد ضمنية (أي تم رضاه من خلال التصرف) كأن يتصرف المشتري بالمبيع تصرفاً يُرتب للغير حقاً على ذات المبيع، ففي مثل هذه الحالة يسقط حق المشتري في خيار الرؤية. وسبب ذلك يتمثل في عدم استطاعة المشتري فسخ البيع، لأن استعمال حق الفسخ يوجب على صاحبه إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد، وبما أن المشتري هو من رتب حقاً للغير على المبيع، فمن ثم لا يجوز له نقض تصرفه بيده، بمعنى أن تصرفه يُسقط حقه في فسخ العقد، وإذا منع من الفسخ أُعتبر العقد لازماً [١].

المبحث الثاني: طبيعة حق التملك في فترة خيار الرؤية

إذا ثبت خيار الرؤية للمشتري ترتب على ذلك عدم ثبوت حكم عقد البيع في حقه، لأن العقد عندئذ غير لازم له، في حين يثبت حكم البيع في حق البائع، لأن العقد يعتبر لازماً بالنسبة إليه لعدم وجود ما يحول بينه وبين حقه، ويترتب على ذلك انتقال الملك عنه. أما بالنسبة للمشتري فعقد البيع يعتبر غير لازم، فلا يرتب أثره في الحال وإنما يتراخى أثره لحين زوال الخيار وسقوطه، لأنه لا يعرف هل سيستمر العقد ويرتب آثاره أم سيُفسخ ولا يكون له وجود. وقد اختلفت آراء الفقهاء والنصوص القانونية في تحديد مالك المبيع في فترة الخيار، حيث جاءت على النحو التالي:

(١) ابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢١، النجار، مرجع سابق، ص ٧٤، وسنفصل الكلام في تصرفات المشتري بالمبيع في المبحث الثالث (أنظر ص ١٥ وما بعدها من هذا البحث).

الفرع الأول: موقف الفقه

تباينت الآراء الفقهية حول من هو مالك المبيع خلال فترة خيار الرؤية، ويمكن تلخيص هذه الآراء في ثلاثة اتجاهات:

الرأي الأول: بقاء الملكية للبائع

إن ملكية المبيع تبقى للبائع كما كانت قبل إبرام العقد [١]، لأن خيار الرؤية يؤثر في حكم العقد ومن ثم يمنع نقل ملكية المبيع، تلك الملكية التي يرون أنها لا يمكن أن تنتقل في العقد على شيء غير مرئي ومقترن بشرط الرؤية، إذ يعتبر هكذا عقد غير تام، لوجود احتمالية الفسخ التي تجعل عقد البيع غير مستقر، وملكية المبيع لا يمكن تصورها إلاّ في العقود الثابتة المستقرة، فضلاً عن أن العقد لا يرتب جميع آثاره إلاّ بالرضا التام الذي لا يتحقق إلاّ بعد رؤية المبيع، وبالتالي فإن قبول المشتري للمبيع بعد رؤيته، هو الذي ينقل الملكية نتيجة اقتران قبول المشتري بالإيجاب الصادر من البائع، وعندئذ يتحقق الرضا التام بمعنى أن قرار المشتري بإمضاء العقد هو الذي ينقل الملك. ويترتب على هذا الرأي أن يد المشتري على المبيع الذي لم تتم رؤيته تعتبر يد أمانة لأن المبيع ما زال ملكاً للبائع.

الرأي الثاني: انتقال الملكية للمشتري

إن الملكية تنتقل الى المشتري [٢]، لأن قرار المشتري بإمضاء العقد يُعد تقريراً لحقه الثابت بملكية المبيع لا نقلاً للملكية. وبناءً على هذا الرأي، فإن أهم آثار عقد البيع المتمثل في نقل ملكية المبيع يثبت سواء تمت الرؤية أم لم تتم، ويبقى هذا الأثر سارياً الى أن يقوم المشتري باستعمال حقه الثابت له بالخيار، بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل للمشتري نظير انتقال ثمنها الى البائع، إلاّ أن هذه الملكية تكون غير مستقرة بشكل كامل كونها مهددة بالزوال إذا قرر المشتري فسخ العقد نتيجة استعمال خياره، ويكون هذا التهديد قائماً قبل الرؤية وبعدها عند من اعتبر عقد البيع غير لازم قبل الرؤية، في حين أن

(١) وهذ هو رأي المالكية، انظر جبر: عزيز كاظم، خيار الرؤية بين نظرية الغلط وقواعد تعيين المبيع، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ١٧، العددان (١ و ٢)، ٢٠٠٢، العراق، ص ٢٤٦، عبير فياض علي، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) وهذا هو رأي الحنفية وقول للشافعية والحنابلة والزيدية والامامية، للتفصيل أنظر: الكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٩٢، ابن قدامة: الامام موفق الدين، المغني، شرح لمختصر الخرقي، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ج ٦، ط ٣، دار الكتب، الرياض، السعودية، ١٩٩٧، ص ٣٩، المرتضى، شرح الازهار، مرجع سابق، ج ٣، ص ٩١، الطبابائي، رياض المسائل، مرجع سابق، ج٨، ص ٣١٩.

هذا التهديد لا يوجد قبل الرؤية عند من قال بلزوم عقد البيع قبل تمام الرؤية، ومن ثم فلا يُهدد العقد إلاّ بتحقق الرؤية وكون المبيع مخالفاً لما تم وصفه عند التعاقد (١).

وتنتقل ملكية المبيع للمشتري حتى لو لم يستلمه أو يقوم بدفع ثمنه، لأن انتقال الملكية لا يتوقف على تسليم العين محل العقد أو الثمن، وبناءً على ذلك يثبت للمشتري – باعتباره مالكاً للمبيع من لحظة التعاقد – حق التصرف بملكه باعتبار أن ثبوت الخيار للمشتري يؤثر في صفة لزوم العقد لا في نفاذه.

واستناداً لهذا الرأي، فإن عقد البيع المقترن بخيار الرؤية يعتبر نافذاً من لحظة انعقاده وتترتب عليه جميع أحكامه وآثاره والتي من أهمها نقل ملكية المبيع للمشتري، فلا يؤثر وجود خيار الرؤية على هذه الملكية.

الرأي الثالث: الملكية معلقة

إن ملكية المبيع موقوفة الى حين إبداء المشتري رغبته بعد استخدامه لحقه في الخيار(٢)، أي أن العقد المقترن بخيار الرؤية هو في حقيقته عقد غير مستقر طيلة فترة الخيار، فهو موقوف لا يمكن أن ينتج أي أثر من آثاره إلاّ بعد إجازته ممن يمتلك حق الإجازة وهو هنا المشتري، فالبيع هنا يؤدي الى التملك، لكن التملك لا يكون تاماً بسبب تعلق حق الغير به، والأمر كله متوقف على إرادة المشتري المنفردة ودون حاجة الى اللجوء للقضاء أو أخذ موافقة البائع، كما أنه – أي المشتري – لا يُجبر على تبرير موقفه بالفسخ أو الإمضاء، فإن قرر إمضاء العقد اعتبر مالكاً للمبيع من لحظة الانعقاد، وكذا الأمر إن مرت الفترة التي حددها البائع للمشتري لكي تتم الرؤية خلالها ولم يمارس المشتري حقه في الرؤية، فعندئذ يُصبح العقد نهائياً ومنتجاً لآثاره القانونية وملزماً لطرفيه. أما إذا قرر المشتري فسخ العقد، بقيت ملكية المبيع للبائع، فلا يؤثر الاتفاق بين الطرفين على ملكية المبيع.

الفرع الثاني: موقف القانون

أما في القانون، فلم نجد في القانون المدني العراقي نصاً يوضح حكم نقل ملكية المبيع في عقود البيع المقترنة بخيار الرؤية، رغم وجود العديد من النصوص الصريحة المتعلقة بمثل هكذا بيوع، ومع

(١) جبر، مرجع سابق، ص ٢٤٧، الجزيري: عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة، ط ٥، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص ٢١٩، المغربي: محمد نجيب عوضين، احكام ووسائل العلم بالمبيع، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٢) وهذا هو القول الثاني للشافعية، الراوي: محمد سعيد، شرح مجلة الاحكام الشرعية، مطبعة دار السلام، بغداد، ص١٢.

ذلك يمكننا القول أن المشرع العراقي أخذ بالرأي الثاني لفقهاء الشريعة الإسلامية، فقرر نقل ملكية المبيع باعتباره من آثار العقد حتى قبل حصول الرؤية، باعتبار أن مثل هكذا عقد هو عقد صحيح نافذ ودون أن يؤثر وجود صفة اللزوم من عدمها على ترتيب هذا الأثر، وهذا ما نستطيع تلمسه بالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني وخاصةً من خلال نص المادة (١٤٣) التي جاء فيها "عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه ...." وكذلك نص المادة (٥٣١) الذي أكد على أنه "إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يُعين إلاّ بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلاّ بالإفراز".

فاستناداً الى النصوص أعلاه، يتبين لنا تقرير المشرع العراقي لانتقال ملكية المبيع الى المشتري في كل عقد توافرت فيه جميع أركانه وشروطه، وبما أن شرط الرؤية في حقيقته هو شرط لزوم لا شرط صحة، بدليل أنه إذا قام المشتري بالتصرف بالمبيع قبل رؤيته له، فإن تصرفه يعتبر صحيحاً ومن ثم يفقد حقه في فسخ العقد، وهذا ما أكده نص الفقرة الاولى من المادة (٥٢٣) الذي جاء فيه " يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وبتصرفه في المبيع قبل أن يراه ..."، فنص هذه المادة يدل دلالةً واضحة بأن عقد البيع المقترن بخيار الرؤية ينقل ملكية المبيع من لحظة إبرامه وقبل تحقق الرؤية.

ونحن لا نميل كثيراً مع رأي المشرع العراقي إذ كان الأولى أن ينص صراحةً على مصير ملكية المبيع في فترة الخيار، كما أننا نُرجح الأخذ بالإتجاه الفقهي الثالث الذي يجعل عقد البيع المقترن بخيار الرؤية عقداً موقوفاً لا تترتب آثاره ومنها نقل ملكية المبيع إلاّ بعد تمام الرؤية، إذ أن قيام المشتري بالتصرف بالمبيع قبل رؤيته قد يكون استناداً الى حسن النية وعلى ما ذكره البائع من وصف، ومن ثم يتضح بعد الرؤية الحقيقية أن المبيع مخالف لمتطلبات المشتري أو من تصرف له المشتري ومن ثم يقع الحرج وتتزعزع الثقة، أما جعل العقد موقوفاً مع ضرورة تحديد المشرع لفترة زمنية يجب أن يتم خلالها تنفيذ الخيار إن لم يتفق المتعاقدان على تحديد تلك المدة، فإنه يؤدي الى استقرار المعاملات وتحقيق التوازن بين طرفي العقد، فضلاً عن تصحيح المراكز القانونية التي وجد فيها اختلال بسبب عدم تمكن المشتري من رؤية المبيع.

أما المشرع الأردني فقد اعتبر أن العقد قبل تحقق الرؤية عقداً نافذاً أي أن العقد يرتب آثاره خلال فترة الخيار، حيث قرر أن "خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد "[1]، مما يعني أن الملكية تنتقل الى

(١) المادة ١٨٦ من القانون المدني الأردني.

المشتري، إلاّ أن هذه الملكية تكون غير مستقرة بشكل كامل كونها مهددة بالزوال إذا قرر المشتري فسخ العقد نتيجة استعمال خياره.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على انتقال ملكية المبيع خلال فترة خيار الرؤية

يترتب على نقل ملكية المبيع خلال فترة الخيار التزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد مع ضمان تسليم كل ما يعتبر من ملحقات المبيع باعتبارها تدخل في العقد ضمناً [1]، كما يكون لدائني المشتري حق الحجز على المبيع حتى مع وجود الخيار باعتبار أنه بمجرد العقد يدخل في ذمة المشتري المالية استناداً لما تبين لنا من نصوص القانون، وبالمقابل فإذا أفلس البائع، فلا يمكن لدائنيه الحجز على المبيع لخروجه من ذمته حتى ولو لم يسلمه فعلاً للمشتري، كما أن انتقال الملكية يترتب عليه عدم قدرة البائع على التصرف بالمبيع تصرفاً يضر بالمشتري، إلاّ أن أهم الآثار المترتبة على نقل ملكية المبيع تتمثل بقدرة المشتري على التصرف بالمبيع خلال فترة الخيار، فضلاً عن تأثير نقل ملكية المبيع على نقل ملكية الثمار وتبعة الهلاك، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أثر تصرفات المشتري بالمبيع في فترة الخيار

سنعالج في هذا المطلب حكم تصرفات المشتري في المبيع بعد إبرام العقد وقبل رؤيته إذا ترتب عليها حق للغير على المبيع، حيث اختلف حكمها في لدى الفقهاء عنه في التشريع:

الفرع الأول: حكم الفقه في تصرفات المشتري

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية الى القول بأن ما يصدر من المشتري من تصرفات بالمبيع بعد إبرام العقد وقبل رؤيته ويترتب عليها انتقال ملكية ذلك المبيع ومن ثم ترتيب حق للغير عليه يجعل من عقد البيع (الأصلي) عقداً لازماً يتعذر على المشتري فسخه بعد ذلك، وبالنتيجة إذا تمت رؤية المبيع من قبل المشتري بعد إبرام عقد البيع الصحيح، فعندئذ يقوم خياره، ومن ثم فإن كل ما يصدر عنه من

(١) مبروك: ممدوح محمد علي، احكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٩٧-٣٩٩.

قول أو فعل يعني رضاه بالمعقود عليه – سواء أكان هذا الرضاء صراحةً أم دلالةً – وبالتالي يسقط خيار الفسخ من المشتري [١].

إلاّ أن ما تقدم لا يُؤخذ على إطلاقه لأن هناك تصرفات قد تصدر من المشتري إلاّ أنها لا تؤثر – في بعض الأحيان – على حقه في الخيار، فيبقى له هذا الحق رغم صدور التصرف في المبيع من قبله، ومثال ذلك بيع صاحب الخيار للمبيع الذي اشتراه مع اشتراط أن يكون الخيار له، فمثل هذا الشرط يجعل عقد البيع غير لازم من جانبه، ومن ثم فإذا استرد المبيع ورآه كان له الخيار. ومن الأمثلة كذلك في حالة قيام المشتري بهبة المبيع المتعاقد عليه (مع عدم تسليمه للموهوب له) فهنا يكون للواهب الرجوع عن هبته، وكذا الأمر في حالة إعارة المبيع أو المساومة مع الغير عليه، ففي كل هذه الأمثلة لا يثبت أي حق للغير على المعقود عليه.

الفرع الثاني: حكم التشريع في تصرفات المشتري

أما في القانون، فلم يوضح المشرع العراقي ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده لتقرير حكم تلك التصرفات الصادرة من المشتري بعد إبرام عقد البيع وقبل رؤية المبيع من قبله أو بعد رؤيته له، بل إتجه الى اعتبار كل تصرف يصدر من المشتري بالمبيع يجعل العقد باتاً لا يمكن الرجوع فيه أو فسخه، وبالتالي فإن تصرفات المشتري بالمبيع تُسقط الحق في خياره، وهذا ما جاءت به المادة (١/٥٢٣) بنصها " يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وبتصرفه بالمبيع قبل أن يراه، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً قبل الرؤية أو بعدها ...". وهذا ما قرره أيضاً المشرع الأردني في المادة ١٨٧ مدني بإسقاط خيار الرؤية بتصرف من له الخيار في المعقود عليه تصرفاً لا يحتمل الفسخ أو تصرفاً يوجب حقاً للغير".

وبذلك يتفق حكم المشرعين العراقي والأردني مع ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من اعتبار عقد البيع باتاً و لازماً ومن ثم سقوط حق المشتري في خيار الرؤية إذا قام بأي تصرف لا

(١) الكاساني، مرجع سابق، ص ٢٩٦، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ٧٩٣، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦، الزيلعي، فخر الدين عبد الله بن علي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج ٤، بدون مكان ولا سنة طبع، ص ٢٥، كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف، ١٣٦٠هـ، ص ٥٩، الشيرازي، السيد صادق الحسيني، المسائل الاسلامية في المسائل الحديثة، ط١، ١٤٢٣ ه، ص ٥٦٦، الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد، ط ٢، بدون مكان ولا سنة طبع، ص١٩٤.

يتوقع صدوره إلاّ من المالك [١]، وذلك لأن تصرفه الفعلي بالمعقود عليه يكون بمثابة قوله المعبر عن موافقته بالعقد، الأمر الذي يُسقط الخيار سواء تم صدور ذلك التصرف قبل رؤية المبيع أم بعد الرؤية، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية حيث اعتبرت "أن قبض المشتري للمعقود عليه مع علمه لما يحتويه من نقص مسقطاً لحقه في المطالبة بالتعويض لاعتبار ذلك قبول صريح من قبله" [٢]، علماً أن المشرع العراقي ورغم اعتباره تصرف المشتري مسقطاً لحقه بالخيار ومن ثم فلا يجوز له فسخ البيع – وكما ذكرنا سابقاً – إلاّ أنه ألحق ذلك بحكم يتضمن سقوط الخيار بالقول أو الفعل الذي يصدر من المشتري قبل الرؤية أو بعدها. وكنا نتمنى من المشرع لو اكتفى بذكر أحد الحكمين لأن كليهما يحمل نفس المعنى، ومن ثم فلا داعي لتكرار الحكم نفسه لأكثر من مرة في نفس الفقرة [٣].

المطلب الثاني: أثر نقل ملكية المبيع خلال فترة خيار الرؤية في ملكية الثمار وتبعة الهلاك

قد يكون المبيع عيناً منتجة لثمار (طبيعية كانت هذه الثمار أم اصطناعية أم مدنية) في الفترة ما بين التعاقد واستعمال المشتري لحقه في الخيار، وهنا يُثار التساؤل حول ملكية هذه الثمار، فهل تدخل تحت ملكية البائع بعد قيام المشتري بفسخ العقد نتيجة استعماله لخيار الرؤية، أم أنها تبقى للمشتري حتى بعد إعادته للمبيع؟

في الحقيقة إن تباين الاتجاهات الفقهية التي طرحت من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية حول انتقال ملكية المبيع من عدمه قد أثرت على الاجابة عن هذا التساؤل، وأدت أيضاً الى تباين موقف القوانين:

الفرع الأول: موقف الفقه:

تبقى ملكية الثمار للبائع عند أصحاب الاتجاه الذين أكدوا أن ملكية المبيع في فترة خيار الرؤية تبقى للبائع، لأنه بموجب هذا الرأي وطالما كانت الملكية باقية للبائع، فإنه لا يُجبر على تسليم المبيع ومن ثم يبقى له أصل المبيع وكل ما ينتج عنه من ثمار.

---

(١) الذنون، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) قرار رقم (٢٣٨/ موسعة اولى /٨٦/٨٥)، تاريخ ١٩٨٦/٧/٢٩، منشور في مجموعة الاحكام العدلية – العددان الثالث والرابع، سنة ١٩٨٦، ص ٢٦-٢٨.

(٣) مثلاً تنص المادة ١٨٧ مدني أردني على أن "يسقط خيار الرؤية برؤية المعقود عليه وقبوله صراحةً أو دلالةً، كما يسقط بموت صاحبه وبهلاكه كله أو بعضه وبتعيبه وبتصرف من له الخيار فيه تصرفاً لا يحتمل الفسخ أو تصرفاً يوجب حقاً للغير".

أما عند أصحاب الإتجاه الذي يقرر نقل ملكية المبيع الى المشتري بمجرد العقد حتى ولو لم يستعمل الخيار، فإنهم يقررون أن كل ما ينتجه المبيع من ثمار تصبح للمشتري بمجرد تمام العقد، ومن ثم فلا مجال للقول بإلزام المشتري برد هذه المنتجات إذا قرر فسخ العقد لأنه تملكها بالقبض.

ويترتب على ذلك التزام مالك المبيع في فترة الخيار بصيانته وتحمل النفقات والتكاليف المترتبة على تلك الصيانة، كما أنه ينفرد بأخذ وتملك كل ما تنتجه العين المملوكة من ثمار.

بينما ذهب اتجاه فقهي آخر الى تقسيم الثمار، ومن ثم بيان مدى تبعية تملكها وفقاً للعين المبيعة بحسب طبيعتها ونوعها، فقسمت الثمار إلى: ثمار أصلية وثمار فرعية أو ثمار متصلة وثمار منفصلة. ويترتب على هذا التقسيم أن الثمار المتصلة المتجددة (أي الفرعية) تتبع المبيع في ملكيته، فإن فسخ العقد تبعت المبيع في الفسخ كذلك، أما الثمار المنفصلة أو الأصلية، فتكون للمشتري سواء أمضى عقد البيع أم فسخه[١]. وذهب آخرون الى أنه لو قبض المشتري المبيع دون رؤيته ثم أنتج المبيع ثماراً، ومن ثم قام بفسخ البيع بعد رؤية المبيع، فيكون له تملك الثمار الفرعية التي قبضها ولا يُلزم بردها. أما ما يُنتجه المبيع من منتجات أصلية (كالصوف واللبن والولد والثمر)، فيلزم المشتري بردها إذا قرر فسخ العقد، لأن يده عليها يد أمانة [٢].

الفرع الثاني: موقف القانون

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فيمكننا تلمسه من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (٥٧٢) والتي جاء فيها أن "الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمر والنتاج يكون حقاً للمشتري وعليه تكاليف المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". فهذا النص جاء مطلقاً لمعالجة جميع أنواع عقود البيع دون الاقتصار على عقد البيع المقترن بخيار الرؤية، وبالتالي يمكن تطبيقه على عقد البيع المقترن بالخيار، لأن المشرع لم يجعل من وجود الخيار مؤثراً على البيع أو الأحكام المترتبة عليه، وتبعاً لذلك يمكن القول إن ثمار المبيع تكون ملكاً للمشتري من تاريخ إبرام العقد[٣]. ويترتب على ذلك التزام المشتري بالنفقات والمصاريف التي يحتاجها الحفاظ على المبيع من لحظة العقد باعتباره مالكاً له، ولا يؤثر في ذلك عدم علمه بها نتيجة عدم رؤيته للمبيع [٤]. إلاّ أن ما

(١) الحلي، تحرير الاحكام، مرجع سابق، ص ٢٩٦، الطباطبائي، رياض المسائل، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٢) الحلي، تحرير الاحكام، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٣) مهند باسم ابراهيم، خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دراسة مقارنة –، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية – القاهرة، ٢٠١٢، ص ١١٩ –١٢٤.

(٤) الذنون، مرجع سابق، ص ٦٤.

تقدم لا يُعد من النظام العام، ومن ثم فلا يوجد ما يمنع طرفي العقد من الاتفاق على خلاف ذلك، كالاتفاق على أن تكون ثمار الشيء للبائع الى أن يحسم المشتري رأيه بعد الرؤية.

أما فيما يتعلق بأثر نقل ملكية المبيع خلال فترة خيار الرؤية في تبعة الهلاك، إذ قد يهلك المبيع في الفترة ما بين انعقاد البيع وتمام الرؤية ومن ثم استعمال الخيار، فهنا يطرح التساؤل عن من يتحمل تبعة هلاك المبيع في فترة الخيار؟

يختلف جواب هذا التساؤل باختلاف وقت هلاك المبيع، فإذا كان الخيار قائماً وهلك المبيع في يد البائع قبل قبضه من قبل المشتري، فإن تبعة ذلك الهلاك تقع على البائع وهو من يتحملها، أما إذا كان هلاك المبيع بعد قبضه من قبل المشتري فهو من يتحمل تبعة هلاكه [١].

وذهب جانب من الفقه [٢] الى أن تبعة الهلاك تبقى على البائع حتى بعد قبض المبيع من قبل المشتري طالما كان الخيار قائماً، أي طالما لم تتم رؤية المبيع من قبل المشتري ولم يسقط الخيار، استناداً لقاعدة " أن التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له "[٣]. ويؤكد أصحاب هذا الرأي أنه لو هلك المبيع في فترة الخيار وبعد قبضه من قبل المشتري، فإن الأمر يتوقف على استعماله لخياره، فإذا قرر المشتري فسخ عقد البيع، فعندئذ يسقط الثمن ويجب على المشتري دفع قيمته لأنه قابض للمبيع، أما إذا قرر المشتري إمضاء العقد أو سكت حتى مضت مدة الخيار دون أن يفسخ البيع، ففي هذه الحالة يتوجب على المشتري دفع ثمن المبيع المتفق عليه في عقد البيع. وتعليل هذا الرأي بأن " العين في يد كل منهما كانت مضمونة قبل الفسخ بالمسمى، ولما بطل المسمى بالفسخ الحادث، ولم يكن هناك ائتمان لا قبل الفسخ ولا بعده، فلا محال وينتقل الضمان الى البدل الواقعي وهو المثل أو القيمة"[٤].

ولابد من ملاحظة أنه لا يمكن تطبيق قاعدة " التلف في زمن الخيار من مال من لا خيار له"، في حالة العقد المقترن بخيار الرؤية، خاصة عند القائلين بفورية هذا النوع من الخيارات، ومن ثم فإن

---

(١) باتفاق فقهاء الحنفية والحنابلة والزيدية والامامية والاباضية وقول للشافعية، الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) وهم الامامية، للتفصيل أنظر: الحلي، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

(٣) كاشف الغطاء: محمد حسين، تحرير المجلة، ط ١، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب، مطبعة سرور، ١٤٢٢هـ، ص ٦١٨.

(٤) الحلي، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

علم المشتري بعدم مطابقة المبيع للأوصاف المتفق عليها في العقد أو وجد أن المبيع لا يلائم طلباته كان له فسخ البيع، فإذا هلك المبيع بعد الفسخ، فتبعة هلاكه على البائع نتيجة الفسخ وليس لتطبيق القاعدة أعلاه، أما إذا قرر المشتري إمضاء البيع دون استخدام الخيار، فسيسقط خياره، ومن ثم فإذا هلك المبيع، كان التلف عليه لا على البائع، لأن عقد البيع قد أصبح لازماً.

أما إذا تلف المبيع بعد قبضه من المشتري، واتضح أن هذا الأخير كان مغبوناً في البيع، أو اتضح أن المبيع كان معيباً، فإن خيار المشتري لا يسقط، ويكون له رد المبيع بسبب العيب أو الغبن وليس بسبب الخيار [١].

أما في القانون، فقد عالجت المادة (٥١٣) مدني عراقي حالة تبعة هلاك المبيع في زمن الخيار، حيث نصت على أنه "في جميع حالات الخيار إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى". فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن المبيع إذا هلك بعد قبضه من قبل المشتري، قبل استعمال هذا الأخير لحقه في الخيار، فإن تبعة الهلاك تقع عليه، وبمفهوم المخالفة، فإن كان هلاك المبيع قبل القبض والتسليم وقبل استعمال خيار الرؤية، فإن تبعة الهلاك تقع على البائع، لأن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية [٢]. وهذا الحكم يتوافق مع اعتبار القانون لعقد البيع بشرط خيار الرؤية عقداً صحيحاً نافذاً يرتب جميع آثاره.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث الذي حاولنا من خلاله الإحاطة بمختلف جوانب التنظيم القانوني والشرعي لانتقال ملكية المبيع في فترة خيار الرؤية، نُدرج أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها مع ذكر أهم المقترحات التي ندعو المشرع الى الأخذ بها وكالتالي:

أولاً: الاستنتاجات

١- يتجسد جوهر خيار الرؤية في منح المشتري حق المضي في عقد البيع أو فسخه بعد رؤية المبيع الذي لم يكن قد راه عند التعاقد، وبذلك يمثل الخيار وسيلة لإكمال الرضا كركن أساسي في عقد البيع من خلال التأكد من سلامته وتأسيسه على أساس صحيح.

(١) الطباطبائي، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٢) العلفي، مرجع سابق، ص ٤٠١.

٢- يعتبر عقد البيع الذي يثبت فيه خيار الرؤية عقداً نافذاً لازماً، بمعنى أنه يرتب آثاره من لحظة انعقاده، ومن ثم فإن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري، وهذا موقف جانب من الفقه مع القانون الوضعي، في حين ذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول بعدم انتقال ملكية المبيع في البيع المقترن بخيار الرؤية، لأن العقد غير تام لوجود احتمال بفسخه، وذهب اتجاه ثالث ونحن نؤيده الى أن عقد البيع المقترن بخيار الرؤية هو عقد موقوف، وبالتالي فهو لا ينقل ملكية المبيع إلاّ بعد الإجازة من قبل المشتري.

٣- اختلف الفقهاء في مدى لزوم عقد البيع قبل استعمال خيار الرؤية، فذهب قسم الى أنه غير لازم قبل الرؤية وأجازوا للمشتري فسخ البيع ولو لم يرَ المبيع، بينما ذهب القسم الآخر الى اعتبار البيع لازماً قبل الرؤية، ولا تزول هذه الصفة إلاّ إذا تمت الرؤية، فعندئذ يثبت للمشتري خياره.

٤ – وقع المشرعان العراقي والأردني في العديد من التناقضات ،فقد حاولا الأخذ بالاتجاهات المختلفة، الأمر الذي غالباً ما يؤدي الى حدوث الإشكالات التي تضر باستقرار المعاملات، فاعتبار العقد قبل استعمال الخيار تارة لازماً وتارة غير لازم فيه نوع من الغموض وفتح المجال للأهواء، لأنه يضيع الغرض الرئيسي من استعمال الخيار المتمثل في إزالة الجهالة من خلال رؤية المشتري للمبيع.

٥- أجاز المشرعان الأردني والعراقي انتقال ملكية المبيع للمشتري في عقد البيع بشرط الرؤية باعتباره عقداً توافرت فيه جميع أركانه وشروطه، باعتبار أن شرط الرؤية في حقيقته هو شرط لزوم لا شرط صحة، ولذا فإنه إذا قام المشتري بالتصرف بالمبيع قبل رؤيته له، فإن تصرفه يعتبر صحيحاً ومن ثم يبطل حقه في فسخ العقد.

٦- اعتبر المشرعان العراقي والأردني تصرف المشتري بالمبيع مسقطاً لحقه بخيار الرؤية ومن ثم فلا يجوز له فسخ البيع، إلاّ أنه ألحق ذلك بحكم يتضمن سقوط الخيار بالقول أو الفعل الذي يصدر من المشتري قبل الرؤية أو بعدها (المادة ٥٢٣ فقرة ١). ونتمنى من المشرع العراقي الاكتفاء بذكر أحد الحكمين في المادة، لأن هذا النص جاء فيه نصان يحملان نفس المعنى، ومن ثم فلا داعي لتكرار الحكم نفسه لأكثر من مرة في نفس الفقرة من نفس المادة.

٧- ترتبط ملكية الثمار وتبعة هلاك المبيع بالحيازة، ومن ثم يتحمل البائع تبعة الهلاك إذا لم يكن المشتري قد تسلم المبيع، كما يكون له تملك ما يُنتجه المبيع من ثمار، أما إذا كان التسليم قد تم،

وهلك المبيع في يد المشتري، فهو يُلزم بدفع ثمنه للبائع، إلاّ إذا كان المبيع معيباً أو فيه غبن، فعندئذ يكون له رد المبيع بسبب العيب أو الغبن وليس بسبب الخيار.

ثانياً: المقترحات

١- إزالة الاشكاليات المتعلقة بموقف القوانين محل الدراسة حول مدى لزومية العقد من خلال توحيد النصوص القانونية واعتبار عقد البيع غير لازم قبل استعمال الخيار، لأن القول بعكس ذلك يُضيع الغرض من الرؤية، وبالتالي يفقد الخيار قيمته، وبالنتيجة وطالما مُنح المشتري خيار الرؤية، فلابد من الاستفادة مما مُنح له سواء أكان ذلك قبل الرؤية أم بعدها.

٢- النص صراحةً على تحديد أجل يسقط بعد مروره حق المشتري في الخيار، ونفضل أن تبدأ مدة الخيار بعد انعقاد العقد، وتنتهي في أجل معلوم كثلاثة أشهر مثلاً، فإذا مرت الفترة التي تم تحديدها ولم يصدر من المشتري ما يدل على رغبته في فسخ العقد، اعتبر الرضا تاماً والعقد لازماً، بهدف حماية استقرار المعاملات وحماية الثقة في العقود. على أن يكون هذا التحديد بقاعدة مكملة يترك للمتعاقدين حرية الإتفاق على مدة مختلفة.

٣- تعديل نص المادة (٥٢٣) مدني عراقي لتكون بالشكل التالي " يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها .....". والإبقاء على باقي النص كما هو.

المصادر

ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله، الكافي، تحقيق محمد فارس ومسعد عبدالحميد السعدني، ط١، ١٩٩٤، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

ابن قدامة، الامام موفق الدين، المغني، شرح لمختصر الخرقي، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ط ٣، دار الكتب، الرياض، السعودية، ١٩٩٧.

الحلي، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي، تذكرة الفقهاء، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بدون سنة طبع.

كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشـــرف، ١٣٦٠هـــ.

الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة، ط ٥، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

الخوارزمي: محمد بن محمود، جامع مسانيد الإمام الأعظم، ج ٢، مطبعة حيدر اباد، الهند، ١٣٣٢هـــ.

الذنون: حسن علي، شرح القانون المدني العراقي، ١٩٥٣، مطبعة الرابطة، العراق.

الراوي، محمد سعيد، شرح مجلة الاحكام الشرعية، ١٣٤٢هـــ، مطبعة دار السلام، بغداد.

الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد، ط ٢، بدون مكان ولا سنة طبع.

الزيلعي، فخر الدين عبد الله بن علي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، بدون مكان ولا سنة طبع.

السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع، ط ٢، تنقيح مصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

الشيخ نظام الدين ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط ١، مطبعة دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

الشيرازي، ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي، المهذب، الطبعة الاولى، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.

الشيرازي، السيد صادق الحسيني، المسائل الاسلامية في المسائل الحديثة، ط ١، ١٤٢٣ ه.

السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدّلائل، ج ٨، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي.

فجر، وجداني، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، ج ٧ في مواصلة بحث البيع و الشراء، أحكام الربا، الخيار و أقسامه، الناشر سماء قلم.

العلفي، عبد الله عبد الله محمد، احكام الخيارات في القانون المدني اليمني "دراسة مقارنة بالقانون المصري"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

القدوري، ابي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تحقيق كامل محمد عويضة، الطبعة الاولى، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧.

الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، ١٣٩٤هـ.

المرتضى، الإمام احمد، شرح الازهار، بدون سنة نشر، مكتبة غمضان، صنعاء، اليمن.

المرداوي، علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج ١١، الطبعة الاولى، دار هجر، مصر، ١٩٩٥.

المغربي: محمد نجيب عوضين، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣.

الميزابي، محمد بن يوسف بن اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٣٤٣هـ.

النجار، عبد الله مبروك، مبادئ عقد البيع، الطبعة الثانية، ١٩٩٧.

النووي، ابي زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل احمد عبد الموجود، و علي محمد معوض، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.

الوندواي، كمال ثروت، شرح احكام عقد البيع (دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والاجنبية)، ط ١، مطبعة دار السلام، العراق، ١٩٧٣.

زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، الطبعة السادسة، بدون مكان طبع، ٢٠٠٢.

زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٦٥.

عبير فياض علي، خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين.

كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجلة، ط ١، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب، مطبعة سرور، ١٤٢٢هـ.

مبروك، ممدوح محمد علي، احكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

مهران، محمود بلال، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، ط ٢، دار الثقافة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٦.

مهند باسم ابراهيم، خيار الرؤية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي – دراسة مقارنة–، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

جبر، عزيز كاظم، خيار الرؤية بين نظرية الغلط وقواعد تعيين المبيع، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ١٧، العددان (١ و ٢)، ٢٠٠٢.

مفهوم النظام العام وإشكالات طبيعته ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين

د. أسيد حسن الذنيبات *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٩/١٨م. تاريخ القبول: ٢٠١٩/١٢/٣٠م.

ملخص

حاول الباحث أن يقف على مفهوم النظام العام عموما وفي التصرفات القانونيّة على وجه الخصوص، ليخلص بالنتيجة إلى تعذّر تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً في ظل ما شهدته فكرته من تطورات استحدَثت أنواعاً جديدةً منه تختلف في مفاعيلها عما كان تقليدياً سائداً، وظهر لنا أن النص الآمر ليس في ذاته النظام العام ولا يمثله بالضرورة لا شكلاً ولا موضوعاً، بقدر ما هو مقاربة من المشرّع لرعاية النظام العام، تلك المقاربة التي قد تحقق أهدافها، وقد لا تفعل، وقد تفعل ذلك على نحو نسبي، الأمر الذي سيترك أثره _ في ظل هذا التصور _ في آلية تفسير النصوص، ويحقق شيئاً من الاتساق في الأسس الفكرية الكامنة وراء هذه النصوص.

وعند الوقوف على نطاق النظام العام المرعي في تنظيم القانون المدني للتأمين ظهر لنا أن المشرّع اشترطَ لمشروعية محل هذا العقد عدم مخالفة هذا المحل لمبادئ الشريعة الإسلامية وهو ما أدخلنا في إشكاليات تتصل بإباحة الأمر في ذاته وحظر التأمين عليه في ذات الوقت في مفارقة لم نجدها محمودة.

ثم ظهر لنا أنّ سمة الحمائية بادية في تنظيم القانون المدني للمضمون العقدي للتأمين وأن الإشكال المقصود يتأتى من جزاء مخالفة النصوص الراعية لهذا النوع من النظام العام ؛ فالبطلان المطلق لا يتناسب البتة مع الغايات الحمائية للنصوص الآمرة المنظمة لهذا المضمون العقدي، فهو يقودنا للأسف نحو بطلان العقد برمته؛ ذلك أن المشرع الأردني لم يأخذ بالبطلان النسبي في تنظيمه للقانون المدني، واقتصر جزاء مخالفة مقتضيات النظام العام والنصوص الراعية له على نوع واحد من البطلان ألا وهو البطلان المطلق، الأمر الذي حدا بالباحث أن يتمنى على المشرع إيراد نص خاص يتضمن جزاء يحقق الغايات الحمائية المقصودة من النص ابتداء باقتصار البطلان على الشرط المخالف دون العقد، وحلول حكم النص محل حكم الشرط.

* كلية الحقوق، جامعة مؤتة، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Concept of Public Order and its Problems of Determining its Nature and its Scope in the Jordanian Civil Law Provisions of Insurance

Dr. Ausid Hasan Al- Tniabat

Abstract

The researcher tried to determine the concept of public order generally, and particularly, in the legal actions. The result can be concluded to say that the concept could not be defined in a comprehensive and preventive definition, because concept has witnessed development in many aspects which differ in its implications from what was prevalent conventionally. The research also concluded that the public order does not necessarily consist totally of jus cogens in itself neither in its form nor its substance, but it can be said that it is an approach by the legislator to nurture the public order. That approach which may achieve its objectives, and may not, also it may relatively achieve that approach, which will have its impact - under this legal perspective- in the interpretation of the legal provisions, this would provide some consistency in the fundamentals beyond these legal texts.

When it comes to the scope of the public order that governs the regulation of the Civil Law of Insurance, the legislator stipulated that the requirement of lawfulness in the subject of the insurance contract should not violate the principles of Islamic Sharia. This leads to problems related to legalizing the subject itself and prohibiting its insurance at the same time in a paradox that we did not find commendable

Then it became clear that the protectionism is manifest in the regulation of the civil law of the insurance contract content, and that the problem comes from the sanction for violating the governing provisions of this type of the public order. Absolute invalidity is incompatible with the protectionism of the jus cogens that regulate the content of the insurance contract since this will lead to invalidity of the contract itself. The Jordanian legislator did not regulate the relative nullities as a provision in the Civil Law, and the sanction for violating the requirements of the public order and the texts governing it were limited to one type of invalidity, which is absolute nullity, which led the researcher to suggest adding a special provision addressing the sanction which can serve the protectionism aims of the text by limiting the invalidity of the illegal condition without affecting the rest of the contract, and replacing the invalid condition with the rule of text.

المقدّمة:

لم تبلغ أمّة من الأمم مكانة مرموقة في سلّم التطوُّر الحضاري إلا إذا استند انبعاثُها إلى ركنٍ حصينٍ من التنظير الفكري والفلسفي المتّسق والمنسجم مع المستقر الكامن في الضمير الجمعي لتلك الأمة، والمعبر عن هويتها المراعي لمصالحها الأساسية الجوهرية؛ فاتساق الأفكار فيما بينها وتكاملها وانسجام ظاهرها مع باطنها ووضوح أهدافها وغاياتها متطلب إجباري لنهضة أية أمة.

ومن بين تلك الأفكار الرائدة تقبع فكرة العدالة كأنبل الأفكار المستقرة والمشتركة في ضمائر الأمم، هذه الفكرة القابعة مقصداً وغايةً خلف كثير من النصوص القانونية، ولما كنتُ أعتقد أنّ هذه الفكرة إنما تمثل ركناً مستقراً في النظام العام ومرجعاً لتفسير النصوص الراعية لهذه الفكرة بما تمثله من روح يسري في البنيان القانوني لتلك النصوص فإني قد وجدتها أوضح وأكثر جلاءً في النصوص القانونيّة الرامية لحماية الطرف الضعيف في التعاقد، الأمر الذي نقل فكرة النظام العام وعلى ضوء ذلك لفضاء أرحب في المدلول ونطاق أوسع في الغايات.

انطلاقاً من ذلك كلّه سيحاول الباحث أن يقف على مدلول فكرة النظام العام عموماً وفي إطار التصرفات القانونية على وجه الخصوص، وما يقتضي ذلك من وقوف على تعريفه وأشكاله وأنواعه، ومن ثم تبيان مفاعيل تلك الأنواع، والوقوف على علاقة النظام العام بالنص الآمر كعلاقة بنيويّة أو تكامليّة أو غير ذلك، وذلك كلّه كأرضيّة متينة ومتكأ مناسبا للوقوف على أية إشكالات تتعلق بطبيعة هذا النظام العام ونطاقه في التنظيم القانوني للتأمين، واختيار التأمين تحديداً ليس إلا باعتباره نموذجاً للعقود التي يعتبرُ أحد أطرافها في مركز اقتصادي ضعيف مقارنةً بالطرف الآخر، بالذات في ظل تنظيم القانون المدني مباشرةً للمضمون العقدي لبعض أنواعه، وذلك من خلال تحليل مقتضيات تلك النصوص وقوفاً على مفاعيلها وقياس مدى تحقق الغايات النبيلة التي ترمي إليها.

ولعل أهمية هذا البحث تتعاظم في حال تمكن الباحث من إثبات أيّ إشكال يتعلّق بنطاق النظام العام أو بطبيعته في التنظيم القانوني للتأمين في القانون المدني؛ باعتبار أيّ تناقض أو عدم اتساق في مسألة مهمّة كهذه ترتبط بمصالح الجماعة الجوهريّة، وتعبّر عما يكتنف ضميرها إنما يخلّ بفكرة العدالة. ويشكل عائقاً ومعطلاً ما بين النصوص وما بين أهدافها وغاياتها السامية. فمثل هذا التبيان إنما يخدم فكرة العدالة المشار لها في صدر هذا السياق، ويشكل بحد ذاته مشكلة لهذه الدراسة جديرة بالمتابعة.

سيحتاج الباحث لتحقيق الأهداف التي يتطلع إلى تحقيقها في هذا البحث أن يعتمد أساساً على المنهج التحليلي للنصوص؛ لسبر معانيها والوقوف على مدلولات مصطلحاتها، وبدرجة أقل سيعتمد

على المنهج الوصفي لاستقراء مواقف الفقه وأحكام القضاء والتعرف على مواقفهما في الأفكار موضوع البحث، في حين سيعرّج في بعض المواضع على المنهج المقارن؛ خدمة للفكرة البحثية، وأملاً في عموم الفائدة، تحقيقاً لذلك سيقسم الباحث هذا البحث **لمبحثين** يعالج في **أولهما:** مفهوم النظام العام في التصرفات القانونيّة، ويعالج في **الثاني** : إشكالات في طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام في التصرفات القانونيّة.

لا زالت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" قوام النظام القانوني الذي يحكم التصرفات القانونيّة، كأحد إفرازات المذهب الفردي في شقه القانوني، وكعنوان لمبدأ الحرّية التعاقدية، وهي لا زالت_هذه القاعدة_ تحتفظ نسبياً بهذه المكانة حتى وإن توالت عليها القيود، ولجمت جماحها النصوص، ولعلّ فكرةَ النظام العام تشكل أبرز القيود على حرّية الأطراف في تحديد مضمونهم العقدي الذي ارتضوا، هذه الفكرة التي تطوّر مدلولها، وتباين نطاقها ضيقاً واتساعاً بحسب النظام القانوني الذي يسود الحياة السياسيّة في الدول المختلفة، وبحسب التطوّر الزمني والاختلاف المكاني داخل النظام السياسي ذاته.

سنقفُ في هذا المبحث ومن خلال مطلبين على تعريف النظام العام في التصرفات القانونية وذلك في مطلب أول، وعلى أشكال النظام في مطلب ثانٍ، وعلى النحو التالي:

المطلب الأوّل: تعريف النظام العام في التصرفات القانونيّة.

ربما كانت فكرة النظام العام من أبرز الأفكار القانونيّة التي وقف الفقه عاجزاً عن حصر مدلولها، وبلورة مفهوم محدد وواضح لها؛ إذ لازال هذا الفقه بين مدلٍ بدلوه في هذا المضمار محاولا التعريف وبين محجم عند ذلك مكتفياً بتوصيفه[1]، ولعلّ ما ورد في إحدى القضايا الانجليزية الشهيرة تأكيد واضح على تلك الصعوبة في حصر مدلول النظام العام، إذ جاء فيها "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فكأنما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أيّ أرضٍ سيلقيك"[2].

(١) انظر في تتبع هذا التجاوب الفقهي: بملهيوب عبد الناصر،: النظام العام في القانون الخاص-مفهوم متغيّر "بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ٢٠١٥-عدد خاص- تضمن الأوراق العلمية المقبولة في الملتقى الدولي حول" التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧، ٨ ماي ٢٠١٤م. ص٣٧٩ .

(2) Rapport conseukker OILON. Cass re 9، 21 avril 1931، 1، P . 377.

وفي ذات الاتجاه عبّر فقيه آخر عن ذات الفكرة بقوله: "يستمد النظام العام جزءاً من عظمته من الغموض المحيط به، فمن مظاهر سموه أنّه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه وضبطه في تعبير محدد، وأنه يمكن تشبيهه ببرج المراقبة الذي يرصد من علو كل تحرُّك يمكن اعتباره مخالفاً للجو العام الذي ترسخ في المجتمع"(١)، وفي ذات السياق أقر رأيٌ في الفقه باستحالة تعريف النظام العام(٢)، وذهب آخر إلى أن محاولة تعريف النظام العام تعدّ إعناتاً ذهنياً كبيراً، فهو كالفأر لا يدع نفسه سجيناً في تعريف محدد(٣). كما ذهب آخر أيضا إلى أن "فكرة النظام العام فكرة غير محددة، ورغم أنّها غامضة وغير محددة فإن الكل يفهمها ومن دون إعطاء تعريف معين لها"(٤).

وحاول رأي في الفقه تفسير سبب غموض فكرة النظام العام واستعصائها على التعريف بقوله: "استعصى على الفقه القانوني أن يجد له تعريفاً جامعاً مانعاً؛ ذلك أن غموض غاية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان من تعدد المقتضيات التي يواجهها، وأنّه من الصعب حصر تلك المقتضيات"(٥).

ورغم إقرار معظم الفقه بصعوبة حصر مدلول النظام العام، إلا أنّ ذلك لم يمنع البعض من الإقدام على تعريفه، فذهب رأيٌ إلى أن النظام العام: "هو مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانُها، بحيثُ لا يتصوّر بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها"(٦)، وحاول رأيٌ آخر في ذات الاتجاه، فذهب إلى أن النظام العام هو الأسس السياسيّة والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع"(٧).

وفي ذات المسعى أيضاً عرّفه رأي بأنه "صفة تلحق مجموعة من القواعد القانونيّة التي تهدف إلى حماية الصالح العام، بتفضيل المصلحة العامّة على المصلحة الشخصية للأفراد"(٨)، ولعلّ ما يؤخذ على

(1) WERY Patrick، Droit des obligation: V.I théorie générale des contrats، éd، larcier Bruxelles 2010، P 277.

(٢) نبيل فرج، النظام العام الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الدراسات في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ تونس ١٩٩٧، ص٢.

(٣) أشار لهذا الرأي: مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.

(٤) نساخ بولقان فطيمة: "مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة" بحثٌ منشورٌ في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبد الرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥، ص٤٠٩.

(٥) مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.

(٦) حسن كيره: المدخل إلى القانون – النظرية العامة للحق، منشأة المعارف/ الإسكندرية ١٩٧٣، ص٤٧.

(٧) عليان عدة: فكرة النظام العام وحرّية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان/ الجزائر ٢٠١٦م ، ص٣٣.

(٨) بملهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٠.

على التعريف الأخير هذا، بأنه حصر فكرة النظام العام بالقواعد القانونيّة، وهو تعبير يشير بوضوح إلى القواعد النّصية المشرّعة، الأمر الذي أجده تضييقاً لمفهوم واسع.

وفي إطار أكثر تخصُّصيّة عرّف رأيٌ في الفقه النظام العام في القانون الخاص تحديداً بأنّه "مجموعة القواعد التي لا تستطيع التصرفات القانونيّة لا تجنبها أو تغييرها لأن العدالة لا تنبثق بطبيعتها عن العقد"(١)، ولعلّ هذا التعريف أقرب للقواعد الآمرة منه إلى النظام العام؛ فهو أغفل الإشارة إلى كون النظام العام مصالح جوهريّة كلية تهم المجتمع، كما وذهب رأي آخر إلى أن فكرة النظام العام تتمثل بِـ "الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، وبعبارة أخرى هي: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرةً أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسيّة أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية"(٢).

ويؤخذ على هذا التعريف شأنه شأن التعريفين السابقين أنه ينظر للنظام العام من زاوية ما يحدده المشرّع، مع أن النظام العام أوسع مدلولاً من ذلك كما سنرى لاحقاً.

وعرّفه آخر بأنه "الوسيلة التي تؤدي إلى حماية المصالح العليا العامة؛ سياسيّة أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية أو دينيّة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الفرد"(٣)، ولعل نعت النظام العام بكونه وسيلة حماية المصالح العليا غير دقيق باعتقادي؛ ذلك أن النظام العام هو تلك المصالح العليا ذاتها، أما وسائل حمايتها فمختلفة؛ بعضها قضائي وبعضها إداري وكما سنرى لاحقاً.

وكذا عُرّف بأنه "تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيثُ يرجح على كل مصلحة فردية"(٤).

ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريفات السابقة من أنه ينظر للنظام العام من زاوية تشريعيّة، فهو يرى أنه القواعد التي تحرس المصالح الأساسية، في حين إنَّ النظام العام وفق ما أعتقد أنه المصالح الأساسية ذاتها.

---

(١) عمارة مسعود: إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونيّة" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥، ص٣٩٤.

(٢) سليمان مرقس: مدخل للعلوم القانونيّة، دار النشر للجامعات المصريّة، ط٢، القاهرة، ١٩٥٢، ص٧٧.

(٣) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٢، ص٢٩٩.

(٤) بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة/ الجزائر، ٢٠١٥، ص٤٣٨.

ولما كانت فكرة النظام العام في ذاتها فكرة مرنة متطورة متغيرة نسبياً، تبعاً لتغيّر الزمان واختلاف المكان وتبدّل النظم السياسيّة[١] فإنّ محاولة تعريف النظام العام – والحالةُ هذه– تبدو لي فكرة حالمة من جهة وعابثة من جهة أخرى، فما يمكن أن يلم الشتات المتغيّر هذا لن يكون إلا مجرّدَ توصيفٍ لا تعريف؛ فالتعريف يقتضي ضبطاً للمدلول القانوني على نحو جامع مانع يتضمن عناصر المعرَّف ومفاعيله، ولعل نظرة متفحصة للمحاولات الفقهية سالف الإشارة لبعضها تنبئنا بأن تلك المحاولات في غالبها اكتفت بتوصيف الأمر بعبارات عمومية لم تجرؤ على اقتحام أغواره؛ ذلك أن المشكل الحقيقي يكمن في التفاصيل، حيث تجنبت تلك المحاولات الإشارة إليها، وهو أمر بالنتيجة أجده متعذراً في حق فكرة النظام العام؛ إذ سنرى لاحقاً أنّ التطوّر الذي بلغته هذه الفكرة أفرز لنا أنواعاً مختلفةً من النظام العام، باتت تتباين فيما بينها من حيث مفاعيلها وغاياتها، فإن كان بعض هذه الأنواع يستهدف حماية مصلحة المجتمع العليا مباشرةً، فإنّ بعضها الآخر يستهدف حماية مصالح فرديّة، وإن كان للقاضي أن يثير ما يخالف النظام العام من تلقاء نفسه فإنه لا يملك ذلك في فروض أخرى في ظلّ أنواع أخرى من النظام العام، وهو الأمر الذي سنفصّله لاحقاً ومما استدعى طرقه في هذا الموضع هو ما لذلك من أثر على إمكانية التعريف الجامع المانع من عدمه؛ إذ أنني أرى بالنتيجة أنّ النظام العام المراد تعريفه لم يعد نظاماً عاماً واحداً، وبأحكام واحدة وإنّما نحن في الحقيقة أمام أنظمة عامة لكل منها ذاتيته يجمعها فقط مصطلح نظام عام[٢]، ولعلّ القاسم المشترك الأكبر بينها أنها تعبّر عن مصلحة كلية عليا للمجتمع.

ولعل ذلك ما جعل جانباً من الفقه يصف المحاولات الفقهية لتعريف النظام العام بأنه عبارة عن "غلاف فارغ ومجرد كلام مطاط"[٣] في إشارة لفكرة مرونة النظام العام وتطوره المستمر وتعذر حصره في إطار محدد وفي إشارة لفشل الفقه في هذا المسعى.

"وفكرة النظام العام وفق هذا التوصيف متغلغلة في ثنايا النظرية العامة للقانون؛ إذ تجد مكاناً بارزاً لها في مختلف فروع القانون بقسميه العام والخاص؛ فهي في القانون العام تعتبر هدفاً يجب أن

(١) تضيق فكرة النظام العام وتتسع كقيد على التصرفات القانونيّة تبعاً للاتجاه الفلسفي والنظام السياسي السائد في الدولة، فهذا النطاق يضيق كلما ترسخ النظام الليبرالي والمذهب الفردي الكامن خلفه، ويتسع كلما ترسّخ النظام الاشتراكي. انظر في تفصيل ذلك عمارة مسعود تحديد مفهوم النظام العام مرجع سابق، ص٩٧.

(٢) من الجدير ذكره أن ملتقى دولياً عقد في جامعة أبو بكر بلقايد الجزائريّة بعنوان " التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" ٢٠١٥ المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧، ٨ ماي ٢٠١٤م قدمت فيه أوراق علمية متخصصة جديرة بالاهتمام والاطلاع للمهتمين.

(٣) بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإداريّة، مطابع عمار قرفي باتنه، الجزائر ١٩٨٨، ص٧٩.

تبتغيه سلطات الضبط التشريعي والإداري والقضائي من أجلِ إشاعة الأمن العمومي، وصيانة الصحة العامة والسكينة العامة، وهي في القانون الخاص تتمثل في مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في المجتمع على شكل قواعد آمرة وناهية يمنع الاتفاق على مخالفتها؛ كونها تهم المصلحة العامة مباشرةً أكثر مما تهم المصالح الفردية وهي بذلك تعد قيداً على حرية التعاقد"(١).

واعتبار النظام العام في إطار التصرفات القانونية قيداً على حرية التعاقد هو التوصيف الذي يمكن أن يلخص محوراً أساسياً في مدلول النظام العام في التصرفات القانونية.

وباستقراء أحكام محكمة التمييز الأردنيّة فقد وقفنا على أكثر من حكم حاولت فيه المحكمة تعريف النظام العام أو توصيفه لتمييزه، حيثُ تعرفه في حكمٍ لها بقولها "البنيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي لأمة من الأمم"(٢)، وفي حكمٍ آخرَ لها وصفت المحكمة النظام العام توصيفاً جديراً بالاهتمام حيث تقول "وحيث أن النظام العام أمر نسبي يختلف باختلاف البلاد، لأنه أمر يتصل بالمصلحة العامة وقوانينها، وهو خلاصة تفاعل أمور سياسية واجتماعية أو اقتصادية أو خلقية"(٣).

المطلب الثاني: أشكال النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة.

لعل البحث في أساس القوة الملزمة للنظام العام يقحمنا في مقاربات فلسفيّة تنوء صفحات هذا البحث عن حملها(٤)، ولكنّ المتفق عليه على أيّ حال أنّ فكرة النظام العام أوسع مدلولاً ونطاقاً من إطار النص التشريعي، بما معناه أنّ هناك نظاماً عاماً يتمتع بقوّة ملزمة لا ينظّمه نصٌ تشريعي، فكيف إذن سنصل إليه، ومن ذا الذي يكشف عن وجوده؟ ونقول يَكشف لأن الجهة التي تكشف عن وجوده أياً كانت لا تنشئه وإنما تلتمسه في ضمير الجماعة ومعتقدها، وعليه فإننا نقصد بتعبير "أشكال النظام العام" تلك الصورة التي يمكن أن يظهر فيها النظام العام من ثنايا ضمير الجماعة ومعتقدها إلى طورٍ يؤتي فيه مفاعيله وتظهر فيه آثاره.

---

(١) عليان عدة فكرة النظام العام، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص٢٠.

(٢) حكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم (٢٠١٠/٢٧٣٣) تاريخ ٢٠١١/٤/١٢ وانظر بذات الصيغة كذلك حكم محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم (٢٠٠٦/٢٢٣٥) تاريخ ٢٠٠٧/٤/٢٦ وحكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم (٢٠٠٨/٢٣٠٠) تاريخ ٢٠٠٩/١/٥ منشورات موقع قسطاس.

(٣) حكم محكمة التمييز الأردنية: تمييز حقوق رقم ١٩٩٩/٦٤٨ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢٧م، منشورات موقع قسطاس.

(٤) انظر في تفصيل النظريات الفلسفية التي حاولت أن تؤسس لأساس القوة الملزمة للنظام العام: نجيب عبد الله الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني رسالة ماجستير/ جامعة النجاح الفلسطينية ٢٠١٧م، ص١٠٦.

وعليه فإننا وباستقراء هذه الأشكال ظهر لنا أنّ النظام العام يمكن أن يظهر في الصور والأشكال التالية والتي سنخصص لكل منها فرعا مستقلا وعلى النحو التالي:

الفرع الأول- النظام العام النّصي أو التشريعي:

من خلال تسمية هذا الشكل من أشكال النظام العام فإن النظام العام _والحالةُ هذه_ يظهر من خلال إرادة المشرّع فيما يصدر عنه من تشريعات باعتبار التشريع بحدّ ذاته تعبيراً عن إرادة الجماعة(١).

ويذهب غالب الفقه إلى أنّ النظام العام هو ضابط التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة؛ فكل قاعدة آمرة إنما هي بالنتيجة متعلقة بالنظام العام، وأن كل قاعدة مكملة لا تتصل بالنظام العام(٢).

وفي المقابل فإن رأياً آخر في الفقه يذهب إلى القول بأنّه ليس كل القواعد الآمرة هي قواعد تتصل بالنظام العام، فإذا كانت القاعدة الآمرة تعبّر عن أيّ من أصول الدولة ومصالحها الجوهريّة فإنها تكون متعلقة بالنظام العام، وفي المقابل إذا كانت تلك القاعدة الآمرة متعلقة بغايات تتصل برعاية حقوق فردية خاصة، فإنّه لا يمكن اعتبارها متعلقة بالنظام العام، كما هو الحال في رعاية حقوق المستهلك والعمال(٣).

ولعلّ هذا الرأي الأخير باتَ مرجوحاً وسط الجمهور الفقهي المؤيّد لوجهة النظر الأولى، وبالرغم من ذلك فإنّ تساؤلاً يفرضُ نفسهُ مما يتصل بهذا الموضوع، هل أن المشرّع وهو يسن القاعدة القانونيّة الآمرة يكشف عن النظام العام، باعتباره أمراً مستقراً في ضمير الجماعة ومتصلاً اتصالاً وثيقاً بمصالحها الكلية؟ أم أنّه ينشئها على نحو لم تكن موجودة قبله، وأن وجودها الحقيقي بدأ لحظة تشريعها؟ وفي المقابل ماذا لو أنّ المشرّع ألغى نصّا آمراً أو عدّله، فهل يظل لذاك النص الآمر أي

(١) محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، ٢٠٠٥، دون ناشر، ص٤١.

(٢) انظر: عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٣، ص١٧٩. عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، ص٢٠٠٥، ص٥٦.

(٣) حسن كيره: أصول القانون مرجع سابق، ص٩٦.

سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٨٩.

CLAUDE Nodége، La Variabitité du travail، thése de ductorat en droit universits d'Angers 2010 P. 160 ets.

مفاعيل قانونيّة باعتباره مستقراً في ضمير الجماعة متصلاً بمصالحها الكلية، وهي تساؤلات على أي حال تتصل اتصالاً وثيقاً بالمفهوم محل الدراسة وليست تغريداً خارج إطاره الموضوعي.

إن كلا وَجهي الإجابة المنشئ منها والكاشف يحمل في طياته تأثيراً بيّناً في مفهوم النظام العام؛ فإذا قلنا أن المشرّع ينشئ النظام العام فإن لذلك المنحنى – والحالةُ هذهِ – تأثيراً واضحاً في وجود النوع الثاني من أشكال النظام العام غير المنصوص عليه تشريعياً، وإذا قلنا أنه كاشفٌ فإنّ خضوع بعض النصوص لتعديلات المشرّع المتلاحقة يجعل فكرة اتصالها بمصالح الجماعة الكلّية فكرة افتراضية لا سند لها من الواقع؛ إذ كثيراً ما يخضع تعديل النصوص القانونيّة لتجاذبات سياسية وضغوطات اقتصادية داخل المجالس التشريعيّة تبتعد في أدبياتها عن فكرة مصالح الجماعة الجوهرية، وإنكار هذه الوقائع البتة هو الذي يجعل فكرة اتصال كافة النصوص الآمرة بالمصالح الجوهرية الكلّية للجماعة فكرة افتراضية حالمة.

عطفاً على ما تقدّم فإني أجد أنّ النص الآمر ليس هو في ذاته النظام العام، ولا يمثله بالضرورة، وإنما هو محض مقاربة المشرّع لحماية النظام العام، هذه المقاربة التي قد تحقق غاياتها وعلى نحو نسبيّ أحياناً وقد لا تحقق المقصد من تشريعها ابتداءً، الأمر الذي يدفع المشرّع لإلغائها أو يخضعها لتعديلات متلاحقة في مقاربات متتالية لخدمة النظام العام، لذلك فإن عزوف المشرع عن تشريع نصوص لحماية النظام العام في بعض الفروض لا يقلل من فكرة إلزامية النظام العام في ذاته.

وطالما أنّ النّص الآمر هو محض مقاربة المشرّع لحماية النظام العام فإن حصر الأمر في ثنائية كاشف أو منشئ يغدو في غير محلّه؛ إذ أنه ليس كاشفاً ولا منشئا؛ حيث لا يمكن القول بأن النص الآمر منشئ للنظام العام؛ لكون النظام العام باعتباره مصلحة كلّية للجماعة أمر سابق على النص ذاته، كما لا يصدق القول باعتباره كاشفاً عن النظام العام طالما أنه محض مقاربة لحماية النظام العام قد تؤتى أكلها وقد لا تفعل، وقد تفعل ذلك على نحو نسبي باعتبار أنّ ما تنطق به القاعدة الآمرة ليس هو في ذاته النظام العام كما تقدّم.

كما وأجد أن تعبير "النص الآمر يمثّل النظام العام" تعوزه الدّقة على ضوء ما تقدّم، وإن أمكن أن نقول أن النص الآمر متعلق بالنظام العام؛ باعتبار أن هذا التعلق يتصل بغايات حماية النظام العام، ومما يؤيد ما ذهبنا إليه أن المحكمة الدستوريّة قد تبطل نصاً آمراً باعتباره مخالفاً لقاعدة دستورية غير مكتوبة، هي بالنتيجة جزء من النظام العام المتصل بمصالح الجماعة الكلّية في مستواها الدستوري،

دلالة على أن النص وإن كان آمراً فإنه ليس هو النظام العام في ذاته، وأنه ليس إلا محـــضَ مقاربـــةٍ لحماية النظام [١].

ولا يغيّر التصوّر الذي سقناه للنظام العام وعلاقته بالقواعد الآمرة من فكرة أن النظام العام بالفعل فكرة مرنة متغيرة متطورة؛ إذ طالما أننا وصفنا النظام العام في هذا السياق بأنه مصالح كلّيـــة، فـــإن المصالح في ذاتها وطبيعتها مسألة نسبيّة مرنة متغيرة؛ فما اعتبر في زمن مصلحة كلّية قد لا يكـــون كذلك في زمن آخر، فالمصالح بالنتيجة ليست مواقف جامدة لا تتفاعل مع الزمان والمكان وإنما هـــي بالتأكيد عكس ذلك تماماً.

ولعل تعبير "كلية" كصفة لهذه المصالح الجوهرية مقصود بمعناها ومبناها؛ ذلك أن ما يستقر في ضمير الجماعة، ويعبر عن مصالحها الجوهرية لن يكون إلا في صورة كلية وفي إطار من العمومية في الغالب، في صورة أشبه ما تكون بالمظلة، وعليه فإن ما يرد في النصوص الآمر من تفصـــيلات تبتعد عن وصف قواعد كلية إنما هي محض مقاربات لخدمة المصلحة الكلية الجامعة.

وعليه فيغدو في ظل هذا التصوّر تعبير "النظام العام النصي أو التشريعي" تعبيراً مجازياً إذا سلمنا أن النص الآمر ليس هو في ذاته النظام العام بقدر ما هو مقاربة لحمايته.

ولما كان النظام العام يحمل في طياته قوّة إلزامية يستمدها من تعبيره عن مصالح الجماعة الكلّية، وأن النّص الآمر هو الآخر يحمل قوة إلزامية يستمدّها من إرادة المشرّع، فأي الأمرين يلزم القاضـــي بتطبيقه قبل الآخر؟

---

(١) من المعلوم أنّ مجال النظام العام في إطار القانون العام أوسع نطاقاً منه في إطار القانون الخاص باعتبار تعلق قواعـــده بفكـــرة الســـيادة، وعليه فإن القواعد الدستورية سواء منها المكتوب أو غير المكتوب إنما تتصل بالنظام العام وبالتالي فإن إعمال القضاء لقاعـــدة دســـتورية غير مكتوبة هو من وجه آخر إعمال للنظام العام بمستواه الدستوري.

انطلاقاً من ذلك يمكننا أن نتفهم حكم المحكمة الدستوريّة بإبطال نص قانون عادي صادر عن السلطة التشـــريعية يتســـم بالصـــفة الآمـــرة تأسيساً على مخالفته قاعدة دستورية غير مكتوبة كما هو الحال في الحكم الشهير الصادر عن المحكمة الدستورية الأردنية رقم (١) لســـنة (٢٠١٣) تاريخ (٢٠١٣/٣/٧) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٢١٣ ص١٤٠٧ والقاضي بإبطال نص المـــادة (٢) مـــن القـــانون المعدّل لقانون المالكين والمستأجرين تأسيساً على غياب حق التقاضي على درجتين حيثُ تقول في حكمها هذا ما يلي "إن حـــق التقاضـــي مبدأ دستوري أصيل حيث ترك للمشرع العادي أمر تنظيم هذا الحق شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الانتقـــاص منه بل وتمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم بما في ذلك حق التقاضي على درجتين، وإلا كان متجاوزا لحـــدود التفـــويض، ومخـــالف لروح الدستور الذي يضمن تمكين المواطنين من استنفاد كافة الطرق والوسائل التي تضمن له حقوقه بشكل كامل ومنها حق التقاضي على درجتين". فالمحكمة اعتبرت حق التقاضي على درجتين مبدأ دستوريا تنبغي مراعاته رغم أن هذا المضمون غير منصـــوص عليـــه فـــي الدستور.

إنني أعتقد أن التصوّر الذي ينطلق من كون النظام العام يمثل مصالح كلّية جوهريّة للجماعة ينبغي ألا يفهم أن كل المصالح بذات الدرجة في القوّة والأهمّية، فبعض هذه المصالح يوازي قوة النص الدستوري وبعضها ما دون ذلك، وأنّه في حال تعارض نص آمر مع مصلحة جوهرية كلية تمثل النظام العام من ذات القوة والأهمية فينبغي تقديم النص دعماً لاستقرار التعامل والمراكز القانونيّة.

ومن الجدير ذكره أنني وبصدد البحث عن إجابة للتساؤلات المشار لها وقفت على رأي في الفقه(١)، يذهبُ إلى أن القواعد الآمرة بعضها منشئ للنظام العام، وبعضها الآخر كاشف له بحسب اتصال موضوع القاعدة الآمرة بمصالح المجتمع الكلية، ولكني أجد أنه لا يمكن الاعتراف بدور منشئ للنص في النظام العام لما لذلك من تأثير على مفهوم النظام العام ذاته.

وفي ذات الاتجاه الأخير هذا يقول رأي في الفقه "فليس صحيحاً مثلاً أن السلطة الأبوية أو الزوجيّة وحرّية التعاقد أصبحت من النظام العام، لأن طبعها التحديد والحماية بل لأن المشرع أراد لها أن تكون كذلك"(٢).

الفرع الثاني: النظام العام المضمر.

لعل تعبير مضمر يدل على أن النظام العام في هذا الشكل لا يظهر مرعياً في نصوص قانونيّة، وإنما يظلّ النظام العام في هذه الحالة كامناً في ضمير الجماعة ومعتقدها إلى أن تأتي جهة مخوّلة بذلك لتُعمِل مفاعيله القانونية، ولعل تعبير "مضمر" أدل على حقيقة هذا النظام العام من التعبير الذي يفضل البعض استعماله ألا وهو النظام العام القضائي(٣)، أو نظام عام اجتهادي(٤)؛ ذلك أن تعبير مضمر يدل بوضوح على أن وجود هذا النظام العام سابق على إعمال مفاعيله من قبل القاضي، فهو من هذا الجانب أدق تعبيراً عن واقع الحال، ومن جانب آخر فالقضاء ليس هو وحده المخوّل بتقدير مدى وجود

(١) محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ١٩٦١ دون ناشر، ص١٢٨.
نجيب عبد الله الجبشة، مفهوم، فكرة النظام العام _رسالته، مرجع سابق ص٢٧.

(٢) إدريس العلوي العبدلاوي، مدلول النظام العام في التصرّف القانوني، بحث منشور في مجلة أكاديمية المملكة المغربيّة لسنة ٢٠٠٥ العدد ٢٢، ص٧٦.

(٣) عليان عدة، فكرة النظام العام، رسالته، مرجع سابق ص٦٤.
نجيب عبد الله الجبشة، رسالته، مرجع سابق، ص٢٦.

(٤) بن معمر عونيات نجيب، النظام العام، مرجع سابق ص٤٤٧.

النظام العام من عدمه؛ إذ تشاركه الإدارة في الكشف عن النظام العام المضمر وحمايته حتى في إطار التصرفات القانونية كذلك، وذلك في المواضع التي يتاح لها فيه ذلك من حيثُ الاختصاص.

أما عن مصطلح "نظام عام اجتهادي" المشار إليه فإني لا أجده موفقاً البتة، فالأمر ليس اجتهاداً بقدر ما هو أداء لواجب حماية النظام العام، فالاجتهاد يحمل في طياته دورا فاعلا للمجتهد في إيجاد الحكم، وليس هذا للنظام العام باعتقادي؛ فإن كان النظام العام مصلحة كلية جوهرية كامنة في ضمير الجماعة ومعتقدها، فالقاضي ينبغي أن يكون أعلم الناس بها؛ ذلك أنها تتصل بفكرة العدالة حيث ينتصب حارسا لها، فعمل القاضي ليس إلا إعمالا لمقتضيات النظام العام وليس اجتهادا كما يحلو للبعض وصفه مما تقدم.

انطلاقاً مما تقدم فإننا سنتناول دور كل من القضاء والإدارة في الكشف عن النظام العام تباعاً، وعلى النحو التالي:

أ- دور القضاء في الكشف عن النظام العام:

انطلاقاً من كون القضاء حارس العدالة، فإن العدالة لا يمكن أن تتعارض مع النظام العام باعتبارها ركنا أساسيا من أركانه عموما، وفي إطار التصرفات القانونيّة على وجه الخصوص، وعليه فإن إعمال القضاء لمقتضيات النظام العام إذا وجد أنّ أياً من التصرفات القانونيّة موضوع النزاع المعروض عليه يتعارض معه، إنما هو في الحقيقة ترسيخ لقيم العدالة التي ينتصب القضاء حارساً لها، وعليه فإنّ النظام العام يكون مضمرا في حال لم يكن مرعياً من قبل نصٍ قانونيّ، وإلا لكان مندرجاً تحت الشكل الأوّل من أشكال النظام العام، وإنما هو نظام عام لازال كامناً في معتقد الجماعة وضميرها يستحث القاضي لإعماله تحقيقاً للعدالة.

انطلاقاً من هذا التصوّر فقد حلا للبعض أن يصف هذا الشكل من أشكال ظهور النظام العام بأنه محافظ سكوني في مقابل النظام العام التشريعي الديناميكي الثوري[١]؛ ذلك أنّ هذا النوع من النظام العام يظلّ ساكناً في الضمير الجمعي للجماعة، ولا يكتب له الظهور إلا في حال تم المساس به، وعرض الأمر على القاضي الذي يجب عليه أن ينتصر له ويعمل مفاعيله متجاهلاً إرادة الأطراف[٢].

(١) جاك غستان: المطوّل في القانون المدني – تكوين العقد ط٢ مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠٨ ص١١٧.

(٢) نجيب عبد الله رسالته مرجع سابق ص٢٦.

وفي هذا الصدد فإني أجد أنّه من غير السليم أن يزعم البعض بأن القاضي إزاء هذا الشكل من أشكال النظام العام إنما ينشئ القاعدة التي يُعمل من خلالها النظام العام وذلك من خلال ما يبتكره من حلول للنزاعات المعروضة عليه(١).

ذلك أنّ دور القاضي هو تطبيق مقتضيات النظام العام وإعمالها دون أن يتعدى ذلك الدور حد خلق النظام العام، أو حتى خلق قاعدة مستنبطة منه، وليس من السليم كذلك أن نطلق على عمل القاضي في هذا الصدد مصطلح "قاعدة قانونية قضائية" كما تقدّم ذكره(٢).

ب- دور الإدارة في حماية النظام العام المضمر في التصرفات القانونيّة.

من المؤكد أنّ دور الإدارة في رعاية النظام العام بشقيه النصي والمضمر واضح في إطار القانون العام؛ فهي المعنية بحفظ عناصره المتمثلة بالأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة(٣).

ولكن إلى أي مدى تتمتع الإدارة بحق رعاية النظام العام المضمر إزاء تصرفات الأشخاص في إطار القانون الخاص، وما يقتضي ذلك من حق التدخل في عقود الأشخاص وما ارتضوه؟

يلزمنا للإجابة على هذا التساؤل أن نميّز بين حالين؛ أولهما: مرحلة ما قبل انعقاد العقد، وثانيهما: مرحلة ما بعد انعقاد العقد.

لا شك أن هذا الحق قائم للإدارة كلٌ حسبَ اختصاصه في كلا الحالين ولكنه في مرحلة ما قبل انعقاد العقد يبدو أوضح، فجميع العقود الشكلية التي تنظم بمعرفة موظف عام أو يصادق عليها موظف عام فإن له أن يرفض تصديق الاتفاق إذا ظهر له أن محله أو أي بندٍ فيه يخالف النظام العام النصي أو حتى المضمر.

---

(١) بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرّع والتكييف القضائي، مرجع سابق ص٤٤٧.
عليان عدة رسالته مرجع سابق ص٦٤.
يقول الدكتور بن معمر عوينات في هذا الصدد "وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية، وهي القاعدة التي اكتشفها وطبقها الحكم الأول..... كما أن إحالة المشرع القاضي إلى المبادئ العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة أمامه تمثل مرحلة اجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية ويساهم في هذه الصياغة" بحثه المشار له ص٤٤٧. وفي ذات الاتجاه يقول الدكتور عليان عدة في أطروحته القيمة ما يلي "وهكذا ففي غير الحالات التي يتدخل فيها المشرع بمقتضى نصوص يأخذ منها مقتضى هذا التطوّر ويقع على القاضي مهمّةَ تحقيق هذه الملائمة؛ فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق وعليه أنْ يستلهم المصلحة العامة" رسالته مرجع سابق ص ٦٥.

(٢) انظر عليان عدة، رسالته، مرجع سابق ص٤٤٧.

(٣) نواف كنعان، القانون الإداري _ الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٣٤.

وفي مرحلة ما بعد انعقاد العقد فإن هذه الصلاحية تبدو واضحة للإدارة في حال كان النظام العام نصياً؛ فالحاكم الإداري مثلاً لن يحفل باتفاقات الأطراف إذا وجد ما يخالف النظام العام، ويملك الصلاحية القانونيّة لمنعها، ولكن الأمر يحتاجُ مزيداً من التدقيق في حال كان النظام العام مضمراً، ومع ذلك فإن الحق سيظل قائماً للإدارة مع حق أي متضرر الطعن في قرارات الإدارة وأعمالها لدى القضاء المختص.

المبحث الثاني: إشكالات في طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين.

لما توصلنا إلى أنّ النصّ القانوني وإن كان آمراً فإنه لا يمثل في ذاته النظام العام بقدر ما هو مقاربة من المشرّع لحماية النظام العام، وأن النظام العام باعتباره مصلحة كلّية للجماعة أمر سابق على النص لمّا كان ذلك فإن تعبير "النظام العام في تنظيم القانون المدني للتأمين يبدو تعبيراً مجازياً، وأنّ المقصود بيان طبيعة النظام العام الذي تحاول نصوص القانون المدني في تنظيمها للمضمون العقدي للتأمين أن ترعاهُ.

والحقيقة الأخرى أنّ معظم ما ذكرناه في المبحث الأوّل عن مفهوم النظام العام إنما كان يتعلق بنوع واحد من النظام العام _على أهميته_ ألا وهو النظام العام المطلق أو التقليدي، وهو ما أشار له الباحث تعقيباً على محاولات الفقه تعريف النظام العام، وأن هذا الفقه أغفلَ أننا بتنا في ظل التطورات التي يشهدها المجتمع على الصعيد القانوني والسياسي والاقتصادي أمام عدة صور للنظام العام لكل منها ذاتيتها، والتي يصعب بحق أن يجمعها تعريف واحد وأنّ أي محاولة لهذا التعريف ستصاغ بطريقة عموميّة حذرة تفقد التعريف طابعه المنضبط.

ثم إن حصر بحث طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني للتأمين يقصر دراستنا في إطار القانون المدني تحديداً، دون أي تشريع آخر لئلا يتسع نطاقها على نحو لا ينضبط، كما ويحصر دراستنا في صورة النظام العام **النصي** دون صورته الأخرى، والمتمثلة بالنظام العام المضمر[١].

(١) من أمثلة النظام العام المضمر في إطار التأمين: حظر تأمين الفعل العمدي؛ حيث لم ينص المشرع الأردني على هذا الحظر بنص عام، وإنما جاءت المادة (٢/٩٣٤) من القانون المدني لتحظره في تأمين الحريق فقط فإلى أي مدى يمكن تعميم هذا الأمر على باقي فروع وأنواع التأمين؟ ذهب الفقهُ في مجموعه إلى أن ذلك يتصل بالنظام العام، وفي ظل غياب نص قانوني، فإن النظام العام المقصود –والحالة هذه–إنما هو النظام العام المضمر. انظر في هذا الفقه

- مصطفى خليل: تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع –، عمان، ٢٠٠١، ص٢٩٨.
- بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠١٠ ص١٥٤.
- غازي أبو عرابي أحكام التأمين ط٢ دون ناشر عمان ٢٠١٦ ص١٥٩.
- إبراهيم أبو هلاله وفيصل الشقيرات، التزام المؤمن بالتعويض في التأمين من المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الحسين بن طلال مجلد ٣ عدد ٢ ٢٠١٧م، ص ٢٤٩.

انطلاقاً من ذلك فإن كثيراً من الفقه يذهب باتجاه تقسيم النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة إلى نوعين رئيسين؛ أولهما: يطلق عليه النظام العام المطلق أو التقليدي، وثانيهما: ما يطلق عليه النظام العام الاقتصادي(١).

فالنظام العام المطلق وفق ما يرى جانب من الفقه: ذلك " النظام العام الذي يرتبط بمصالح الجماعة الكلية ويظهر دوره في ثلاث مسائل: الدولة، العائلة، الآداب" (٢)، ولعل من أدلوا بدلوهم من الفقهاء محاولين تعريف النظام العام أو توصيفه إنما كان هذا النوع من النظام العام نصب أعينهم؛ إذ أن قوامه الأساس ارتباطه بمصالح كلّية للمجتمع لا يجوز الخروج عليها أو تجاوزها، ويمتاز هذا النوع من النظام العام بكونه سلبي الطابع؛ إذ يقتصر دوره على بيان التصرفات التي لا يجوز إبرامُها(٣).

أما النوع الثاني من أنواع النظام العام في إطار التصرفات القانونيّة في ظل القانون الخاص فهو النظام العام الاقتصادي، والذي يعرّف بأنه: "نسق إيجابي يهدف إلى تحديد ما يجبُ أن ينتظمه العقد من أحكام"(٤).

---

(١) انظر فيمن أشار لهذا التقسيم من الفقه:
- بلمهيوب عبد الناصر: النظام العام في القانون الخاص مرجع سابق ص٣٨١.
- نساخ فطيمة: مفهوم النظام العام مرجع سابق ص٤١٥.
- منصان هشام: التحول في فكرة النظام العام تطبيق على التجربة المصرية، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥، ص٤٣١.
- عماد طارق البشري: فكرة النظام العام مرجع سابق ص٥٤.
- عليان عدة، رسالته، مرجع سابق ص٢٢٥.
- ياسين منصوري: دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقديّة بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونيّة والإداريّة عدد ١٦ لسنة ٢١٦ ص ٢٢٣.
- عيساوي عز الدين "البحث عن نظام للنظام العام " بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥ ص٣٧٤.

(٢) نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام، مرجع سابق ص٤١١.

(٣) بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨١.

(٤) انظر في هذا المعنى:
- ياسين منصوري، دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقدية، مرجع سابق، ص٢٣٢.
- بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٠.
- نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام، مرجع سابق، ص٤١١.

كما وعُرّف بأنه: "مجموعة القواعد والأحكام الواجب اتباعها في مجتمع في المجال الاقتصادي للحفاظ على استقرار المجتمع وأمنه"[١]. فإذا كان النظام العام المطلق سلبي الطابع فإن النظام العام الاقتصادي إيجابي الطابع كما سنرى.

وبدوره ينقسمُ النظام العام الاقتصادي إلى نوعين؛ نظام عام حمائي ونظام عام توجيهي، أما الحمائي فغايته الأساسية حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقديّة[٢]، في حين أن النظام العام التوجيهي يتعلق بمختلف الأحكام التي تمكّن الدولة من توجيه الروابط العقدية نحو تحقيق منفعة اجتماعية مقصودة تحقيقاً لغاية ممارسة المنافسة الاقتصاديّة[٣]، بمعنى أنه يستهدف توجيه العلاقات الاقتصاديّة بتأمين جو من المنافسة تحقيقاً لغايات الرخاء الاقتصادي، ولعلّ هذا الشكل من أشكال النظام العام تتجسد رعايته في قوانين خاصة، كما هو الحال في قانون المنافسة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤ وتعديلاته[٤]، وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجاريّة رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠[٥].

وبذلك فإني أجد أنّ بحثنا في إشكالات طبيعة النظام العام ونطاقه في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين سينحصر في فرضين:

أولهما: يتعلق بإشكالات نطاق النظام العام المطلق، وثانيهما يتعلق بإشكالاتٍ في مدى وجود النظام العام الحمائي وآثاره، وهو ما سنخصص له مطلبين مستقلين على النحو التالي:

المطلب الأوّل: إشكالات في نطاق النظام العام المطلق.

ينحصر بحثنا في الإشكالات التي تتعلق بنطاق النظام العام المطلق، وعليه فإننا لن نتناول نطاق رعاية النظام العام المطلق في تنظيم القانون المدني للتأمين، فهو نطاق تنوء صفحات هذا البحث عن حمله وسينحصر البحث في إشكالات هذا النطاق فقط[٦].

---

(١) لحرش اسعد المحاسن، النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر السنة ٣٩ العدد ١٥٦ ص١١٥.

(٢) انظر في مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقديّة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، ص١٢ وما بعدها.

(٣) مختور دليله: حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥، ص٥٢٦ وما بعدها.

(٤) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٦٧٣ بتاريخ ٢٠٠٤/٨٩/١، ص٤١٥٧.

(٥) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤٤٢٣ تاريخ ٢٠٠٠/٤/٢، ص١٣١٦.

(٦) نقصد بتعبير "نطاق النظام العام": النطاق الموضوعي الذي ترعاه النصوص الآمرة أو تحاول أن ترعاهُ على نحو لا يجوز الاتفاق على خلافه وبعبارة أُخرى المسائل التي افترض المشرع في تنظيمه القانوني بأنها متعلقة بالنظام العام.

ولعلّ أبرزَ الإشكالات المقصودة في هذا المقام هو ما نصّت عليه المادة (٩٢١) مدني أردني، والتي جاء فيها ما يلي: "**لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام**".

تتبدى الصفة الآمرة للنص من خلال منطوق لفظي تصدّر بعبارة "**لا يجوز**" في دلالة لفظية على هذه الصفة[١]، ويقصد بتعبير "دين الدولة الرسمي" الدين الإسلامي سنداً لما نصت عليه المادة الثانية من الدستور، والتي جاء فيها: "**الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية**".

وعليه فإنّ النص قد ساوى بين ما يتعارض مع دين الدولة وما يتعارض مع النظام العام، وبذلك تصبح مبادئ الشريعة الإسلاميّة مرعيّةً كشرطٍ للمشروعية في محل عقد التأمين، شانها شأن النظام العام؛ إذ يشترط في محل أيّ عقد لقيامه صحيحاً أن يكون محلّه مشروعاً[٢]؛ وذلك بأن لا يخالف النظام العام والآداب، ويضاف لها في مجال التأمين ألا يخالف المحل مبادئ الشريعة الإسلاميّة باعتبار هذه المبادئ كشأن النظام العام ومفاعيله. ونقول مبادئ الشريعة الإسلامية ولا نقول الفقه الإسلامي، لأن الفقه الإسلامي ليس إلا تصورات بشرية عما تقتضيه مبادئ الشريعة ونصوصها، لذلك فمن المتصور أن تجد آراءه متعارضة أحيانا.

فإلى أي مدى يجعل هذا النص لشرط المشروعية في محل التأمين خصوصية خاصة عنه في القواعد العامة في العقود المدنية والتجارية؟

تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة من مراتب مصادر القانون المدني، ولا يتقدّمها إلا التشريع ذاته، وأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني ويعقبها العرف وقواعد

(١) يستدلّ على الصفة الآمرة في النصوص من عدمها بواسطة أحد معيارين؛ أولهما: معيار شكلي لفظي يستند إلى عبارة النص ذاتها في دلالتها على خلاف حكمها، كما لو وردت عبارة "لا يجوز" أو "يبطل" أو عبارة "ولو اتفق على غير ذلك"، وثانيهما: معيار موضوعي معنوي؛ ينظر لموضوع النص ومقاصده ومدى اتصاله بالمصالح الأساسية.

انظر في تفصيلِ ذلك عبد المنعم الصدة، أصول القانون، مطبوعات شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي ١٩٦٥ ص٧٠.

(٢) انظر نص المادة: (١٦٣) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها بهذا الخصوص ما يلي:

١.يشترط أن يكون المحل قابلا لحكم العقد. ٢. فان منع الشارع التعامل في شيء او كان مخالفا للنظام العام اوللآداب كان العقد با طلا. ..... "

العدالة[١]، ورغم مكانتها المعتبرة بين هذه المصادر إلا أن التشريع يتقدّمها على أي حال، باعتباره المصدر الأول، لذا فمن المتصوّر أن يتضمن التشريع ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية مراعاةً لترتيب هذه المصادر ولقوة هذا الترتيب.

ويعني هذا أن إضافة مبادئ الشريعة الإسلاميّة قرينة للنظام العام لتحديد نطاق المشروعية من عدمه في محل التأمين قد أضاف بالفعل جديداً عما ورد في القواعد العامة وأعطى لشرط المحل في عقد التأمين خصوصية ليست في غيره من العقود المدنية والتجاريّة، وقد جاءَ في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على نصّ المادة ٩٢١ مدني أردني ما يلي "بما أنّ المشرّع قبل فكرة عقد التأمين كما وضح في المادة (٩٢٠) وبما أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام عملاً بالمادة الثانية من الدستور الأردني وبما أن المادة ٣٠٥ مرشد الحيران تشترط أن يكون مقصوداً شرعاً فقد وضعت هذه المادة على هذا الأساس". ويتضح من هذا التعليق أنّ اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية شرطاً لمشروعية محل التأمين يبدو مقصوداً في ذاته.

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد إثباتاً لهذه الخصوصيّة أن كون الإسلام دين الدولة الرسمي لا يعني أن مبادئه مصدرا أساسياً للتشريع لا تجوز مخالفتها أو الخروج عليها، من منطلق تحليل نظري قانونيٍّ لمقتضيات النص الدستوري المشار إليه، غير منحاز أيديولوجياً مع كل الاحترام لشريعتنا السمحاء. وعليه فإن النص التشريعي الذي يتضمن نصاً يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية لا يتضمن مخالفة دستوريّة في ذاته لهذا السبب[٢].

ولعل هذا البحث غير مخصص لحصر المسائل التي يفترق فيها القانون عن مبادئ الشريعة الإسلامية ما بين الإباحة والحظر، ولكنّ استقراء متعجلا يمكننا من خلاله أن نذكر من بينها ما يتعلق بالمسكرات (الخمور) بيعها وتصنيعها ونقلها، وعمليات التجميل لغير عذر، والكثير من العمليات

(١) انظر نص المادة(٢) من القانون المدني والتي جاء في نصها ما يلي:
"تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها و لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .2. فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .3. فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا و لا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب .أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.٤. ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على ان لا يتعارض مع ما ذكر."

(٢) انظر في تفصيل ذلك ومن وجهة نظر قانونية بحتة: نوفان العجارمة: مقال بعنوان "الإسلام دين الدولة إشكالية المفهوم والتطبيق" منشور على الموقع الإلكتروني www.ammonnew.net بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٣م.

المصرفيّة وشراء الديون، والكثير من النشاطات السياحيّة في الفنادق والملاهي، وسنكتفي بالوقوف الدقيق على شاهد واحد من بين هذه الشواهد؛ كمحاولة إثبات ما سقناهُ من نتائج آنفاً، ويتمثل هذا الشاهد **بفوائد القروض** إذ ينعقد إجماع الفقهاء[١] على تحريم الربا خضوعاً للآية القرآنية {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}[٢]، وفي ذات السياق **يكاد** ينعقد إجماع فقهاء الشريعة الإسلاميّة على اعتبار الفوائد البنكية عن القروض مثالا واضحا للربا المحرّم[٣].

فإذا كانت فوائد القروض عند إعمال مبادئ الشريعة الإسلاميّة غير مشروعة فإلى أي مدىً ينسحب هذا الحكم على مشروعيّتها في ظل القانون الأردني، كجزء من تصرّفٍ مصرفي تجريه البنوك العاملة في المملكة على نحو يومي؟

في الوقت الذي جاء فيه نص المادة ٦٤٠ من القانون المدني لتحظر الفائدة على القرض في نص عام يمثل القواعد العامة بقولها "**إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقترض لغا الشرط وصحّ العقد**" جاءت كثير من النصوص الخاصة لتجيز ذلك في إطار العمليات التجاريّة والمصرفية، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ١١٠ من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦[٤] في معرض تنظيمها للحساب الجاري.

وهو كذلك ما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون التجارة البحريّة رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢[٥]. وفي ذات السياق كذلك ما نصت عليه المادة ٨٧ مكرر من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧[٦]مما يتوافق مع ما تقدّم.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك وتوثيقه من مراجعه المتخصصة ومذاهبه المتعددة سلمان العودة: شرح العمدة (الأمالي) كتاب البيوع – باب الربا بحث منشور على موقع www.islamweb.com.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٣) انظر في تفصيل ذلك وتوثيقه من فقهاء المذاهب الأربعة والمؤتمرات والمجامع الفقهية: ابراهيم بن عبد الله الناصر بحث بعنوان "إثبات ربويّة الفوائد البنكية" منشور في مجلة النور الكويتية، عدد (٥٥) سنة ١٩٨٧ ص٢٤ وما بعدها.

(٤) منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩١٠ ص٤٧٢ تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠.
وجاء في نص هذه المادة "إن الدفعات تضمن حتماً لمصلحة المسلم على المستلم فائدة تحسب على المعدّل".
وتكرر الأمر في المواد ١١٣، ١١٨.

(٥) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٣٥٧ ص٦٩٨ تاريخ ١٩٧٢/٥/٦ وقد نصّت هذه المادة على "يضمن تسجيل الرهن فضلاً عن رأس المال فائدة عن سنتين والإضافة إلى فوائد السنة الجارية في وقت الإحالة".

(٦) منشور في الجريدة الرسميّة عدد ٤٢٠٤ ص٢٠٣٨ تاريخ ٩٧/٥/١٥.
حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي "تلتزم الشركة بدفع فائدة للمساهم بمعدل سعر الفائدة السائد على الودائع لأجل خلال فترة التأخير".

ولعلّ نص المادة الثانية من قانون البنوك وتعديلاته رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٠م)[١] أكثرُ دلالة على النقطة موضوع البحث؛ إذ إنها في معرض تعريفها للائتمان ذكرت الآتي: "**وضع مبلغ من المال من البنك إلى العميل مقابل حق استرداده من فوائده وأي مستحقات أخرى عليه...**".

بالنّتيجة فإنّه ومن خلال ما تقدّم من نصوص قانونيّة خاصة فإن فوائد القروض مشروعة قانوناً في الإطار المصرفي والبنكي والتجاري، وإن كانت محظورة خارج هذا النطاق سنداً للقاعدة العامة في القانون المدني، ليظل السؤال قائماً حول مدى مشروعيّة التأمين عليها؟ إذ أن الواقع العملي ينبئنا أنّ كل قرض يستجرّه العميل من البنك يرتبط بتأمين على هذا القرض وفوائده لمصلحة البنك في حال موت العميل، وفي بعض الحالات في حال إعساره، وفي حدود قيمة القرض الإجمالية مضافاً لها الفوائد والمصروفات، وهو أمر يشجع الائتمان على أي حال ويجعل البنوك تخفف من الضمانات التي تتطلبها ضماناً لتلك القروض.

ولما كان نص المادة ٩٢١ مدني ليس موضع تطبيق وإعمال في الواقع العملي رغم وجوده ونفاذه إلا أن إعماله فعلياً من شانه أن يهدم العمل المصرفي بما ينعكس ذلك على كافة القطاعات الصناعية والتجارية، ذلك أنّ الاقتصاد الدولي والوطني يقوم في بنيانه على وجود سعر للفائدة، ولعلّ الخروج على هذه الأنظمة يحتاج ثورة تشريعيّة واقتصاديّة ليست في مقدور معظم الدول في حدود تقديرنا في هذا الزمان.

وبتقييم اعتبار مبادئ الشريعة الإسلاميّة ضابطاً من ضوابط مشروعية محل عقد التأمين فإنه يمكننا القول بأن إباحة أمر ما في ظل نظام قانوني واحد وفي ذات الوقت حظر التأمين عليه إنما يحمل في طياته تناقضاً غيرَ محمودٍ؛ ذلك أننا بالنتيجة في ظلِّ دولةٍ واحدةٍ، ونحتكمُ لنظامٍ قانونيٍّ واحدٍ، ينبغي أن ينتظم أجزاءه الانسجام النسبي؛ إذ لا يعقل أن أسمح لمستثمر أن يفتح فندقاً من ذي الدرجات المرتفعة، وفي ذات الوقت أجعل التأمين على نشاطاته ومسؤولياته تجاه عملائه وعماله غير مشروع؛ باعتباره يخالف النظام العام المرعي في التأمين.

وعليه فإنّ المشرع مدعوّ إلى إقامة وحدة قانونيّة إما أن تتجه إلى حظر هذه التصرفات وحظر تأمينها أو إباحتها وإباحة تأمينها.

وعطفاً على تحليلنا السابق المتعلق بمفهوم النظام العام، ولما كان النظام العام في ذاته يمثل مصالح كلّية في المجتمع فإن الأصل أن تكون هذه المصالح منسجمةً في ذاتها، متّسقةً في نسقها غير

(١) منشور في الجريدة الرّسمية عدد ٤٤٤٨ ص٢٩٥٠ ٢٠٠٠/٨/١.

متناقضة، وعليه فإن هذا الشاهد من شواهد النصوص الآمرة في ظل هذا التناقض الصارخ بإباحة الشيء وحظر التأمين عليه إنما يثبت أن النص الآمر ليس في ذاته وموضوعه يمثل النظام العام، بقدر ما هو مقاربة المشرّع لحماية النظام العام ورعايته؛ إذ لا يعقل أن يوصف النظام العام بكونه متناقضا؛ باعتباره مصالح كليّة كامنة في ضمير الجماعة ومعتقدها، لكن النصوص وإن كانت آمرة فإنه يمكن وصفها بذلك كما هو الحال في الفرض محل البحث انطلاقاً من كونها ليست إلا مقاربة لحماية النظام العام.

المطلب الثاني: إشكالات في مدى وجود النظام العام الحمائي وآثاره.

سنقسم هذا المطلب لفرعين، نتناول في الأول: مدى وجود النظام العام الحمائي في تنظيم القانون المدني للتأمين، في حين نتناول في الفرع الثاني: آثار وجود النظام العام الحمائي، وذلك على النحو التالي:

الفرعُ الأول- مدى وجود النظام العام الحمائي:

يعرّف النظام العام الحمائي في إطار التصرفات القانونيّة بأنه: "الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقات العقديّة، ويراد بالحماية في هذا المقام: منح الطرف الضعيف حقوقاً قانونيّة افتقدها في الجانب الاقتصادي"(١).

وبذلك تتصل غايات النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، هذا يعني أن النظام العام الحمائي إنما يهدف لحفظ مصالح فردية تخص طرفاً عقديّاً وفي إطار عقد فردي في الغالب، وهذا النوع من النظام العام ظهر مرعياً في الحماية المقررة للعامل في قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦(٢)، وللمستهلك في قانون حماية المستهلك رقم ٧ لسنة ٢٠١٧(٣) باعتبارهما أطرافاً ضعيفةً في العقود التي يبرموها وفق تقدير المشرّع.

ولكون هذا النظام العام إنما يرعى مصالح فرديّة وليست مصالح عامة فإن ذلك لا يغيّر من كون النظام العام بمفهومه العام إنما هو تعبير عن مصالح كلّية في المجتمع؛ هذا يعني أنه متصل بمصالح المجتمع الكلية حتى وإن حفظ مصلحة فردية لطرف عقدي؛ ذلك أن هناك مصلحة كلّية للمجتمع في الانتصار للطرف الضعيف في العقود، هذه المصلحة تتطلب حمايته تحقيقاً للعدالة وإزالة الإجحاف

(١) نساخ فطيمة النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة مرجع سابق ص٤١٧.

(٢) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٤١٣ ص ١١٧٣ تاريخ ٩٦/٤/١٥.

(٣) منشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٤٥٥ ص ٢٧٢٥ تاريخ ٢٠١٧/٤/١٦م.

الذي يحيق به، لا باعتبار شخصه وإنما باعتبار مركزه، وبذلك فالحماية ليست لمصلحة فرديّة مباشرة مقصودة، وإنما الحماية لطرف عقدي ضعيف منضبط بضباط عام مجرد، وبذلك فإن غايات هذا النظام هي ذاتها غايات النظام التقليدي وإن اختلفت طبيعة المصالح المرعية عامة أو خاصة؛ حيثُ إنّ رعاية كلا المصلحتين يعبّر عن مصلحة كلّية للمجتمع.

والحقيقة الأخرى أنّ النظام العام الحمائي وإن كان يشترك مع النظام العام المطلق بكونهما نظامان عامان ينبثقان من مصالح كلية للمجتمع، إلا أن لهذا النوع من النظام العام ذاتية تميزه بعدة مميزات عن النظام العام المطلق؛ فهو نظام عام إيجابي حيث يتدخل في الغالب لتحديد الحقوق التي ينبغي أن يتمتع بها الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، ولا يكتفي ببيان ما هو محظور كما يفعل النظام العام المطلق، والأهم أنّ طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة كل منهما مختلفة بعض الشيء؛ حيثُ يترتب على مخالفة النظام العام المطلق بطلان التصرف موضوع المخالفة بطلاناً مطلقاً، وما يقتضيه ذلك من أنّ للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وأنّ لأي صاحب مصلحة أن يتمسك به وأنه لا يصحح بالإجازة[١].

والأهم كذلك أنّ النصوص الراعية للنظام العام المطلق لا تتيح مخالفته أياً ما كان شكل المخالفة، في حين أن النصوص الراعية للنظام العام الحمائي لا تتيح مخالفتها إذا كان من شأن تلك المخالفة الانتقاص من الحقوق التي تدخّل المشرع لفرضها، ولكنها تسمح بالمخالفة إذا كانت المخالفة تعطي الطرف المقصود بالحماية حقوقاً أفضل من تلك التي تحفظها له النصوص، بمعنى أن النظام العام الحمائي يسمح بمخالفته في اتجاهٍ ويحظر تلك المخالفة في اتجاهٍ آخر، وهو ما لا يتوافق مع مفاعيل النظام العام المطلق كما تقدّم[٢].

---

(١) انظر في تفصيل آثار البطلان المطلق: إسراء جاسم العمران: البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة المجلد (١) العدد (٢) دولة قطر ٢٠١٥ ص ٩٩.
تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني على:
"١. العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة. ٢. .ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة أ ن تقضي به من تلقاء نفسها .3. ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد"

(٢) انظر في تفصيل هذه الفكرة جعفر محمود المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ٢٠١٠ العدد ٤ المجلد ٢ ص ١٢٤.

والسؤال الذي يفرض نفسه والمتّكِأ على كل ما سبق، هل كان النظام العام الحمائي وفق التوصيف المتقدّم مرعياً في تنظيم القانوني المدني الأردني للتأمين، وبتعبير آخر هل أنّ النصوص الآمرة الواردة في تنظيم القانون المدني للتأمين تشكل مقاربة لحماية النظام العام المطلق أم لحماية النظام العام الحمائي؟ وذلك بالنظر إلى الفروقات القائمة ما بين نوعي النظامين.

إن المستقرأ للتنظيم القانوني للتأمين في القانون المدني في المواد (٩٢٠-٩٤٩) يجد أنّ المشرّع الأردني عمد إلى تنظيم أجزاء مهمة من المضمون العقدي لبعض فروع التأمين، تتصل تحديدا بنطاق الخطر المغطى، وجزاء الإخلال ببعض الالتزامات الملقاة على المؤمن له، بالذات تأمين الحريق وبدرجة أقل تأمين الحياة، وأن معظم النصوص التي جاءت لتنظيم المضمون العقدي هذا لم تتضمن إشارة لفظية شكلية تدل على الصفة الآمرة لهذه النصوص[1] كما هو الحال مثلاً فيما نصت عليه المادة ٩٣٣ مدني أردني والتي جاء فيها ما يلي "**يكون المؤمن مسؤولاً في التأمين ضد الحريق: ١- عن الأضرار الناشئة عن الحريق ولو كانت ناجمة عن الزلازل والصواعق والزوابع والأعاصير والانفجارات المنزلية والاضطرابات التي يحدثها سقوط الطائرات والسفن الجوية أو عن كل ما يعتبر عرفاً داخلاً في شمول هذا النوع من التأمين. ٢- عن الأضرار التي تكون نتيجة حتمية للحريق. ٣- عن الأضرار التي تلحق بالأشياء المؤمن عليها بسبب الوسائل المتخذة للإنقاذ أو لمنع امتداد الحريق.٤- عن ضياع الأشياء المؤمن عليها واختفائها أثناء الحريق ما لم يثبت أن ذلك كان نتيجة سرقة**".

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١/٩٤٤ في معرض تنظيم المشرع لعقد تأمين الحياة والتي جاء فيها "**للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن ينهي العقد في أي وقت بشرط إعلام المؤمن برغبته وتبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة**"

هذان النصّان ليسا إلا عيّنة من جملة نصوص قانونيّة عمدت إلى تحديد المضمون العقدي لبعض فروع التأمين فهل مثل هذه النصوص آمرة أم مكملة؟ وإذا كانت آمرة فهل ترعى نظاماً عاماً مطلقاً أم نظاماً عاماً حمائياً؟ وذلك لغياب الإشارات الشكلية المميزة للنص الآمر عن النص المكمل، لذلك فإنه يلزمنا الاتكاء على المعيار الموضوعي المعنوي بالنظر إلى طبيعة المصالح التي يحاول النص أن يحميها أو الغايات والمقاصد التي يرمي إلى تحقيقها.

(١) انظر على سبيل المثال لا الحصر المواد ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٩ بخصوص تأمين الحريق والمواد ٣٤٣، ٩٤٤، ٩٤٧ بخصوص تأمين الحياة.

الحقيقة أنّ النسق العام لتنظيم القانون المدني للتأمين إنما يحمل في طياته مقصداً حمائياً واضحاً، فهو قد أبطلَ بعضَ الشروط المجحفة التي درجت شركات التأمين تضمينها العقد، لا لشيء إلا ليحمي المؤمن له والمستفيد، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ٩٢٤ مدني أردني[١] في إشارة أولية واضحة أن المشرع يتعامل مع المؤمن له كطرف ضعيف في العقد جدير بالحماية، كما وحاول المشرّع في هذا التنظيم القانوني أن يخفف من وطأة الجزاءات الخاصة التي تخرج عن النظرية العامة في المسؤولية العقدية، والتي تحيق بالمؤمن له، وذلك بإقراره بعضاً من الضوابط الشكلية والموضوعية لصحة إيقاع هذه الجزاءات[٢].

وعليهِ فإنّ المشرّع الأردني عندما عمد إلى تحديد المضمون العقدي لبعض أنواع التأمين لم يكن ذلك من باب الترف الفكري ولا الاستزادة، وإنما كان يقصد باعتقادي أن يوفر حداً أدنى من الحقوق لكل من المؤمن له والمستفيد، والذي غالباً ما يكون المضرور، حيث أحاطت بهما رعاية المشرّع، هذا يعني أننا نذهب باتجاه اتسام هذه القواعد بالصفة الآمرة، والتي لا يجوز لأطراف الاتفاق الانتقاص منها، والسؤال الذي يظل قائماً هل أنّ النظام العام الذي ترعاهُ هذه النصوص الآمرة نظامٌ عامٌ مطلق

---

(١) تنص هذه المادة على " يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التامين من الشروط التالية:

١. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التامين بسبب مخالفة القوانين الا اذا انطوت المخالفة على جناية او جنحة قصدية.

٢.الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى الجهات المطلوبةإخبارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول .3. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر.

إذا كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له .4. شرط التحكيم اذا لم.

يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التامين .5. كل شرط تعسفي يتبين انه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

(٢) يعتبر كل من جزاء البطلان وجزاء السقوط وجزاء وقف الضمان جزاءات خاصة في عقد التأمين تخرج في مفاعيلها عن النظرية العامة في المسؤولية العقديّة، وتحمل في طياتها بعداً عقابياً لأنها لا تنضبطُ بضابط حصول الضرر، وبالتالي لا تستهدف جبره وقد حاول المشرّع التخفيف من وطأة هذه الجزاءات من خلال ما نصّ عليه في المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، ٩٢٨ ، ٩٤٧ من القانون المدني.

انظر في تفصيل ذلك فقهاً:

- محمد شكري سرور: الجزاءات الخاصة في عقد التأمين (دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان) رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧٥.
- محمد شكري سرور: سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، ط١، دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص٢٠ وما بعدها.
- هايل عوض الحجايا، جزاء سقوط حق المؤمن له بالضمان دراسة مقارنة في القانون الأردني رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ٢٠١٥م.
- معاذ مبارك الزيدانيين وقف الضمان كجزاء خاص في التأمين دراسة مقارنة في القانون الأردني ٢٠١٨م رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة مؤتة.

أم نظام عام حمائي؟ إن المقصد الحمائي للنصوص واضح وباد ومتصل بالغايات التي دفعت المشرّع لتشريعها ابتداءً، فليستْ وظيفةَ المشرّع أن يُذكّر الأطراف بما يمكن أن يتفقوا عليه، وإنما أراد المشرّع أن يرسي حداً أدنى من حقوق الطرف الضعيف على نحو لم يجز الانتقاص منها.

ومثل هذه النتيجة أكدتها بعض التشريعات الأخرى وبوضوح فهذا القانون المدني المصري والذي كان مصدراً تاريخياً للتنظيم القانوني لعقد التأمين في القانون المدني؛ لغياب تنظيم دقيق له في مجلة الأحكام العدلية [1] – جاءت فيه المادة ٧٥٣ مدني مصري لتنص على: "**يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن أو لمصلحة المستفيد**"

وعليه فإنه يمكننا القول بأن النظام العام الحمائي مرعيٌ وموجود في تنظيم القانون المدني الأردني للتأمين، وما يقتضيه ذلك من إمكانية الخروج على هذه النصوص إذا كان الخروجُ لمصلحةِ الطرف الضعيف في العقد ألا وهو المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

الفرع الثاني– آثار وجود النظام العام الحمائي:

توصلنا في الفرع الأول من هذا المطلب إلى نتيجة مفادُها أن النصوص التي وردت في التنظيم القانوني للتأمين بالذات لتنظيم المضمون العقدي بين الطرفين تتسم بالصفة الآمرة وترعى نظاماً عاماً حمائياً، وحتى هذا الحد فإنه لا تتبدى أيّ إشكالات قانونية، ولكن هذه الإشكالات قد تظهر إذا بحثنا نتائج وآثار اعتبار النصوص الآمرة المنظمة للمضمون العقدي شكلاً من أشكال مقاربة النظام العام الحمائي، فهل ينسجمُ اعتبار هذه القواعد راعيةً للنظام العام الحمائي مع الجزاء المترتب على مخالفتها في ظل القانون المدني الأردني؟

الحقيقة أنّ المشرّع الأردني في المواضع التي أشار فيها لمصطلح "نظام عام"[2] إنما كان يقصد النظام العام المطلق، كما هو الحال فيما نصت عليه المادة ٢/١٦٣ من القانون المدني والتي جاء فيها "**فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً**"، والأمر ذاته إزاء ما نصت عليه المادة ٤/٨٨ من القانون المدني والتي جاء فيها "**يصح أن يرد العقد .....٤. على أي شيء آخر ليس ممنوعا بنص في القانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب**"

---

(١) جاءت بعض النصوص في القانون الأردني مطابقةً من حيث الصياغة تقريبا مع ما ورد في القانون المصري انظر نص المادة ٩٢٤ مدني أردني يكاد يتطابق مع نص المادة ٧٥٠ مدني مصري.

(٢) ذكر المشرع مصطلح نظام عام في القانون المدني الأردني في المواد التالية: المادة ٣/٢ والمادة ٢٩ والمادة ٨٨ والمادة ٢/١٦٣ ، ٣ والمادة ١٦٤ والمادة ١٦٥ والمادة ٣٩٧ والمادة ٩٢١.

والحقيقة الأخرى التي يمكن أن نستشفها من النصين المشار لهما هي أنّ جزاء مخالفة النظام العام في ظل القانون المدني إنما هو البطلان المطلق، هذا البطلان الذي يحكم به القاضي من تلقاء نفسه وبحكم كاشف لا منشئ، هذا البطلان الذي إن لحق شقاً من العقد بطل العقد كلّه إلا إذا أمكن عزل الشق الباطل عن الشق الصحيح، وهو ما اصطلح على تسميته بانتقاص العقد(١)، تطبيقاً لنص الفقرة (١) من المادة (١٦٩) من القانون المدني والتي جاء فيها "**إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كلّه إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي**".

فهل معنى أن المشرّع عندما يذكر مصطلح النظام العام قاصداً النظام العام المطلق أنّ النظام العام الحمائي غير موجود في خطته وتنظيمه؟

من المؤكد أن النظام العام الحمائي مرعيٌ في ثنايا القانون المدني حتى وإن لم يسمه المشرّع بمصطلح النظام العام؛ فالعبرةُ بجوهر الأشياء وحقيقتها لا بتسمياتها؛ فالنصوص التي نظمت عقد الإذعان مثلاً إنما كانت تستهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقديّة، وهي بالنتيجة قواعد آمرة لا يجوز للطرفين الاتفاق على استبعاد إعمالها، ومع ذلك فلا يجوز للقاضي أن يتدخل لإعمال صلاحيته في تعديل الشرط التعسفي إذا لم يطلب إليه المذعن ذلك، ولم يكن النزاع القضائي متعلقاً بتعسف الشرط موضوع النزاع من عدمه، حيثُ لا يمكن للقاضي أن يثير هذا الموضوع من تلقاء نفسه طالما لم يكن موضوع النزاع(٢).

وهذا الفرض يختلف بلا شكّ عن فرضية أن يعرض على القاضي نزاعا متعلقا بمطالبة مالية ثم يثبت للمحكمة أنّ أصلَ هذا الدين عمل غير مشروع، حيث يقع على المحكمة في هذه الحالة –وإن لم يطلب منها ذلك_ رد الدعوى على اعتبار أن العقد برمّته باطلاً لمخالفته مقتضيات النظام العام، والإشكال الحقيقي على أي حال لا يتعلق بوجود النظام العام من عدمهِ حيثُ خلصنا بالنتيجة إلى وجوده مرعياً في القانون المدني، وإنّما يتعلق الإشكالُ بآثار وجوده؛ فالمشرّع الأردني في القانون المدني نص على البطلان دون تحديد صفته أو طبيعته ولكن المتفحص فيه يدرك أنه ليس إلا بطلاناً مطلقاً؛ حيثُ لا يتوقف إعمال القاضي لسلطته في الحكم به من عدمه على طلب ذي المصلحة وإنما يكونُ حكمهُ فيه كاشفاً ويقضي به من تلقاء نفسه بطلاناً لا تصححه الإجازة.

---

(١) انظر في تفصيل نظريّة انتقاص العقد وأحكامُها:

عبد العزيز المرسي حمود: نظريّة إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨ ص١٧ وما بعدها.

(٢) عالجت عقد الإذعان في ظل القانون المدني الأردني المواد ٢٠٤، ٢/٢٤٠ من القانون المدني.

وحيث أن النظام العام الحمائي في ظل التشريعات الأخرى ارتبط في الغالب ببطلانٍ نسبي[١]، يقرره القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة[٢] ويقتصرُ أثره على الشرط المخالف دون العقد كلّه ويحل فيه- في الغالب -حكم النص القانوني محل الشرط المخالف[٣] فإن البُطلانَ في ظل القانون المدني لا ينصب على الشرط المخالف فقط، وإنما قد يطال العقد برمته إذا تعذر عزله ثم إن حكم النص لا يحل تلقائياً محل الشرط المخالف؛ لغياب السند القانوني لذلك، وإنما يتّخذُ الأثر مسلكاً سلبياً بإبطال الشق المخالف وإبطال العقد برمّته تبعاً لذلك، إلا إذا أمكن عزل الشق الباطل عن الشق الصحيح عندها يصح الشق الصحيح ويبطل الشق الباطل، وإعمال نظرية انتقاص العقد في ظل مخالفة المضمون العقدي للنصوص الآمرة يتعذر في كثير من الفروض؛ فمعظم تلك النصوص حددت نطاق الخطر المغطى، فاستبعاده من التغطية في الاتفاق يخالف النص الآمر، الأمر الذي يبطل شقاً في العقد يبطل العقد تبعاً له لتعذّر عزله عن باقي بنود العقد الأخرى لارتباط اتساع هذا النطاق المغطّى أو ضيقه بمقدار القسط.

---

(١) يرتبط البطلان النسبي بالعقد القابل للإبطال؛ إذ يكون العقد قابلاً للإبطال بناءً على طلبِ ذي المصلحة ويرتبط في الغالب في ظل التشريعات الأخرى كما هو الحال في القانون المصري بعيوب الإرادة المواد (٤٤٦ وما بعدها من القانون المدني المصري).

ويتجه بعض الفقه إلى التمييز بينَ البطلان المطلق والبطلان النسبي بحسب المصلحة التي يحاول النص أن يحميها فإن كانت المصلحة عامة ترتب على مخالفة النص بطلاناً مطلقاً، وإن كانت المصلحة خاصة ترتب على مخالفة النص قابليته للإبطال بناءً على طلب ذي المحصلة، فالبطلان المطلق لا يسمح بقيام العقد ابتداءً، في حين أن البطلان النسبي يسمح بوجود قانوني مؤقت للعقد حتى يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان عندها تحكم المحكمة بالبطلان.

انظر في تفصيل ذلك: إسراء جاسم العمران، البطلان وأثرهُ على فاعلية العقد، مرجع سابق، ص٩٩، ١٠٠.

في المقابلِ كان موقف المشرّع الأردني تأثراً منه بالفقه الإسلامي قد أخذ بالعقد الموقوف على الإجازة انظر المادة ١٧١ من القانون المدني والتي نصت على:

"يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

(٢) انظر في تفصيل ذلك بلمهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٨٩.

(٣) يطلق على ذلك في إطار قانون العمل "بالشرط الأفضل للعامل"؛ إذ يطبق على العامل أحد ثلاثة أمور؛ إما بند الاتفاق أو نص القانون أو بند نظام أو لائحة صاحب العمل أيها أفضل للعامل.

وقد نظمت ذلك المادة ٤/ب من قانون العمل الأردني بقولها "يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أيٌّ عامل عند أيّ حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون".

انظر في تفصيل ذلك فقهاً: صلاح محمد احمد دياب: مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، دار الكتب القانونيّة ط١ ص١٥ وما بعدها.

فالمشرّع بالنتيجة أغفلَ النص على قصر البطلان على الشرط المخالف وأغفل إقرار حلول حكم النص محل حكم الشرط عندها، وإنما أحالنا حكما في الجزاء إلى القواعد العامّة، وهو ما لا يتناسب مع المقاصد الحمائية المقصودة في هذا التنظيم ابتداءً.

فالمشرّع بالنتيجة وإن اعترف بالنظام العام الحمائي ورعاهُ في معرض تنظيمه للمضمون العقدي في التأمين إلا أنّه أغفلَ الشق الثاني من آلية بسط هذا الحماية على نحو أمثل، ألا وهي ترتيب النتائج المناسبة لمخالفة هذا التنظيم القانوني؛ ذلك أنّ قيام البطلان المطلق أثراً لمخالفة مقتضيات النظام العام الحمائي سيعرّض حقوق المؤمن لهم والمستفيدين للخطر، فبدل أن يحصلوا على إنصاف بإعمال حكم النص محل حكم البند المخالف، فإنّهم سيكونون أمام عقد باطل أو شقّ باطل في عقد.

فقانون العمل الأردني اختط لنفسه نهجا خاصا في ترتيب بطلان الشرط المخالف دون بطلان العقد برمته حماية للطرف الضعيف المقصود بالحماية، في خروج على نهج القانون المدني في ترتيب البطلان أثرا لمخالفة النص الآمر، ولعل إحدى محاكم الدرجة الأولى الأردنية قد أدركت هذه الخصوصية فذكرت في حكم لها ما يلي: "**البطلان النسبي بطلان شرط أو بعض الشروط المخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي بقوة القانون، دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين، والغرض من هذا النظام العام هو تحقيق الحماية لأحد الأطراف بالإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه لقواعد متعلقة بالنظام العام وذلك حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد**"[١] .

إن إغفال النص على أثر مخالفة النصوص الآمرة الراعية للنظام العام الحمائي في ظل القانون المدني هو ما أوصلنا لهذه النتائج التي نعتقد أنها سليمة نظرياً غير مناسبة البتة عملياً، الأمر الذي أجدُ أنّ العدالة باعتبارها قيمة جوهريّة كليةً متصلةً بالنظام العام جديرة بالرعاية في هذا الموضع وأن رعايتها من قبل القضاء يحتم عليه اتكاءً على روح النصوص ومقاصد المشرّع إعمال حكم النصوص محل البنود المخالفة وذلك لا يقلل من الحماس لدعوة المشرّع لإيراد نص خاص بجزاء مخالفة ما أوردهُ من نصوص حمائية كما فعلت التشريعات الأخرى كما تقدّم.

(١) حكم محكمة صلح حقوق عمان رقم ٢٠٠٨/٤٥٦٨ بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣٠ ، منشورات موقع قسطاس.

الخاتمة:

ينقسم موضوع هذا البحث إلى ثلاث مسائل؛ أولها: مفهوم النظام في التصرفات القانونيّة، وثانيها: إشكالات في نطاق النظام العام المطلق في تنظيم القانون المدني للتأمين، أمّا ثالثها فيتعلق بمدى وجود النظام العام الحمائي في تنظيم القانون المدني للتأمين وآثاره، وإلى أي مدى يرتب وجوده إشكالات قانونية في هذا الصدد، وبعد أن قسمنا هذا البحث لمبحثين عالجنا في الأوّل منهما المسألة الأولى، في حين عالجنا في المبحث الثاني المسألتين الأخيرتين خلصنا بالنتيجة إلى جملة من النتائج والتوصيات نجملها على النحو التالي:

النتائج:

١- ظهر لنا أنّ المحاولات الفقهيّة لتعريف النظام العام تعريفاً مانعاً جامعاً ليست إلا فكرة حالمة، بالذات على ضوء ما اعترى هذه الفكرة من تطورات واستجدّ عليها من استحداثات تتعلق بظهور أنواع جديدة للنظام العام تختلف عن بعضها البعض في سماتها ومفاعيلها، وإن مازال القاسم المشترك الأكبر بينها جميعا هو كونها تعبّر عن مصلحة كلية جمعيّة جوهرية للجماعة، وهو ما لا يصلح تعريفاً بقدر ما يصلح جزءً من توصيف؛ ذلك أن التعريف المفتقر لأبرز سمات المعرّف ومفاعيله سيظل ناقصاً وفي ظل اختلاف المفاعيل وتباين السمات يغدو التعريف الجامع المانع متعذرا.

٢- في علاقة النظام العام بالنص الآمر خلصنا إلى أنّ النص الآمر لا يمثل في ذاته النظام العام، وأن هذا النص ليس إلا مقاربة من المشرع رعاية للنظام العام وحماية له، هذه المقاربة التي قد تحقق أهدافها وقد لا تفعل وقد تفعل ذلك على نحو نسبي، وأن النظام العام في هذا الصدد يمتاز بكونه مصلحة كلّية جامعة تتشابه في صورته الرّمزية مع المظلة وأن التفصيلات التي تتضمنها النصوص الآمرة ليست إلا دليلاً على أنّها محض مقاربات، الأمر الذي يجعلها بين الفينة والأخرى عرضة للتعديلات والإلغاءات؛ ذلك أن دأب المقاربات دوماً إعادة التموضع والمراجعة لاختيار الأنسب.

٣- ظهر لنا أنّ المشرّع الأردني ومن خلال نص المادة ٩٢١ مدني أردني قد جعل عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية شرطاً لمشروعية محل عقد التأمين، في مسعىً شكّل خصوصية خاصة لشرط المشروعية في هذا العقد تحديداً من بين العقود التجارية الأخرى، وهو ما وجدناه يشكل إشكالاً بحدّ ذاته، حيثُ وقفنا على كثير من المسائل التي لا تتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية

في ذاتها ولكنها في ظل النظام القانوني الأردني تبدو مشروعة، وعليه فيغدو الإشكال واضحاً في إباحة الأمر من جهة وحظر التأمين عليه من جهة أخرى.

٤- في معرض بحث طبيعة النظام العام المرعي في التنظيم القانوني للمضمون العقدي للتأمين في القانون المدني ثبت لنا أن النظام العام الحمائي متبدٍ وعلى نحو واضح فيه، ولكن الإشكال المقصود في هذا الصدد يتمثل في غياب جزاء خاص لمخالفة مقتضيات النظام العام الحمائي، وهو ما سيلجئنا العودة للقواعد العامة في جزاء الخروج على القواعد الآمرة، لنقف نظرياً أمام البطلان المطلق لتغدو في ظل هذا التسلسل النظري فكرة العدالة المقصودة ابتداءً في مهبّ الرّيح.

التوصيات:

١- يتمنى الباحث على الفقه تبني وجهة نظره باعتبار النص الآمر غير ممثل للنظام العام في ذاته بقدر ما هو مقاربه لخدمته وحمايته، وذلك كمتكأٍ للوصول إلى تخفيف الالتزام المبالغ فيه بحرفية النصوص وإغفال مقاصدها التشريعية وروحها الكامنة خلفها، وسعياً لتحقيق شيء من الاتساق المنطقي في ترابط الأفكار والأسس النظريّة التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة.

٢- يدعو الباحث المشرّع الأردني إلى تضمين التنظيم القانوني للتأمين نصاً عاماً، مقترحاً أن يكون بالصيغة التالية: "يعتبر باطلاً أي شرط يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل ويسري مضمون النص كجزء من اتفاق الطرفين".

٣- يتمنى الباحث على المشرّع أن يحسم أمره بين خيارين؛ إما أن يتخلى عن اشتراطه لصحة محلّ عقد التأمين عدم مخالفة الشريعة الإسلامية، أو أن يلغي من تنظيمه القانوني كل ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن إباحةَ أمر وحظر التأمين عليه إنما هو تناقض غير محمود واتساق النظام القانوني النافذ في متطلباته أمر مطلوب ولازم.

المراجع

*** المراجع باللغة العربية**

إبراهيم أبو هلاله وفيصل الشقيرات، التزام المؤمن بالتعويض في التأمين من المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الحسين بن طلال مجلد ٣ عدد ٢ ٢٠١٧م.

ابراهيم بن عبد الله الناصر بحث بعنوان "إثبات ربويّة الفوائد البنكية" منشور في مجلة النور الكويتية، عدد (٥٥) سنة ١٩٨٧.

إدريس العلوي العبدلاوي، مدلول النظام العام في التصرّف القانوني، بحث منشور في مجلة أكاديمية المملكة المغربيّة لسنة ٢٠٠٥ العدد ٢٢.

إسراء جاسم العمران: البطلان وأثره على فاعلية العقد في القانون والشريعة، بحث منشور في مجلة بيت المشورة المجلد (١) العدد (٢) دولة قطر ٢٠١٥.

بملهيوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص-مفهوم متغيّر " بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ٢٠١٥ _عدد خاص_ تضمن الأوراق العلمية المقبولة في الملتقى الدولي حول " التحوّل في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامّة" المنعقد في كلية الحقوق والعلوم السياسيّة / جامعة عبد الرحمن ميره – بجاية يومي ٧، ٨ ماي ٢٠١٤م

بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإداريّة، مطابع عمار قرفي باتنه، الجزائر ١٩٨٨، ص٧٩.

بن معمر عوينات نجيب: النظام العام بين سلطة المشرع والتكييف القضائي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة/ الجزائر، ٢٠١٥.

بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق ط١ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠١٠.

جاك غستان: المطوّل في القانون المدني – تكوين العقد ط٢ مجد المؤسسة الجامعيّة للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠٨ .

جعفر محمود المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ٢٠١٠ العدد ٤ المجلد ٢ .

حسن كيره: المدخل إلى القانون – النظرية العامة للحق، منشأة المعارف/ الإسكندرية ١٩٧٣.

سلمان العودة: شرح العمدة (الأمالي) كتاب البيوع – باب الربا بحث منشور على موقع www.islamweb.com.

سليمان مرقس: مدخل للعلوم القانونيّة، دار النشر للجامعات المصريّة، ط٢، القاهرة ، ١٩٥٢.

سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، ١٩٩٣،

صلاح محمد احمد دياب: مفهوم الشرط الأفضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، دار الكتب القانونيّة ط١.

عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٢،.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٣.

عبد العزيز المرسي حمود: نظريّة إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨.

عبد المنعم الصدة، أصول القانون، مطبوعات شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي ١٩٦٥.

عليان عدة: فكرة النظام العام وحرّية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان/ الجزائر ٢٠١٦م .

عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي – المكتب الإسلامي، ص٢٠٠٥.

عمارة مسعود: إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونيّة" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥،

عيساوي عز الدين "البحث عن نظام للنظام العام" بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥.

غازي أبو عرابي أحكام التأمين ط٢ دون ناشر عمان ٢٠١٦.

محمد عيد الغريب، النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، ٢٠٠٥، دون ناشر.

محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ١٩٦١ دون ناشر.

لحرش اسعد المحاسن، النظام العام الاقتصادي في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر السنة ٣٩ العدد ١٥٦.

محمد حسين عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقديّة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١.

مختور دليله: حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥.

مصطفى خليل: تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع –، عمان، ٢٠٠١.

منصان هشام: التحول في فكرة النظام العام تطبيق على التجربة المصرية، بحث منشور في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥.

نجيب عبد الله الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني رسالة ماجستير/ جامعة النجاح الفلسطينية ٢٠١٧م.

نواف كنعان، القانون الإداري _ الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

نوفان العجارمة: مقال بعنوان "الإسلام دين الدولة إشكالية المفهوم والتطبيق" منشور على الموقع الإلكتروني www.ammonnew.net بتاريخ ٢٠١٨/١١/١٣م.

محمد شكري سرور: الجزاءات الخاصة في عقد التأمين (دراسة لبطلان الوثيقة ووقف الضمان) رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧٥.

محمد شكري سرور: سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، ط١، دار الفكر العربي ١٩٧٩.

معاذ مبارك الزيدانيين وقف الضمان كجزاء خاص في التأمين دراسة مقارنة في القانون الأردني ٢٠١٨م رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة مؤتة.

نبيل فرج، النظام العام الاجتماعي، رسالة لنيل شهادة الدراسات في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ تونس ١٩٩٧.

نساخ بولقان فطيمة: "مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة" بحثٌ منشورٌ في العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني/ جامعة عبدالرحمن ميرة / الجزائر٢٠١٥.

هايل عوض الحجايا، جزاء سقوط حق المؤمن له بالضمان دراسة مقارنة في القانون الأردني رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، ٢٠١٥م.

ياسين منصوري: دور النظام العام الاقتصادي في تحقيق العدالة التعاقديّة بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونيّة والإداريّة عدد ١٦ لسنة ٢٠١٦.

المراجع باللغة الفرنسية

CLAUDE Nodége, La Variabitité du travail, thése de ductorat en droit universits d'Angers 2010 P. 160 ets.

Rapport conseukker OILON. Cass re 9, 21 avril 1931, 1, P . 377.

WERY Patrick, Droit des obligation: V.I théorie générale des contrats, éd, larcier Bruxelles 2010, P 277.

المواقع الالكترونية:

الموقع الإلكتروني www.krab-ency.com بلا مؤلف.

الخلوة الشرعيّة لنزلاء المؤسسات العقابيّة في التشريع الأردني والمقارن

د. محمّد عبدالله الوريكات *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٦/١٠م. **تاريخ القبول: ٢٠٢٠/١/١٣م.**

ملخص

إن التطور الحديث للتنفيذ العقابي الذي ارتبط بتزايد الدعوات الإصلاحية للجزاء الجنائي، والتي ترمي إلى احترام الحقوق الإنسانية لنزلاء المؤسسات العقابية؛ كان له أثر واضح في إضفاء الطابع الإنساني على سلب الحرية؛ ويمكن تلمّس أثر ذلك في ابتكار العديد من نظم المعاملة العقابية التي تتسم بهذا الطابع، ومن بينها إقرار الخلوة الشرعية؛ أو الخلوة الجنسية كما في التشريعات الأجنبية لنزلاء تلك المؤسسات؛ مع ان الفقه الاسلامي أقرّهذه الخلوة منذ العهود الأولى للتاريخ الاسلامي.

ولما كانت تلك الخلوة قد وجدت محلاً لها في العديد من التشريعات المعاصرة؛ فإنما يعكس ذلك في حقيقته مدى حاجة النزلاء لها في ضوء ظروفهم الاجتماعية والنفسية، ولذلك فإن موضوع هذه الدراسة ينصب على التعريف بالخلوة الشرعية، وبيان أحكامها العامة والخاصة، وآلية تنفيذها، وتحليل ذلك في ضوء التشريع والاجتهادات الفقهية للوقوف على مدى جدواها في السياسة العقابية المعاصرة.

الكلمات الدالة: الخلوة الشرعية، الخلوة الجنسية، النزلاء، المؤسسات العقابية.

* كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Conjugal Visits for Inmates of Penal Institutions in Jordanian and Comparative Legislation

Dr. Mohammed Abdullah Alwrekat

Abstract

The recent development in the enforcement of penalties, which has been linked to the increasing calls for reforms on criminal penalties, and which aimed at respecting the human rights of inmates of penal institutions, has had a clear impact on the humanization of imprisonment. This impact can take the form of many systems of punitive treatment including the adoption of conjugal visits as in foreign legislation for the inmates of these institutions, although Islamic jurisprudence influenced this kind of visits from the earliest times of Islamic history.

The presence of conjugal visits in many contemporary legislations reflects the inmates' need for it to be implemented in the light of their social and psychological conditions. Therefore, the objective of this study is to provide a definition for conjugal visits, demonstrate its generic and specific provisions, and explain the mechanism of its implementation, in addition to analyzing it in the light of legislation and evaluating its usefulness in the contemporary punitive policy.

Keywords: Conjugal Visits, Inmates, Penal Institutions

المقّدمة:

ارتبطت الأفكار الإصلاحية للعقاب الجنائي بفكرة الغرض النفعي للعقوبات السالبة للحرية؛ باعتبارها وسيلة أساسية لمواجهة السلوك الإجرامي، ويتم التوسل بها لإصلاح الجاني وإعادة تأهيلهاجتماعياً؛ لذلك ظهر في ميدان التنفيذ العقابي نظم عقابية حديثة تتسم بالطابع الإنساني لحفظ كرامة النزيل، وبما يصون حقوقه الفردية، فإصلاح النزيل غاية يستهدفها تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في المؤسسات العقابية؛ حيث ارتبط مسمى هذه المؤسسات بتلك الغاية في العصر الحديث؛ فاضحت تُعرف بمؤسسات الإصلاح والتأهيل في غالبية التشريعات العقابية.

وكان من أبرز نظم المعاملة العقابية في ميدان التنفيذ العقابي إقرار الخلوة الشرعية أو الجنسية لنزلاء المؤسسات العقابية سواء في الدول العربية أو الأجنبية؛ وأضحى تمكين النزيل من الاختلاء بزوجه داخل المؤسسة العقابيةاو خارجها جزءاً من الرعاية الاجتماعية والنفسية أيضاً للنزيل؛ ويندرج تحت لواء حقوقه في المؤسسة العقابية، وإن لم ينل اقرار الخلوة في المؤسسات العقابية أو خارجها الإجماع التشريعي والفقهي بعد، شأنها في ذلك شأن أي نظام من نظم المعاملة العقابية الأخرى.

مشكلة الدراسة:

تتبلور مشكلة الدراسة في تبيان جدوى الخلوة الشرعية في تحقيق أهداف العقوبات السالبة للحرية؛ المتمثلة في إصلاح وتأهيل نزلاء المؤسسات العقابية وإعادة توافقهم اجتماعياً؟ وينبثق عن ذلك عدة تساؤلات تفرض نفسها في هذا المقام؛ يتصدرها التساؤل عن مفهوم الخلوة الشرعية؟ وما هي صورها؟ وهل ثمة شروط لتطبيقها؟ وهل من آليات تكفل تنفيذها على نحو سليم؟ وهل من معوقات عملية تعترض سبيل تنفيذها؟ وهل وجدت تلك الخلوة قبولاً في التشريعات العربية؟ وهل وجدت تطبيقاً لها في الدول الأجنبية ايضاً؟ وهل وجدت لها محلاً في نصوص التشريع الأردني؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل ثمة قصور أو نقص تشريعي ينبغي تداركهما لضمان حسن تنفيذها على النحو الذي يحقّق الغاية منها؟هذه التساؤلات وغيرها مما قد يثيره موضوعها؛ سيحاول الباحث الاجابة عنها بما توّفر لديه من مراجع فقهية ذات صلة بالموضوع، والاستعانة بالنصوص التشريعية الناظمة لأحكام الخلوة الشرعية؛ لا سيّما في بعض الدول العربية التي اتخذ الباحث تشريعاتها موضعاً للمقارنة، والتدليل ما أمكن على تنفيذ الخلوة الجنسية للنزلاء في بعض الدول الأجنبية كلما كان ذلك في حدود المستطاع، واعتماداً على المجهودات الفقهية العربية في هذا المجال التي تسنى للباحث الاطلاع عليها.

أهميّة الدراسة:

لا شك أن موضوع هذه الدراسة ينطوي على قدر كبير من الأهمية؛ فالتنفيذ العقابي يحظى باهتمام بالغ من قبل الباحثين في علم العقاب، وبفضل مجهوداتهم تنوّعت أساليب المعاملة التي تُطبق على نزلاء المؤسسات العقابية، تنوعاً ارتبط بالسياسة العقابية التي تسود المجتمع وبالمرحلة التاريخية التي يمر بها، إلا أن الخلوة الشرعية كنظام من نظم المعاملة العقابية لم تنل ما يلزم من هذا الاهتمام، وان كانت بعض المؤلفات الفقهية في علم العقاب تناولت موضوعها على وجه العموم، وما زالت البحوث الفقهية التي تناولته أيضاً قليلة ومحدودة، وهو بحاجة إلى المزيد من الدراسات المعمقّة لتطويره كنظام من نظم المعاملة في المؤسسات العقابية لتحقيق أهداف السياسة العقابية فيما يتعلق بتنفيذ العقوبات السالبة للحرية على اكمل وجه.

ومما يضفي على موضوع هذه الدراسة مسحة أخرى من الأهمية، أن التشريع الأردني وإن نصّ على الخلوة الشرعية منذ سنة ٢٠٠٤ في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، وذلك كحق من حقوق النزلاء المحكومين، إلا إن أصواتهم لم تتعالَ للمطالبة بهذا الحق إلا في الآونة الأخيرة، وتمت الاستجابة لهم في ذلك بإصدار تعليمات الخلوة الشرعية سنة ٢٠١٧، وتمّ تنفيذها فعلاً في المؤسسات العقابية، مما يستلزم البحث في النصوص التشريعية الناظمة لها، لمعالجة ما يشوبها من أوجه النقص والقصور بغية تطويرها بما يحقق الغاية المنشودة من هذه الخلوة؛ بالإضافة إلى أن اقرارها كحق من حقوق النزلاء لم ينل الإجماع الفقهي لغاية الآن.

المنهج العلمي للدراسة:

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، واستعان بنماذج قانونية للتدليل على مشكلة الدراسة، بحيث تم استعراض هذه النماذج وتحليلها ومناقشتها ومقارنتها بالتشريع الأردني، وكل ذلك مدعّماً بما توفر للباحث من دراسات إحصائية في هذا المجال؛ من شأنها أن تساهم في تذليل المشكلة موضوع البحث، وذلك بهدف الوقوف على جدوى تطبيق الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية العربية؛ ولا سيّما في مراكز الإصلاح والتأهيل الأردنية.

خطة الدراسة:

يتناول الباحث موضوع الدراسة وفق التقسيم الثنائي وهو التقسيم الملائم لها، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهّية الخلوة الشرعية.

المبحث الثاني: أحكام الخلوة الشرعية

ثم ينهي الباحث دراسته بخاتمة، تتضمن أبرز النتائج والتوصيات التي خلص إليها.

المبحث الأول: ماهّية الخلوة الشرعية

تمهيد وتقسيم:

الخلوة الشرعية من النظم المستحدثة في العديد من التشريعات المعاصرة لمعاملة نزلاء المؤسسات العقابية، وفق أسس السياسة العقابية المتطورة التي تنشد تأهيل النزلاء وإصلاحهم في هذه المؤسسات، ومن الأهمية بمكان التعريف بالخلوة الشرعية (المطلب الأول)؛ ومن ثم بيان قيمتها العقابية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالخلوة الشرعية

تقسيم:

يقتضي هذا المطلب تعريف الخلوة الشرعية (الفرع الأول)؛ والقاء نظرة عجلى على نشأتها التاريخية (الفرع الثاني)، ثم نعكف على بيان صورها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلوة الشرعية

التعريف اللغوي للخلوة الشرعية:

أصل كلمة الخلوة في اللغة من خلا يخلو خلاءً، فيقال خلا المكان خلواً وخلاءً، أي لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه، وخلا الرجل بصاحبه وإليه ومعه خلواً وخلاءً وخلوة؛ أي انفرد به وأصبح معه في خلوة، وخلا الرجل بزوجته خلوة، أي انفرد بها[١].

(١) أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق أنيس إبراهيم وآخرون، مادة خلا ٦٥/١٩ ومحمد إبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة علوم القرآن، دار عمان، ص١٨٨.

التعريف الفقهي للخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية:

وُصفت هذه الخلوة بالشرعية لأنها لا تتيح لقاء النزيل في المؤسسة العقابية بغير زوجه الشرعي، وفق ما تقررّه أحكام الشريعة الإسلامية، وبهذه التسمية أخذت كافة التشريعات العقابية العربية التي أقرت الخلوة الشرعية للنزلاء ، أما تشريعات الدول الأجنبية فقد خلعت الصفة الشرعية عن تلك الخلوة لأنها تجيز اللقاء الجنسي للنزيل مع زوجته أو غيرها، كما لو كانت صديقته أو خليلته في إطار خلوة جنسية وفق ما تحدّده لوائح المؤسسة العقابية التي يتواجد فيها.

وقد عرّف اتجاه فقهي[1] الخلوة الشرعية بأنها:" اجتماع السجين ذكراً كان أم أنثى بمن يحل له شرعاً مع زوجه الشرعي في مكان خاص لا يطلّع عليهما فيه أحد بدون إذن منهما، بحيث يتمكن فيه الرجل من معاشرة زوجته معاشرة الأزواج في ذلك المكان المعّد مسبقاً لهذه الغاية من قبل إدارة السجن"،وبالرغم من أهمية هذا التعريف إلا أنه يوحي أن الخلوة الشرعية لا تتّم إلا في صورتها الداخلية ضمن الحدود الجغرافية للمؤسسة العقابية، وأغفل الخلوة الخارجية التي تُنفذ خارج أسوارها؛ فيما إذا اتخذت صورة الزيارة العائلية الخاصة بموجب تصريح خروج مؤقت من المؤسسة العقابية، كما عرّف اتجاه فقهي آخر[2] تلك الخلوة بأنها: اللقاء الحميم" "المعاشرة الجنسية " بين السجين وزوجته أو بالعكس في حجرات خاصة داخل السجن، أو خروج السجين لتحقيق هذا الغرض، حيث إن عقوبة السجين أو المحبوس للتقويم والتهذيب لا للإيلام والتعذيب، وبالرغم من أن هذا التعريف أضاف لما قبله صورة الخلوة الشرعية الخارجية، إلا إنهما أغفلا ما قيّد المشرع به الخلوة الشرعية من اشتراطات قانونية ينبغي مراعاتها لكي يستفيد النزيل من الخلوة، وأظهر تلك الاشتراطات قضاء النزيل حداً أدنى من مدة عقوبته المحكوم بها، وأن يكون متميزاً بحسن سلوكه أثناء تنفيذه لها في المؤسسة العقابية، فالخلوة الشرعية لا تتقرر إلا لمن حسن سلوكه من النزلاء، ولا يمكن للإدارة العقابية التحققّ من ذلك إلا بقضائه مدة زمنية محددّة تنفيذاً لعقوبته في المؤسسة العقابية.

(١) د. عبد الحافظ يوسف أبو حميدة، حق السجين في الخلوة الشرعية/ دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير٢٠١٢،ص٩٠.

(٢) الاستاذ سفير بن مسفر الجعيد، تقييم تجربة الخلوة الشرعية لنزلاء السجون، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٨، ص١٣.

وعلى هدي مما سبق يمكن تعريف الخلوة الشرعية بأنها: إجراء قانوني يتم بمقتضاه تمكين النزيل حسن السيرة والسلوك، الذي أمضى شطراً من عقوبته في المؤسسة العقابية من الاتصال الجنسي بشريكه في الزوجية، سواء في مكان مهيأ لذلك داخل أسوار المؤسسة العقابية، أم خارجها بمنحة تصريح خروج مؤقت لهذه الغاية.

الفرع الثاني: نشأة الخلوة الشرعية

لمحة تاريخية موجزة:

إن البحث التاريخي للخلوة الشرعية يكشف عن امتداد جذورها إلى الشريعة الإسلامية إذ عُرفت في عهد الخليفة الراشد عمر بن الخطاب الذي اتخذ أول سجن في الإسلام كمكان مخصص لإيواء المساجين، فقد اشترى منزلاً في مكة لهذه الغاية وكان يفرج عن المسجون للاختلاء بزوجه ثم يعاد إلى سجنه مرة اخرى، وأما في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وخليفته الراشد أبي بكر الصديق فلم يكن وجود للسجن، وإنما كان السجين يربط في سارية المسجد؛ أو يكون في ملازمة خصمه حتى يقضيه حقه[١]، وفي وضع كهذا لا مجال للحديث عن خلوة شرعية للسجين، وإنما وجدت طريقاً لتطبيقها بتخصيص أول سجن في العهد الإسلامي، وكان يُسمح للسجين بدخول زوجته عليه والخلوة بها متى توفرت الخلوة الشرعية بخلو المكان، إلا إذا كانت تقتضي المصلحة التضييق على المسجون المعروف بعصيانه، أو المماطل في قضاء حقوق الناس مع قدرته على ذلك، أو إنه من أهل التهمة المنسوبة إليه، فيحرم من دخول زوجته عليه؛ ومنعها من الاتصال به والخلوة بها زيادة في التضييق عليه[٢].

الخلوة الشرعية في المواثيق الدولية:

أن المواثيق الدولية وأن لم تتضمن نصوصاً صريحة لإجازة حق الخلوة الشرعية أو الجنسية للنزلاء، فإنها تنطوي على ما يفيد الاعتراف بذلك الحق، من خلال التأكيد على الاستعانة بجميع

(١) د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الإسكندرية، دار الجامعيين، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٦٩٢.

(٢) د. سعيد بن مسفر الوادعي، فقه السجن والسجناء، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص٢١ وما بعدها.

الوسائل الإصلاحية للنزلاء، واحترام حقوقهم الإنسانية وكرامتهم الآدمية، وإدامة علاقاتهم بأسرهم لتمكينهم من احتلال مكانتهم في المجتمع بإعادتهم الى النسيج الاجتماعي بعد الإفراج عنهم، وخير ما يُتوسل به لتحقيق ذلك تقرير الخلوة لهم، ومن هذه المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة١٩٤٨، فقد نصّ على عدم تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته، وحق الرجل والمرأة في الزواج وتأسيس أسرة، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله(١)، وكذلك قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين لسنة ١٩٥٥م ،فقد سمحت باتصال السجين بأسرته على فترات منتظمة، والتماس السبل إلى تقليص الفوارق التي يمكن أن تقوم بين حياة السجين والحياة الحرة، التي من شأنها أن تهبط بالاحترام الواجب لكرامته البشرية، وبذل عناية خاصة لتحسين علاقة السجين بأسرته بما يحقق مصلحة الطرفين(٢)، بالإضافة إلى المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء المنشورة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٩٠، والتي نصت على احتفاظ كل السجناء بحقوق الإنسان باستثناء ما تقتضيه عملية السجن من قيود(٣)، كما نصّت قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحترازية للمجرمات" قواعد بانكوك لسنة ٢٠٠٩" على تشجيع السجينات على الاتصال بأفراد أسرهن وأولياء أمور أطفالهن، وحيثما يسمح بزيارة الأزواج تُتاح لهن إمكانية ممارسة هذا الحق على قدم المساواة مع الرجال(٤).

الخلوة الشرعية في التشريعات المعاصرة:

يُعد التشريع السعودي أقدم التشريعات العربية معرفة بالخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية، حيث إنه واستناداً لنص المادة"١٢" من نظام السجن والتوقيف تمّ إصدار اللائحة التنفيذية بالقرار الوزاري رقم "٣٩١٩" بتاريخ ٢٢-٩-١٣٩٨هـ، والتي تضمنت قواعد زيارة المسجونين والموقوفين، ونظّم القرار الوزاري رقم "١٧٤٥" الصادر بتاريخ ١٧-٦-١٤١١هـ قواعد الاختلاء الشرعي للموقوفين والمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، ومن ثم شقّت الخلوة الشرعية طريقها إلى تشريعات عربية عديدة، ومنها التشريع الأردني الذي ينصّ عليها في المادة "٢٠" من قانون مراكز الإصلاح

(١) المادتان: "١٢، ١٦" من الإعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨.

(٢) القواعد "٣٧، ٦٠/١،٧٩،٦١" من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين لعام ٩٥٥ طبقاً لترجمة يسّ الرفاعي.

(٣) القاعدة "٥" من المبادئ المشار اليها اعلاه.

(٤) القاعدة " ٢٨" من قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير الاحترازية للمجرمات.

والتأهيل لسنة ٢٠٠٤ بقوله: "لكل نزيل محكوم عليه مدة سنة أو أكثر الاختلاء بزوجه الشرعي في مكان في المركز يخصّص لهذه الغاية تتوافر فيه شروط الخلوة الشرعية وفق تعليمات يصدرها المدير"، وقد نُظمت أحكام الخلوة الشرعية وفق التعليمات رقم"١" لسنة ٢٠١٧ والتي صدرت بموجب المادة "٢٠" سالفة الذكر.

كما أجازت تشريعات العديد من الدول الأجنبية الخلوة الجنسية لنزلاء المؤسسات العقابية، ومن قبيلها: "الأرجنتين، المكسيك، البرازيل، كولومبيا، الفلبين، وبعض الولايات المتحدة لأمريكية[١].

الفرع الثالث: صور الخلوة الشرعية

بيانها:

تتخذ الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية صورتين: خلوة داخلية تتم داخل أسوار المؤسسة العقابية، وأخرى خارجية تتمثل في زيارة عائلية خاصة بموجب تصريح خروج مؤقت من المؤسسة التي يوجد فيها النزيل.

مكرر (أولاً)- الخلوة الشرعية الداخلية: وتتم هذه الخلوة في غرف مخصصة لهذه الغاية داخل المؤسسة العقابية أو على مقربة منها، ويراعى في هذه الغرف التجهيزات الخاصة بغرف النوم، وتوفر المرافق الصحية اللازمة، وبُعدها عن مكاتب ومنامات العاملين في المؤسسة العقابية، وكذلك النزلاء بحيث يتعذر رؤية أو سماع ما يجري في الخلوة.

ومن التشريعات العربية التي أخذت بهذه الصورة من الخلوة، التشريع السعودي فاستناداً لنص المادة"١٢" من نظام السجن والتوقيف فقد تضمن القرار الوزاري المشار إليه آنفاً ما يسمح للمحكوم عليه والموقوف الذي أمضى ثلاثة أشهر فأكثر في المؤسسة العقابية فرصة الاختلاء بزوجه الشرعي، في مكان مناسب في المؤسسة العقابية؛ ومنفصل عن أنظار الزوار والمراجعين، والتشريع القطري الذي أجاز بموجب المادة"٧" من اللائحة التنفيذية لتنظيم المؤسسات العقابية والإصلاحية حق الخلوة الشرعية للنزيل في المكان المخصص لها في المؤسسة العقابية، وسار بهذا الاتجاه أيضاً التشريع البحريني إذ نصّ على الخلوة الشرعية الداخلية في المؤسسة العقابية على مقتضى المادة"٤٣" من قانون

(١) مشار إليه لدى: الاستاذ بخوش خالد، الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية بين المبدأ القانوني والممارسة الواقعية، مجلة جيل للدراسات المقارنة، العدد الثالث، يناير ٢٠١٧، ص١١٦ ما بعدها.

مؤسسةالاصلاح والتأهيل، والمادة"٦٢" من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وكذلك التشريع الليبي وفق ما نصّ عليه في المادة "١٣٦" من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل بتخصيص عدد من الحجرات في كل مؤسسة عقابية لتمكين الزوج النزيل من الخلوة الشرعية بزوجه،كما أخذ بهذه الصورة أيضاً التشريع السوداني إذ أجاز الزيارة الزوجية للنزيل في المؤسسة العقابية بعد التثبت شرعاً من قيام الزوجية سنداً لنص المادة"٢٩" من قانون تنظيم السجون ومعاملة النزلاء، والمادة"١٢" من اللائحة التنفيذية المتعلقة به.

هذا بالإضافة إلى التشريع الأردني كما تقّدم إذ أخذ بهذه الصورة فحسب للخلوة الشرعية، ووجدت تطبيقاً لها في المؤسسات العقابية الأردنية بعد أن تجاوز معظم النزلاء الحواجز الاجتماعية والنفسية وتعالت أصواتهم للمطالبة بالخلوة الشرعية، إذ بلغت نسبة من أفصحوا عن احتياجهم إليها بشدة"٤٥,٨%" من مجموع عينة ضمّت "٣٩٣" نزيلاً في مراكز الإصلاح والتأهيل الأردنية، وفق ما أشارت إليه دراسة أجريت سنة ٢٠١٦[١]، وهي ذات السنة التي تحققت فيها خلوة شرعية واحدة في هذه المراكز، وارتفع عددها إلى "٧٦" خلوة شرعية سنة ٢٠١٧، وتم تسجيل "٧٣" خلوة منذ بداية سنة٢٠١٨ وحتى شهر أيلول من ذات السنة[٢].

وعمدت تشريعات بعض الدول الأجنبية إلى تنظيم الخلوة الجنسية لنزلاء المؤسسات العقابية بغية إصلاح النظام العقابي، ومنها الأرجنتين، وجاء النص على ذلك على النحو التالي:" أن جميع المحكوم عليهم من الرجال المتزوجين يمكنهم بناءً على طلبهم أن يلتقوا بزوجاتهم بالسجن في مكان آمن على نحو يتيح الجماع بهن، وذلك بعد مرور شهرين متصلين على وجودهم في السجن، ويحرم من ذلك من يّوقع عليه جزاء تأديبي[٣]"؛ وكندا أيضاً التي نظمت أحكام الخلوة الجنسية للنزلاء وفق معايير الزيارة الخاصة التي صدرت استناداً لنصوص المواد "٧١،٥٩،٦٠" من قانون الإصلاح والافراج الشرطي

(١) د. حمود سالم العليمات وآخرون، المشكلات التي يواجهها نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل واحتياجاتهم في الأردن، مجلة دراسات للعلوم الإنسانية والاجتماعية، الجامعة الأردنية، العدد ٢٦، مارس٢٠١٧، السنة التاسعة، ص١٧.

(٢) مقال الاستاذ موفق كمال، الخلوة الشرعية لنزلاء ونزيلات مراكز الإصلاح والتأهيل الأردنية، متاح على الموقع الإلكتروني:www.Alghad.Comhttp:// ، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/٢٧.

(٣) مشار إليه لدى: د. محمد ابو العلا عقيدة، اصول علم العقاب، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص٣٧٩.

لسنة ١٩٩٢، ووسعتّ بعض الدول من نطاق هذه الخلوة بإجازتها لأسرة النزيل الاقامة معه في المؤسسة العقابية المفتوحة كما في كولومبيا(١).

(ثانياً)- الخلوة الشرعية الخارجية: ويقصد بهذه الصورة من الخلوة تلك التي تتم في كنف الإنسانية وفي مناخها الطبيعي، بعيداً عن أسوار المؤسسات العقابية، بحيث يسمح بموجبها للنزيل بالخروج المؤقت من المؤسسة لزيارة زوجته وعائلته؛ مدة زمنية معينة يقع احتسابها ضمن مدة العقوبة المحكوم بها، وذلك باشتراطات معينة أبرزها حسن سلوكه في المؤسسة العقابية، وتدني خطورته الإجرامية، وقضائه حداً أدني من عقوبته المحكوم بها.

وقد أخذت تشريعات عربية عدة بهذه الصورة من الخلوة إلى جانب صورة الخلوة الداخلية، ومن قبيلها التشريع السعودي الذي منح النزيل إجازة خارج المؤسسة العقابية مدتها أربع وعشرين ساعة لغرض الخلوة الشرعية بموجب القرار الوزاري سالف الذكر، وسار بهذا الاتجاه أيضاً التشريع البحريني(٢) والليبي(٣) والسوداني(٤).

وقصرت بعض التشريعات العربية الخلوة الشرعية على هذه الصورة فحسب، إذ أجازت منح النزيل المتميز بحسن سلوكه وأمضى شطراً من عقوبته المحكوم بها إجازة عائلية، بحيث يُصرّح له بمغادرة المؤسسة العقابية مدة معينة بهدف توثيق الروابط العائلية والأسرية، وهذا هو نهج التشريعين

(١) مشار إليه لدى الاستاذ بخوش خالد، المرجع السابق، ص١١٧.

(٢) أشارت المادة"٢٥" من قانون مؤسسة الإصلاح والتأهيل البحريني على أنه: "لمدير المؤسسة أو من ينوب عنه- بعد موافقة الوزير أو من ينيبه- السماح للنزلاء حسني السير والسلوك الذين اتموا نصف مدة العقوبة زيارة أهلهم حتى الدرجة الثانية خارج المركز مرة واحدة كل ستة أشهر....".

(٣). المادة" ١٤٢" وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسات الاصلاح والتأهيل الليبي.

(٤). أشارت المادة "١/٣١" من قانون تنظيم السجون ومعاملة النزلاء السوداني الى انه: "يجوز منح المحكوم عليه ذي السلوك الحسن اجازة عادية لتمضيها مع اسرته....".

الجزائري[١] والمغربي[٢]، أما التشريع الأردني فقد خلا من النص على صورة الخلوة الشرعية الخارجية، واكتفى بالنص على الخلوة الشرعية الداخلية، وقد شايعه في ذلك التشريع القطري[٣].

وعمدت بعض التشريعات الأجنبية الى تبني هذه الصورة بمنح النزيل تصريح خروج مؤقت من المؤسسة العقابية لتثبيت روابطه العائلية، ومنها التشريع الفرنسي "م/١٤٥" من قانون العقوبات[٤]، والتشريع الأسباني الذي يجيز تصاريح الخروج المؤقت من المؤسسة العقابية لنزلاء الدرجتين الثانية والثالثة ممن كان سلوكهم حسناً ويحظر منحها لمن كان سلوكه سيئاً في المؤسسة، على مقتضى المادتين"٢/٤٧، ٥٤" من قانون العقوبات[٥]، كما أخذت بصورة الخلوة الخارجية إنجلترا، إلا إنها حددتها بزيارتين فقط بحيث تكون الزيارة الأخيرة للنزيل في آخر ستة شهور من عقوبة المحكوم عليه[٦]، وكذلك بعض الولايات المتحدة الأمريكية التي تسمح فيها إدارة المؤسسات العقابية لبعض نزلائها من ذوي السلوك الحسن بزيارة زوجاتهم في عطلة عيد الميلاد ومن ثم العودة إلى تلك المؤسسات بعد انتهاء العطلة [٧]، والسويد أيضاً التي تسمح بهذه الزيارات في نهاية الاسبوع[٨].

المفاضلة بين الصورتين: حين يتم البحث في صورتي الخلوة المتقدم ذكرهما، يجد الباحث أن الثانية أرجح جانباً وأكثر قبولا من الأولى التي يعاب عليها أنها تُطّبق في مكان داخل المؤسسة

(١) نصت المادة "١٢٩" من قانون تنظيم السجون واعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري على أنه: "يجوز لقاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات مكافأة المحبوس حسن السيرة والسلوك بمنحة أجازة خروج من دون حراسة لمدة اقصاها عشرة ايام".

(٢) نصت المادة "٤٦" من قانون تنظيم وتسيير المؤسسات السجينة المغربي على أنه: "يمكن لوزير العدل أن يمنح بعض المدانين الذين قضوا نصف العقوبة والمتميزين بحسن سلوكهم... رخصاً للخروج لمدة لا تتعدى عشرة ايام... بقصد الحفاظ على الروابط العائلية او لتهيئ ادماجهم الاجتماعي"

(٣) المادة"٧" من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المؤسسات العقابية والاصلاحية القطري.

(٤) مشار إليه لدى: د. محمد سيف النصر عبد المنعم، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص٤٦٢.

(٥) المرجع السابق، ص٤٦٣.

(6) Klara,(H.J), people in prison, pitman publisluing. London, 1973,p.66.

(٧) الأستاذ حسين هايل الحكيم، السجون ومدى ملاءمتها لأغراض العقوبات السالبة للحرية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٠٦.

(8) Klara,(H.J), op .cit , ,p.65.

العقابية، وهو غير مناسب لذلك لاعتبارات أخلاقية واجتماعية، أما الصورة الثانية التي يحبذهاالاتجاه الغالب في الفقه[١]، فهي الأصون والأمثل للقاء الزوجي في الإطار الأخلاقي والاجتماعي، وذلك لما تتيحه من إشباع جنسي طبيعي في مناخ سليم، كما أنها الأصوب لإدامة الصلة بين النزيل وعائلته، مما ينعكس إيجاباً في تخفيف آثار سلب الحرية عليه، فتجعله أكثر استجابة لبرامج التأهيل.

وإذا كان الباحث يفضّل هذه الصورة من الخلوة الشرعية عن تلك، ويدعو المشرع الأردني إلى تبنيها، فلا يعني هذا التفضيل نبذ الخلوة الداخلية، فهي دون شك تصلح لطوائف النزلاء الذين يتعذّر السماح لهم بإجازة الخروج المؤقت من المؤسسة العقابية، إذ إن تدني الخطورة الإجرامية من الركائز الأساسية التي تستند اليها التشريعات المعاصرة في تقرير تصريح الخروج المؤقت للنزلاء.

المطلب الثاني: تقدير الخلوة الشرعية

تقسيم: لا شك أن تطبيق الخلوة الشرعية والجنسية لنزلاء المؤسسات العقابية يساهم في إعادة تأهيلهم وإصلاحهم لما لها من مزايا عديدة (الفرع الأول)؛ إلا إن موقف الفقه يتباين بشأنها بين مؤيد لها ومعارض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مزايا الخلوة الشرعية

بيانها- تحققّ الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية مزايا جّمة يمكن إيجازها بما يلي:

(أولاً)- الحدّ من المشكلة الجنسية في المؤسسات العقابية: يرتبط بسلب حرية النزيل إبعاده عن زوجه، مما يترتب على ذلك حرمانه من ممارسة حياته الجنسية الطبيعية، فيقوده ذلك في الغالب إلى إشباع رغباته الجنسية بطرق غير مشروعة[٢]، وهي ذات تأثير ضار على صحته، وتتعارض مع النواميس والقواعد الدينية والاجتماعية أيضاً.

(١) من هذا الاتجاه: د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص٤٦٦. ود.محمد النجيمي، الخلوة الشرعية في السجون درء للمفسدة، مقال متاح على الموقع الالكتروني: https//aje.sa/6tybry، وكذلك د. أحمد المجدوب، مركز البحوث الاجتماعية والجنائية/القاهرة، ورأيه بهذا الخصوص متاح على الموقع الالكتروني .https//www.yel.org/forum/threads/1/2045

(2) .MMe, perrin,Lasexualiteen prison, R. pent.no1,1985.p.81

ومما يزيد من حدّة المشكلة الجنسية في المؤسسات العقابية أن غالبية نزلائها ممن هم في طور الشباب، موفوري الصحة، ودافقي الجنس، وهذه الحقيقة تؤكدها الدراسات الميدانية التي أجريت بهذا الشأن، فقد أشارت أحداها أُجريت سنة ٢٠٠٦ اشتملت على عشرة آلاف نزيل في المؤسسات العقابية السعودية أن نسبة "٦٣%" منهم دون سن "٣٠" سنة(١)، وهذه النتيجة انتهت إليها دراسة أخرى سنة ٢٠١٥ أجريت عل عينة مكونة من "٣٦١" نزيلاً في المؤسسات العقابية الأردنية؛ حيث أكدّت نتائجها أن المتوسط الكلي لأعمار جميع أفراد العينة محل الدراسة بلغ"٣٢" سنة(٢).

سبل مواجهة الرغبات الجنسية للنزلاء: يلجأ النزلاء في الغالب لمواجهة هذه الرغبات إلى سبيل من ثلاثة: إما بالصبر عل الحرمان الجنسي، والاستعانة على ذلك بالصلاة والصوم؛ لما لهما من أثر في كسر حدّة الشهوة الجنسية، ومن يلوذ إلى هذا السبيل قلة منهم(٣)، أو اللجوء إلى الإشباع الجنسي الذاتي المتمثل في ممارسة العادة الجنسية السرية، وإذا كان هذا الإشباع لا يمكن منعه على نحو مباشر، إلا أن الإفراط فيه يؤدي إلى تهتك المجموعة العصبية وإضعافها لدى النزيل، مما يؤدي إلى إصابته بمرض نفسي(٤)، أو اللجوء إلى ممارسة الشذوذ الجنسي الذي ينزلق إليه غالبية النزلاء.

والشذوذ الجنسي المتمثل في الممارسة الجنسية المثلية بين اثنين أو أكثر من نفس الجنس، يشيع بين نزلاء المؤسسات العقابية، وهذا ما أكدته الدراسات الميدانية، ومنها تلك الدراسة التي أجريت سنة ١٩٩٩ على عينة من النزلاء في مصر وتونس والأردن حيث كشفت نتائجها أن نسبة

(١) د. مضواح بن محمد آل مضواح، المنفعة المستقبلية للعقوبات الجنائية من منظور اصلاحي، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٩، ص٣٠١.

(٢) د. نائلة سليمان الصرايرة ود. عباطة ضبعان التوايهة، المثلية الجنسية والعنف الجنسي لدى نزلاء ونزيلات مراكز الإصلاح والتأهيل في الأردن، المجلة الاجتماعية للعلوم الاجتماعية، الجامعة الاردنية، المجلد ٨، العدد ٢، السنة ٢٠١٥، ص٣٤١.

(٣) أشارت دراسة اجريت سنة ١٩٩٩ على "٢٢٠" نزيلاً ونزيلة في المؤسسات العقابية المصرية إلى أن نسبة من يواجهون رغباتهم الجنسية بالصلاة لم تتجاوز "١٣,٢%" للذكور مقابل نسبة "٦%" للإناث ولم تتجاوز نسبة من يواجهونها بالصوم" ٢,٣%" للذكور مقابل لا شيء بالنسبة للإناث، مشار اليه لدى د. عطية مهنا، الآثار الاجتماعية للحبس قصير المدة على المحكوم عليه واسرته، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٨٦.

(٤) د. محمد عبدالله الوريكات، اصول علمي الإجرام والعقاب، ط٥، دار وائل للنشر– عمان، ٢٠١٩، ص١٨٨.

٦٧,٠٣%" من أفراد العينة اكدّوا أن زملاءهم يمارسون الشذوذ الجنسي[١]، كما أشارت دراسة أخرى سنة ٢٠١٥ أجريت على عينة من نزلاء مراكز الاصلاح والتأهيل الاردنية إلى أن الشذوذ الجنسي يشيع بين نزلائها؛ وبنسبة عامة لكلا الجنسين بلغت "٤٤%"، وافاد أكثر من نصف العينة أنهم شاهدوا ممارسات غير أخلاقية بين النزلاء في تلك المراكز[٢]، وبهذا يتضح أن نسبة من يلجأون إلى الشذوذ الجنسي في المؤسسات العقابية مرتفعة بلا شك، ولا نستبعد أن تكون أكثر من ذلك لما تتسم به هذه الممارسات الشاذة من سرية، ولعل ما يساهم بارتفاعها وجود عدد كبير من المحكوم عليهم من مرتكبي جرائم أخلاقية، فقد وصل عدد مرتكبيها في الأردن سنة ٢٠١٦ نحو "١٣٣٧" محكوما عليه، وارتفع عددهم إلى "١٣٧٥" سنة ٢٠١٧[٣].

كيفية مواجهة المشكلة الجنسية في المؤسسات العقابية: يرى اتجاه فقهي[٤] وهو ما يميل إليه الباحث ويؤيده، أن إقرار الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية، يساهم إلى حد بعيد في الحدّ من المشكلة الجنسية لدى طائفة النزلاء المتزوجين، أما طائفة غير المتزوجين من النزلاء كالعزّاب والأرامل والمطلقين، فيمكن الحدّ من هذه المشكلة لديهم،بإخضاعهم الى تمرينات رياضية لإشغال أوقات فراغهم واستنفاذ طاقاتهم، والاجتهاد في تهذيبهم دينياً واخلاقياً؛ لما لذلك من دور هام في تسامي الغريزة الجنسية لديهم، بالإضافة إلى فرض رقابة محكمة وصارمة على من يشتبه بميله لممارسة هذا الشذوذ.

(ثانياً) تدعيم رابطة النزيل بعائلته: تنادي الآراء العقابية الحديثة بتوثيق تلك الرابطة، لما لذلك من أهمية في التخفيف على النزيل وعائلته من وطأة آثار سلب الحرية، فادامة صلة النزيل بزوجه

(١) د. عبدالله عبد الغني غانم، أثر السجن في سلوك النزيل، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ١٩٩٩، ص٢٣٧.

(٢) د. نائلة سليمان الصرايرة ود. عباطة ضبعان التوايهة، المرجع السابق، ص٣٤٥.

(٣) مديرية الأمن العام، إدارة المعلومات الجنائية، التقرير الإحصائي الجنائي، ٢٠١٧، ص١٣.

(٤) من هذا الاتجاه: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٦٧؛ د. عبد الاله محمد النوايسة، حق السجين في الخلوة الشرعية في النظامين العقابيين الاسلامي والوضعي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد٣٣، يناير٢٠٠٨،ص٣٠٢. الاستاذة جودي زوليخة والاستاذة قادري كريمة، إعادة التربية والادماج الاجتماعي للمحبوسين في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٤/٢٠١٥، ص٥٠.

وعائلته يحققّ لديه الاستقرار النفسي الذي يعد شرطاً جوهرياً لاستجابته لما يَبذل في المؤسسة العقابية من جهود لتأهيله(١).

أبرز المشكلات الاجتماعية التي تواجه عائلة النزيل: أكدت دراسات عديدة أن عائلات النزلاء تتعرض لمشكلات اجتماعية جّمة، كالتفكك الأسري الذي يُعد من هم أسبابه الانحرافات الأخلاقية والطلاق وهجر منزل الزوجية، إذ إن سلب حرية النزيل لاسيما إذا كانت مدته طويلة نسبياً يدفع إلى حدوث انحرافات أخلاقية في العائلة، ويزداد مؤشر توقعها إذا كان الزوج هو النزيل، حيث تضعف إرادة مقاومة الزوجة لإغراءات الانحراف مع طول مدة سلب حرية الزوج، مما يؤدي إلى تصدع الروابط الزوجية بينهما؛ وتنتهي غالباً بالطلاق وهجر منزل الزوجية(٢).

وهذه النتيجة أكدتها دراسات ميدانية عديدة، منها دراسة أجريت على عينة من نزلاء بعض المؤسسات العقابية في عدة بلدان عربية أشارت إلى أن نسبة الزوجات اللواتي طلبن الطلاق من أزواجهن بسبب تنفيذهم عقوبات سالبة للحرية بلغت"٢٨,٢٤%"، وما نسبته "١٥,٢٩%" منهن هجرن منزل الزوجية للسبب نفسه(٣)، ومنها الدراسة التي اجريت على عينة من نزلاء المؤسسات العقابية في كل من مصر وتونس والأردن، اكدت نتائجها أن نسبة "٨٦,٩%" من العينة محل الدراسة قد طرأ على اسرهم تغييرات سلبية أهمها الطلاق بين النزيل وزوجته(٤)، كما أشارت دراسة أخرى أجريت على عينة من نزلاء المؤسسات العقابية في مصر إلى أن نسبة "٦%" من أفراد العينة أكدوا حدوث الطلاق فعلاً بينهم وبين زوجاتهم، وأن نسبة "٣,٨%"، قد طلبوا الطلاق، ونسبة "١٣,٢%" منهم أكدوا حدوث فتور في العلاقة بينهم وبين زوجاتهم وعائلاتهم بسبب تنفيذهم عقوبات سالبة للحرية(٥)، وانتهت نتائج

(١) د. سمير عالية، مبادئ علوم الاجرام والعقاب والسياسة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩، ص٣٣١، د. عمار عباس الحسيني، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص٤٩١.

(٢) د. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص٢٧.

(٣) د. ناجي محمد هلال، الإيداع في السجن والأحوال الأسرية للسجناء/ دراسة سوسيولوجية، مجلة البحوث الأمنية/ كلية الملك فهد، المملكة العربية السعودية، العدد٢٥، السنة ٢٠٠٣، مشار إليه لدى: د. عبد الحافظ يوسف ابو حميده، المرجع السابق، ص٩٩.

(٤) د. عبدالله عبد الغني غانم، مشكلات أسر السجناء ومحددات برامج علاجها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٩، ص٣٦.

(٥) د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، ط١، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٦٤.

دراسة أخرى أجريت سنة ٢٠٠٨ على عينة من نزلاء المؤسسات العقابية الأردنية إلى أن نسبة "٤,٩٩" منهم قد أشاروا إلى أن الطلاق ترتب على تنفيذهم تلك العقوبات أيضاً[١].

وفي هذه الدراسات ما يشير بوضوح إلى أن التفكك الأسري يترتب على سلب حرية النزيل، وفي سبيل الحد من ذلك لجأت النظم العقابية الحديثة إلى استحداث كل ما من شأنه تدعيم صلة النزيل بزوجه وعائلته، فتمكين النزيل من الخلوة الشرعية، وتقصير الفاصل الزمني بين كل خلوة وأخرى يساهم في المحافظة على أسرته من الانهيار، ويديم الصلة بينه وبين زوجه، وتجذّر العلاقة العاطفية بينهما، وتبني صورة الخلوة الشرعية الخارجية بالسماح للنزيل بالخروج المؤقت من المؤسسة العقابية كلما كان ذلك ممكناً؛ يدّعم صلة النزيل بزوجه ويزيدها صلابة وقوة لا سيما وانها مفضّلة على صورة الخلوة الشرعية الداخلية، وتساهم في تسهيل ادماجه في النسيج الاجتماعي بعد الافراج عنه، فقد بلغ عدد المستفيدين من نظام تصاريح الخروج المؤقت من المؤسسات العقابية في الجزائر سنة ٢٠٠٥ نحو "٤١٤" نزيلاً، وارتفع عددهم إلى "٤١١٩" نزيلا سنة ٢٠١٤[٢].

(ثالثاً) التأهيل الاجتماعي للنزيل: إن عملية" تأهيل النزيل في المؤسسة العقابية صعبة وشاقة ومتعددة الجوانب، إذ إن شخصيته محور عملية التأهيل الاجتماعي، وغايتها مساعدته في إحداث تغيير إيجابي في سلوكه كمدخل لاندماجه في النسيج الاجتماعي، ويستلزم تحقيقها جملة من المتطلبات يتصدرها في المقام الأول تهيئة المناخ المناسب لاستجابته لبرامجها، وهذا يقتضي إبعاد كل مظاهر القسوة والقهر عنها، دون أن ينال ذلك من نظام الانضباط داخل المؤسسة العقابية.

ولا يغرب عن البال ما لسلب الحرية من أثر سيء على النزيل، فابتعاده عن محيطه العائلي، وقلقه على مصير زوجته بعد طول غياب عنها، وخشيته من طلبها الطلاق[٣]، أو مساورته الشكوك في

(١) د. فهد الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، رسالة دكتوراه منشورة، دار وائل، عمان، ٢٠١٠، ص٢٥٨.

(٢) الأستاذة جودي زوليخة، والأستاذة قادري كريمة، المرجع السابق، ص٥١.

(٣) وهذا الطلب كفلته النصوص القانونية، ومثال ذلك ما نّصت عليه المادة" ١٢٥" من قانون الأحوال الشخصية الاردني بقولها: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثة سنوات فأكثر ان تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه فاذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب".

سلوكها، يولّد عنده أزمات نفسية قد تنتهي بإصابته باضطرابات سلوكية وعاطفية، ربما تقوده إلى الاجرام مجدداً، فلا يستجيب عندها لبرامج التأهيل، وفي مناخ كهذا يتعذّر بلوغ التأهيل لغايته واهدافه.

ولعل من أبرز متطلبات التأهيل للنزيل تذليل كافة المعوقات والصعوبات التي تعترض هذا السبيل، ولا يتحقق ذلك ابتداءً إلا بتهيئة كل الظروف التي تساعده على الاستجابة لبرامج التأهيل، فالاستقرار النفسي وكذلك الاجتماعي لدى النزيل من أهم العوامل التي تشكل دافعاً لدية لكي يُقبل على البرامج التأهيلية[١]، ومما لا شك فيه أن إقرار الخلوة الشرعية للنزيل من شأنه أن يحققّ ذلك الاستقرار لديه، فيكون اكثر استجابة واقبالاً على برامج التأهيل، وإذا ما تحققّ التأهيل على النحو المطلوب، فإن ذلك يقود إلى نجاح المؤسسة العقابية، ويعززّ من وضعها وفاعليتها في تقويم النزلاء، وبالتالي وقاية المجتمع من الإجرام[٢].

الفرع الثاني: موقف الفقه من الخلوة الشرعية

تأصيل الخلاف الفقهي حول الخلوة الشرعية: لما كان الكتاب الكريم يخلو من النص على الخلوة الشرعية، وكذلك السنة الشريفة، فقد كان موضوعها أثير الطرح لدى أوائل الفقه الإسلامي، ولم يكن قولهم موضع إجماع بصددها، فاختلفت أقوالهم اختلافاً لم تنتهِ فصوله بعد حتى يومنا هذا، سواء في الفقه الإسلامي أو في الفقه القانوني أيضاً، وانقسمت آراؤهم بين مؤيد للخلوة الشرعية وبين رافض لها، وفي الأمر تفصيل على النحو الآتي:

مكرر (أولاً) – الاتجاه المؤيد للخلوة الشرعية: ذهب الاتجاه الغالب من قدامى الفقه الإسلامي إلى القول بجواز خلوة السجين بزوجته إذ طلب ذلك، قياساً على عدم منعه من شهوة البطن للطعام والشراب، وهذا قول فقهاء الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية[٣]، في حين ذهب قول من الشافعية إلى

(١) د. مصطفى العوجي، التأهيل الاجتماعي في المؤسسات العقابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٢١، د. احمد عبد اللاه المراغي، أصول علم العقاب الحديث، ج٢، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٧٧.

(٢) الاستاذ حسين هايل الحكيم، المرجع السابق، ص٢٠٣.

(٣) د. عبد الحافظ يوسف أبو حميده، المرجع السابق،٩٠.

تقييد هذا الجواز بموافقة القاضي الذي يحق له منع السجين من خلوته بزوجته إذا رأى أن المصلحة تقتضي ذلك[١].

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي المعاصر[٢] إلى القول بتأييد الخلوة الشرعية، وتمكين النزيل من الاختلاء بزوجه الشرعي برضاه، وذلك بين الفنية والأخرى، على أن يكون ذلك في مكان منعزل ومستور في المؤسسة العقابية ، استنادا إلى أن الهدف من عقوبة سلب الحرية يتمثل في ردع النزيل المحكوم عليه بها، دون أن يتجاوز ذلك إلى حرمانه من حقوقه الأساسية والضرورية، والتي من بينها حقه في الاختلاء الجنسي المشروع بزوجه، إذ إن حرمان النزيل من هذا الحق يتجاوز ضرره إلى زوجه الذي لا يد له في ارتكاب الجريمة التي عوقب بمناسبتها[٣].

كما أن الاتجاه الغالب في الفقه القانوني[٤] يؤيد الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات لأهميّة الاعتبارات التي تستند اليها علة تقريرها، فمن ناحية لا يوجد في الشريعة الإسلامية واعتماداً على الموروث الإسلامي ما يمنع الخلوة الشرعية، ومن ناحية أخرى فان تطبيق هذه الخلوة يحدّ من تنامي حالات قلق النزلاء على زوجاتهم؛ وبالتالي يقللّ من تسجيل وقوعات الطلاق، وهجر منزل الزوجية بسبب تنفيذهم عقوبات سالبة للحرية، بالإضافة إلى أنها تساهم في الحدّ من شيوع الشذوذ الجنسي والممارسات غير الأخلاقية في المؤسسات العقابية، ويزاد على ذلك أن الخلوة الشرعية تجنب النزلاء الاضطرابات الجنسية التي تقود إلى الاضطرابات النفسية نتيجة حرمانهم الجنسي[٥]، فضلاً عن أن

(١) د. سعيد بن مسفر الوادعي، المرجع السابق، ص٢٤؛ د. عبد الحافظ يوسف ابو حميدة، المرجع السابق، ص٩١.

(٢) من هذا الرأي :د. نصر فريد، مفتي الديار المصرية الاسبق، ود. محمد رأفت، أستاذ بجامعة الازهر، د. عبدالله عبد الحي، استاذ بجامعة الازهر أيضاً، والاطلاع على آرائهم متاح على الموقع الالكتروني: https://www.maatpeace.org/old/nodel/1693، تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٨/١٢/٢٥، وأيضاً د. عبد الحافظ يوسف ابو حميده، المرجع السابق، ص٩٠.

(٣) د. أحمد عبد اللاه المراغي، المعاملة العقابية للمسجونين/دراسة مقارنة في النظام العقابي الوضعي والنظام العقابي الإسلامي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص١٥١.

(٤) من هذا الاتجاه: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٥٤، د. محمد ابو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص٣٨٠.، د. عبد الاله محمد النوايسة، المرجع السابق، ص٢٩٨.

(٥) من الفقه في الطب النفسي المؤيدين للخلوة الشرعية: د. الهامي عبد العزيز، استاذ علم النفس بجامعة عين شمس، د. يسرى عبد المحسن، استاذ الطب النفسي بجامعة القاهرة، والاطلاع على آرائهم متاح على الموقع الالكتروني.https//www.maatpeace.org/old/693 تاريخ الزيارة: ٢٠١٨/١٢/٢٥.

تطبيقها ينسجم مع ما أوجبته المواثيق الدولية والدساتير والتشريعات العقابية لمعاملة النزيل معاملة إنسانية، وبما يحفظ كرامته وآدميته البشرية، وعدم تجاوز ألم العقوبة الى الغير ما لم تثبت مساهمته بالجريمة تطبيقاً لمبدا شخصية العقوبة، الذي بلغ من الأهمية أن اضحى مبدأً دستورياً[١]، وعلاوة على ذلك فإن الاجماع الفقهي العقابي ينعقد على أن هدف تنفيذ العقوبة في إصلاح النزيل وتأهيله يجب أن يتصدرّ ما عداها من أهداف.

وتأسيساً على ذلك، فإن تقرير الخلوة الشرعية للنزيل ما هو إلا تطبيق لحقه في المعاملة الانسانية اللائقة التي تحفظ كرامته، وفيه إبعاد له عن سبيل الشذوذ الجنسي، وصون لعفة زوجته وعدم انحرافها، وايفائها حقها في المعاشرة الزوجية مما يحققّ استقرار الاسرة واستمرارها[٢]، وهذا يشكل له عامل استقرار نفسي ينعكس على سهولة استجابته لبرامج الإصلاح والتأهيل في المؤسسة العقابية.

(ثانياً) الاتجاه الرافض للخلوة الشرعية: إن رفض الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية ليس حديث العهد؛ إذ يعود في تاريخه الى بعض القدامى من الفقه الإسلامي، فقد رفض فقهاء المالكية خلوة السجين بزوجته لما فيها من ترفيه وتنعّم للسجين، مما يتنافى مع الحكمة التي شُرع السجن لأجلها، وهي التضييق على السجين لردعه[٣]، وشايعهم في هذا الرأي اتجاه من المحدثين في الفقه الإسلامي[٤] بحجة أن هذه الخلوة تتعارض مع فلسفة العقوبة في تحقيق الردع والزجر، إلى جانب حجة اخرى تقوم على أن العلاقة الجنسية الزوجية لها قيمتها المعنوية وممارستها داخل أسوار المؤسسات العقابية يفقدها تلك القيمة.

---

(١) انظر المادة"٦٦" من الدستور المصري، والمادة"٢٨" من دستور الإمارات العربية المتحدة، والمادة"٤١" من دستور البحرين.

(٢) د. علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد، قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة، بحث مقدم لمؤتمر حماية الاسرة بين الواقع والقانون، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، عمان، في الفترة الواقعة ما بين ٢٠-٢١/٤/٢٠١٠، ص١٠.

(٣) د. عبد الحافظ يوسف ابو حميده، المرجع السابق، ص٩١.

(٤) د. سعاد صالح، عميد كلية الدراسات الاسلامية/ جامعة القاهرة، ورأيها متاح على الموقع الإلكتروني https//www.maatpeace.org/old/693

كما رفض اتجاه في الفقه القانوني[١] خلوة النزيل بزوجه في المؤسسة العقابية، على سند من القول أن النزيل ينبغي أن يُدرّب على ضبط شهواته بحيث لا تغلب على إرادته، فضلاً عن ان السماح بها للنزلاء يتعارض مع النظام العقابي في المؤسسة العقابية، لأن الحكمة من الحرمان الجنسي فيها لا ترجع الى معنى العقاب، ولو كان الأمر كذلك لرفع الحرمان عن كافة الموقوفين لعدم ثبوت إدانتهم بعد، وإنما ترجع للنظام الذي يسود المؤسسة العقابية ذاتها، لذلك فإن إتاحة الخلوة للنزيل بزوجه من شأنها أن تنال من صرامة نظام المؤسسة، وتتنافى مع طبيعة هذا النظام.

وبالرغم من ضعف هذا الاتجاه في الفقه الجزائي، إلا أن الأسانيد التي يسوقها لتدعيم وجهة نظره ليست حاسمة أيضاً، فالمزايا التي تحققها الخلوة الشرعية أو الجنسية جمّة ومتعدّدة كما تقّدم ومن شأنها تسهيل عملية الإصلاح والتأهيل، بالإضافة إلى أن أسانيد الاتجاه المؤيد لها أكثر واقعية وانسجاماً مع أهداف سلب الحرية لا سيما بعد أن استقر في علم العقاب أن إيلام العقوبة السالبة للحرية ينبغي أن يقتصر على مجرد سلب الحرية فحسب، وما فحوى نظامها التنفيذي إلا التهذيب والتأهيل، وليس العقاب الإضافي لها الذي يعد الحرمان الجنسي للنزيل أحد مظاهره.

المبحث الثاني: أحكام الخلوة الشرعية

تمهيد وتقسيم: تستلزم التشريعات العقابية المقارنة أحكاماً عامة للخلوة الشرعية تتمثل في الشروط اللازم توفرها لإستفادة النزيل من الخلوة (المطلب الأول)، كما تستلزم أيضاً أحكاماً أخرى تفصيلية خاصة بآلية تنفيذها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الخلوة الشرعية

تقسيم: تتعّدد شروط الخلوة الشرعية، فمنها ما يتعلق بنزيل المؤسسة العقابية (الفرع الأول)، ومنها ما يتصل بالجريمة التي ارتكبها (الفرع الثاني)، في حين يتصل ثالثها بالعقوبة المحكوم بها (الفرع الثالث).

(١) انظر في عرض آراء الفقه الاجنبي الرافض للخلوة: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٥٤، ود.رمسيس بهنام، الكفاح ضد الإجرام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص١٥٧، ومن مؤيدي هذا الرأي أيضاً: الاستاذ بخوش خالد، المرجع السابق، ص١٢٢.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالنزيل

تمهيد: ينبغي توفر عدة شروط مجتمعة لكي يستفيد نزيل المؤسسة العقابية من ميزة الخلوة الشرعية، وهي:

مكرر (أولاً) حُسن السلوك: تتفق التشريعات المقارنة على اشتراط حسن سلوك النزيل في المؤسسة العقابية لتقرير خلوته بزوجه سواء الداخلية أم الخارجية، ولا يتحققّ ذلك إلا باحترامه للنظام المفروض في المؤسسة، وأن ينأى بنفسه عن كل ما من شأنه أن يعرضه لعقوبة تأديبية؛ ولا شك في أن هذا الاشتراط يعد أحد الوسائل الهامة في المحافظة على النظام والانضباط في المؤسسة العقابية، مما يسّهل تطبيق برامج الإصلاح والتأهيل فيها(١).

ولأهمية هذا الشرط فقد نصّت عليه غالبية التشريعات بصريح القول، ومن قبيلها: التشريع السعودي(٢)، والبحريني(٣)، والليبي(٤) والمغربي(٥)، والجزائري(٦)، وكذلك التشريع الأردني نصّ على هذا الشرط في المادة"٣/٣" من تعليمات الخلوة الشرعية،إذ إن هذه الخلوة لا تتقررّ إلا لمن حسن سلوكه من النزلاء اذا توفرت شرائطها الأخرى، وما هي الا صورة من صور المكافآت التي تشجع النزلاء على هذا السلوك، لذلك تبرز الحاجة لمراجعة نص المادة "٢٠" من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل بما يتفق مع تقرير الخلوة الشرعية كمكافاة لمن تميزّ بحسن سلوكه من النزلاء، وأن يأخذ النص عليها مكانة في إطار المادة"٣٤" الخاصة بالمعاملة التشجيعية للنزلاء في القانون المشار إليه.

ولاشتراط حسن السلوك أهمية أيضاً في التشريعات الاجنبية، اذ أنها لم تقرّر الخلوة الجنسية إلا لمن كان سلوكه حسناً من النزلاء، ومثالها التشريع الأسباني الذي يحظر منح تصاريح الخروج المؤقت

(١) د. عبدالله عبد الغني غانم، اثر السجن في سلوك النزيل، مرجع سابق، ص٣٢٨.

(٢) القرار الوزاري رقم" ١٧٤٥" تاريخ ١٤١١/٦/١٧ ه.

(٣) المادة" ٤٢" من قانون مؤسسة الإصلاح والتأهيل البحريني.

(٤) المادة "٢/١٤٢" من قانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل الليبي.

(٥) المادة "٤٦" من قانون تنظيم وتسيير المؤسسات السجنية المغربي.

(٦) المادة "١٢٩" من قانون تنظيم السجون وإعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

من المؤسسة لذوي السلوك السيء "م/٢/٤٧، ٥٤" من قانون العقوبات[١]، وكذلك التشريع الارجنتيني الذي ينص على حرمان النزيل من الخلوة الجنسية إذا كان خاضعاً لتنفيذ جزاء تأديبي[٢].

(ثانياً) وجود علاقة زوجية شرعية قائمة بين النزيل وزوجه: تنص التشريعات العربية كافة محل المقارنة على تقرير الخلوة الشرعية للمتزوجين فحسب من النزلاء، ولا تجيز إطلاقاً إلتقاء النزيل بغير زوجه في إطار تلك الخلوة، لما في ذلك من منافاة للقواعد الدينية والقيم الأخلاقية التي تسود التنفيذ العقابي[٣]، ولذلك يتعينّ على الإدارة التأكد من وجود هذه العلاقة، والتحققّ من قيامها بما يثبت ذلك بالوثائق الرسمية.

أما الدول الأجنبية التي أقرت الخلوة الجنسية للنزلاء، فلم تنهج نهجاً واحداً فيما يتعلق بالعلاقة الزوجية بين النزيل وشريكه في هذه الخلوة، فمنها اشترط قيام علاقة زوجية بين النزيل وزوجه لإقرار هذه الخلوة كالأرجنتين[٤]، في حين ذهب اتجاه آخر منها كالبرازيل والمكسيك إلى عدم تطلب هذه العلاقة الزوجية، حيث تسمح بهذه الخلوة للنزيل مع زوجته وغيرها أو حتى مع إحدى البغايا[٥]، من منطلق أن الحرية الجنسية تحدّ من الشذوذ الجنسي للنزيل، وتساهم في إعادة ادماجه بالنسيج الاجتماعي[٦].

مؤشرات الحالة الزواجية بين نزلاء المؤسسات العقابية: يتوزع نزلاء المؤسسات من الناحية الزواجية على طائفتين: المتزوجون وغير المتزوجين، وهذه الطائفة الأخيرة ينطوي تحت لوائها العزاب والأرامل، والمطلقين، ولما كانت الخلوة الداخلية لا تتقرر الا لطائفة المتزوجين منهم، فإنه يثار تساؤل عن نسبة عددهم مقارنة بالعدد الإجمالي للنزلاء بغية الوقوف على مدى أهمية تقرير الخلوة لهم، وقد كان هذا التساؤل أثير الطرح في العديد من الدراسات الميدانية ومنها الدراسة التي أجريت على عينة من النزلاء في المؤسسات العقابية المصرية والتونسية والأردنية، حيث أشارت نتائجها إلى

(١) مشار اليه لدى: د. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص٤٦٢.

(٢) مشار اليه لدى: د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص٣٧٩

(٣) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٤٥٣.

(٤) د. محمد ابو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص٣٨٠.

(٥) الاستاذ سفير بن مسفر الجعيد، المرجع السابق، ص٧٧.

(6) Riedsueititues, Crime and criminology, 2ed , holt Rinehart and Winston New York, 1976,p.719.

أن نسبة "٤٦,٤%" من عينة الدراسة من طائفة المتزوجين(١)، وأشارت دراسة أخرى أجريت سنة ٢٠١٠ على عينة تكونت من "١٠٠" نزيل في المؤسسات العقابية الأردنية إلى أن نسبة المتزوجين بلغت "٧٠,٦%" من إجمالي العينة محل الدراسة(٢)، كما بينت نتائج الدراسة التي أجريت على عينة من النزلاء في الاردن سنة ٢٠١٥ ان نسبة المتزوجين بلغت ٥٥,٨"%"(٣)، وكشفت نتائج دراسة أخرى أجريت على عينة مكونة من "١٠٠" نزيل في المؤسسات العقابية السودانية سنة ٢٠١٦ أن نسبة المتزوجين منهم بلغت "٤٦%" من مجموع العينة(٤).

ويتضح من مجمل هذه الدراسات ان نسبة المتزوجين من نزلاء المؤسسات العقابية كبيرة، ولها مؤشراتها المتوقعة فيما يتعلق بالأثر السلبي لعقوبة سلب الحرية على النزلاء، لا سيما أنهم اعتادوا مباشرة الصلات الجنسية الطبيعية قبل دخولهم المؤسسات العقابية؛ مما يبررّ أهمية تقرير الخلوة الشرعية لهم.

(ثالثاً) الخلو من الأمراض السارية والمعدية: تُعّد المؤسسات العقابية ميداناً خصباً لإصابة نزلائها بالأمراض وانتقالها إلى الغير بالعدوى، نظراً لازدحامها بالنزلاء وكثرة مناسبات الاتصال والاحتكاك بينهم، وهذا ما تؤكده الدراسات الميدانية، إذ أشارت إحداها أجريت على عينة من نزلاء المؤسسات العقابية الأمريكية الى أن نسبة "٤١%" منهم فقط بصحة سليمة(٥)، وأشارت دراسة أخرى أجريت سنة ٢٠٠٤ على "٢١٧" نزيله في سجن عكاشة بالمغرب أن نسبة "٢٣%" منهن يحملن مرض الزهري، ونسبة "٢%" منهن يحملن فيروس الإيدز، وبلغت نسبة المصابين بمرض الإيدز في سجون نيجيريا "٩١%" من الذكور ونسبة "٩%" من الإناث، وفق دراسة أجريت على "٣٤١" نزيلاً سنة٢٠٠٨(٦)، كما أن مرض الإيدز ينتقل بسهولة لدى الشاذين جنسياً، وهذا ما أكدته بعض الفحوصات

(١) د. عبد الله عبد الغني غانم، أثر السجن في سلوك النزيل، مرجع سابق، ص٧٢.

(٢) د. محمد ظاهر القيسي، دور إنقاص العقوبة في إصلاح الجاني وتأهيله، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠١٠، ص٨٧.

(٣) د. حمود سالم العليمات وآخرون، المرجع السابق، ص١٢.

(٤) الاستاذة رانيا محمد الحسن، الصحة النفسية لدى النزلاء وعلاقتها ببعض المتغيرات، رسالة ماجستير غير منشورة، منشورة، جامعة الرباط الوطني، السودان، ٢٠١٦، ص٩١.

(٥) د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص٢٣٧.

(٦) د. نائلة سليمان الصرايرة، ود. عباطة ضبعان التوايهة، المرجع السابق، ص٣٣١.

الفحوصات الطبية التي أجريت على ما يقرب "٥٠٠" نزيل دخلوا حديثاً المؤسسات العقابية الفرنسية، حيث يتبين أن نسبة "١٢,٦%" منهم مصابين بهذا المرض[١]، مما يعني أن النزيل قد أصيب به قبل دخوله المؤسسة العقابية؛ وهذا من شأنه أن ينقل العدوى لداخلها، ولما لذلك من خطورة بالغة لم تغفلها التشريعات العقابية فقد اشترطت إجراء فحص طبي قبل تنفيذ الخلوة الشرعية لضمان صحة النزيل وزوجه، ومنها التشريع القطري"م/٧" من قواعد وإجراءات دخول السجن وزيارة المسجونين التي تضمنتها اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المؤسسات العقابية والاصلاحية، والبحريني"م/٦٢" من قانون مؤسسة الإصلاح والتأهيل، والاردني "م/٦" من تعليمات الخلوة الشرعية[٢].

(رابعاً) الرضا بالخلوة الشرعية: لا شك في اهمية رضا طرفي العلاقة الزوجية بإجراء الخلوة الشرعية، إذ إن هذه الخلوة حق لهما، ولا يجبر الزوج على ممارسة هذا الحق إذا تنازل عنه، أما إذا أراد ممارسته فانه يفصح عن رغبته في ذلك في الطلب الذي يتقدم به للإدارة بهذا الشأن، وفي هذا ما يدل على رضائه بالخلوة، أما بالنسبة للزوج الحر الطليق الذي يطلبه النزيل إلى الخلوة، فأنه يتعيّن رضائه بها، وقد اشترط التشريع الأردني على الزوجة الراغبة في الخلوة مع زوجها النزيل إفراغ موافقتها وبما يعبرّ عن رضاها بشكل مكتوب، وأن يتأكد مدير المركز الذي يتواجد فيه النزيل من تلك الموافقة؛ وذلك على مقتضى المادة "٤/٣" والمادة "٣/٤" من تعليمات الخلوة الشرعية.

الفرع الثاني: الشروط المتصلة بالجريمة

خطة التشريعات المعاصرة:يقوم منهج غالبية هذه التشريعات على جواز استفادة النزيل من الخلوة الشرعية دون النظر الى جريمته التي ارتكبها، وهذا ما تقتضيه عله تقريرها، وذلك بعدم حصر نطاقها لمرتكبي أنواع محددّة من الجرائم، إلا أن اشتراط هذه التشريعات قضاء النزيل مدة معينة من عقوبته السالبة للحرية في المؤسسة العقابية، يعني عدم السماح بالخلوة لمرتكبي الجرائم التي حكم على مرتكبيها مدة أقل من تلك المطلوب قضائها في المؤسسة العقابية، ومن قبيلها التشريع البحريني الذي يجيز للنزيل المحكوم عليه بالسجن أو الحبس لمدة سنة أو اكثر الاختلاء بزوجه الشرعي[٣]، وكذلك التشريع الأردني الذي يجيز أيضاً لكل محكوم عليه مدة سنة أو كثر الاختلاء بزوجه الشرعي في

(١) د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص٢٣٧.

(٢) نصت المادة اعلاه على أن: "حصول النزيل وزوجه على تقرير طبي لكل منهما يشعر بخلوهما من الأمراض السارية والمعدية وعن كل زيارة من قبل مديريات الصحة المختصة في منطقة الاختصاص في وزارة الصحة".

(٣) المادة"٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني.

المؤسسة العقابية[1]، وإذا كان هذا ينسحب على سائر الجرائم الجنائية، وكذلك الجنحوية التي يُعاقب مرتكبوها بعقوبة سالبة للحرية أكثر من سنة، إلا إنه لا يشمل الجرائم الجنحوية التي يعاقب مرتكبوها بأقل من سنة، وكذلك مرتكبو جرائم المخالفات.

لا شك في أن علة تقرير الخلوة الشرعية تتوفر أيضاً إذا حكم على النزيل بمناسبة جريمة جنحوية لمدة سنة فأقل، على أن يُحصر نطاق تطبيقها في الجرائم الجنحوية المعاقب على فاعليها بما لا يقل عن أربعة أشهر، وذلك لعدم الاخلال بالوظيفة العقابية للجزاء الجنائي.

أما في دولة الكويت فإن الخلوة الشرعية للنزلاء لم تُنظم بتشريع خاص، وإنما بموجب القرار الوزاري رقم"٢٥" لسنة ١٩٧٦[2]، وقد تضمن هذا القرار منح حق الخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية باستثناء مرتكبي جرائم أمن الدولة، وجرائم القتل والمخدرات، فاستبعاد مرتكبي هذه الجرائم من نطاق استفادتهم من الخلوة الشرعية قد يعلّله اعتبارات الردع بنوعيه الخاص والعام، إذ هي جرائم جسيمة، ومرتكبوها على درجة من الخطورة الإجرامية، إلا أن هذا الاستبعاد محل نظر، إذ إن إصلاح النزيل وتأهيله يتصدر أهداف سلب الحرية، وهؤلاء الجناة مرتكبي هذه الجرائم بالنظر إلى خطورتهم بحاجة إلى التأهيل والإصلاح أكثر من غيرهم، وتقرير الخلوة الشرعية الداخلية لهم يهيئ المناخ الملائم لهذا التأهيل لما لها من مزايا تقدم ذكرها، فادامة علاقة النزيل بعائلته وتواصله مع زوجته، يحقّق لديه الاستقرار النفسي ويدفعه لانتهاج السلوك الحسن في المؤسسة العقابية، ويجنبه الانزلاق نحو الشذوذ الجنسي والانحرافات الأخلاقية، مما يجعله أكثر استجابة لبرامج التأهيل والإصلاح، وعلى هذا النهج سارت التشريعات المقارنة، حيث لم يحظر أي منها الخلوة الشرعية لأي نزيل لجسامة الجريمة التي ارتكبها.

الفرع الثالث: الشروط المتصلة بالعقوبة

حصر نطاق الخلوة الشرعية في العقوبة السالبة للحرية: تقتضي الوظيفة التأهيلية للخلوة الشرعية أن يحصر نطاقها في العقوبات السالبة للحرية فحسب، مما يعني أنه لا محل لها بالنسبة للعقوبات الأخرى، وتذهب غالبية التشريعات العقابية إلى تقرير ذلك بالنص الصريح كالتشريع

(١) المادة"٢٠" من قانون مراكز الاصلاح والتأهيل الاردني والمادة "١/٢" من التعليمات الصادرة بموجبها.

(٢) إعلان دولة الكويت في ١٣ نيسان ٢٠١٦ عن منح السجناء حق الخلوة الشرعية، متاح على الموقع الإلكتروني http://WWWLayyar.org/new/print/70641

البحريني[١] والاردني[٢]، إلا إن تشريعات اخرى قد وسعت من نطاق عقوبة المحكوم عليه لافادته من الخلوة الشرعية، ومنها التشريع البحريني الذي أجاز الخلوة لطائفة المحكوم عليهم بالاعدام[٣]، بالإضافة إلى طائفة المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية.

ولا شك في أن تقرير الخلوة الشرعية لطائفة المحكوم عليهم بالاعدام محل نظر إذ إن المحكوم عليه بهذه العقوبة على درجة عالية من الخطورة الإجرامية، ويودع في مكان مستقل ومنفصل عن بقية النزلاء في المؤسسة العقابية، ولا يسمح له الاختلاط بالنزلاء الآخرين[٤] ويخضع لرقابة صارمة دائمة ليلاً ونهاراً[٥] وما وجوده في المؤسسة العقابية إلا انتظاراً لتنفيذ عقوبته، ولذلك لم تتحقق بالنسبة له علة تقرير الخلوة الشرعية.

كما أن التشريعات التي أجازت خروج النزيل من المؤسسة العقابية بتصاريح مؤقتة لتثبيت الروابط العائلية بين النزيل وأسرته، قد اقتصرت نطاق ذلك على المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية دون غيرها، وهذا مسلك التشريع الفرنسي "م/١٤٥" من قانون العقوبات، والتشريع السعودي[٦]،والجزائري[٧]، والمغربي[٨] والليبي[٩].

صيرورة الحكم بالعقوبة نهائياً: تتجه معظم التشريعات المقارنة إلى قصر ميزة الخلوة الشرعية على طائفة النزلاء المحكوم عليهم نهائياً بعقوبات سالبة للحرية دون غيرهم من النزلاء الموقوفين الذين لم يصدر بحقهم حكم نهائي بعد، ومن التشريعات التي سارت بهذا الاتجاه التشريع البحريني[١٠]

---

(١) المادة"٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني.

(٢) المادة"٢٠" من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الاردني.

(٣) نص عجز المادة "٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني على أنه:"...ويضع مدير المؤسسة بقية شروط وضوابط الخلوة الشرعية، كما يضع شروط ومدة وكافة ضوابط الخلوة الشرعية بالنسبة للمحكوم عليهم بالإعدام".

(٤) المادة"٦٤" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني.

(٥) المادة(١٧/أ) من قانون مراكز الاصلاح والتأهيل الاردني.

(٦) القرار الوزاري السعودي رقم "١٧٤٥" تاريخ ١٤١١/٦/١٧هـ.

(٧) المادة"١٢٩" من قانون تنظيم السجون واعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

(٨) المادة"٤٦" من قانون تنظيم وتسيير المؤسسات السجنية المغربي.

(٩) المادتان: "137,136"من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسات الاصلاح والتأهيل الليبي.

(١٠) المادة"٤٢" من قانون الاصلاح والتأهيل البحريني.

والاردني[١]، إلا ان قلة من التشريعات أجازت الخلوة الشرعية لطائفتي المحكوم عليهم والموقوفين من النزلاء على حد سواء، ومن قبيلها التشريع السعودي[٢] الذي يُحمد له هذا المسلك، وذلك بالنظر إلى علة الخلوة الشرعية، إذ إن حسن السلوك في المؤسسة العقابية مطلوب من كلتا الطائفتين، كما أن الرغبة الجنسية متوفرة لدى نزلاء كل منهما، وحرمان الموقوف من الخلوة الشرعية قد يدفعه في الغالب لمواجهة تلك الرغبة بطرق غير مشروعة، لا سيما إذا كانت مدة توقيفه طويلة نسبياً، بالإضافة لافتراض براءته ريثما يصدر بحقه حكم نهائي؛ ويتعين أن يعامل على هذا الأساس وفقاً للقاعدة"١/٤٨" من قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين.

وقد جاء النص على الخلوة الشرعية عاماً في بعض التشريعات، دون أن يحدد بمقتضاه طائفة النزلاء الذين تتقرر لهم الخلوة الشرعية فيما إذا كانوا من المحكوم عليهم أم من الموقوفين، وقد نهج هذا النهج التشريع القطري[٣] والتشريع الليبي[٤].

المدة الدنيا الواجب قضاؤها من العقوبة لتقرير الخلوة: تحددّ التشريعات المقارنة عادة تلك المدة التي يتعينّ على النزيل قضائها في المؤسسة العقابية، لإمكانية الوقوف على حسن سلوكه واستقامة تصرفاته لتقرر له الخلوة بزوجه على أثر ذلك، فالتشريع الارجنتيني يقررّ الخلوة الجنسية للنزيل بعد قضائه شهرين متصلين في المؤسسة العقابية[٥]، ويتطلب التشريع الفرنسي لمنح المحكوم عليه تصريح خروج مؤقت من المؤسسة العقابية بهدف تثبيت روابطة الأسرية قضائه نصف المدة المحكوم بها؛ ولم يبقَ منها ما يجاوز ثلاث سنوات "م/١٤٥" عقوبات[٦]، وهي ذات المدة التي يستلزمها يستلزمها التشريع المغربي[٧] لمنح المحكوم عليه ترخيص خروج مؤقت من المؤسسة السجينة للحفاظ على الروابط العائلية.

---

(١) المادة"٢٠" من قانون مراكز الاصلاح والتأهيل الأردني.

(٢) لقرار الوزاري السعودي رقم "١٧٤٥" تاريخ ١٤١١/٦/١٧هـ.

(٣) المادة"٧" من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المؤسسات العقابية والاصلاحية القطري.

(٩) المادتان"١٣٦و١٣٧" من اللائحة التنفيذية القانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل الليبي.

(٥) مشار اليه لدى: د. محمد ابو العلا عقيده، المرجع السابق، ص٣٨٠.

(٦) مشار اليه لدى: د. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص٤٦١.

(٧) المادة" ٤٦" من قانون تنظيم وتسيير المؤسسات السجنية المغربي.

أما التشريع السعودي[١] فقد قصر هذه المدة إلى ثلاثة أشهر بحيث يستفيد من فرصة الاختلاء الشرعي بزوجه كل من أمضى تلك المدة في المؤسسة العقابية، أما إذا كانت الخلوة خارجية فانه يشترط قضاء النزيل نصف مدة عقوبته المحكوم بها على أن لا تقل عن سنة واحدة، ويطيل التشريع البحريني[٢]هذه المدة إلى سنة، وشايعه في ذلك التشريع الاردني[٣] الذي اشترط نفس المدة أيضاً، وقد خلا التشريع القطري من تحديد لهذه المدة، وسار على نهجه التشريع الليبي.

موقف الفقه من تحديد المدة الدنيا للعقوبة المحكوم لها النزيل: يذهب اتجاه فقهي[٤] إلى تحديد هذه المدة بأربعة أشهر لاتاحة خلوة النزيل بزوجه، ويرى الباحث اعتدال هذا التحديد، إذ أن إطالة المدة عن هذا الحد يؤدي إلى حرمان النزيل من اشباع غريزته الجنسية بوجه مشروع، وفي هذا تجسيم لآثار العقوبة التي لا تندرج في مضمون الحكم الصادر بها، ولا محل للقول أيضاً بالنزول في المدة الدنيا عن هذا الحد خشية الاخلال بالنظام العقابي من جهة، ولتفادي إرهاق الإدارات العقابية بمتطلبات الخلوة من جهة أخرى.

المطلب الثاني: تنفيذ الخلوة الشرعية

تمهيد وتقسيم: يستلزم تنفيذ الخلوة الشرعية في صورتها الداخلية بالمؤسسات العقابية، اتخاذ إجراءات معينة وفق أحكام قانونية خاصة (الفرع الأول)، إلا أن سبيل تنفيذها قد تعترضه بعض المعوقات العملية مما يستدعي بيانها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بتنفيذ الخلوة الشرعية

تمهيد: ثمة أحكام قانونية خاصة ينبغي مراعاتها لتنفيذ الخلوة الشرعية على الوجه الأكمل، يمكن إيجازها بما يلي:

(١) القرار الوزاري السعودي رقم"١٧٤٥" تاريخ ١٤١١/٦/١٧هـ.

(٢) المادة"٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني.

(٣) المادة "٢٠" من قانون الإصلاح والتأهيل الأردني.

(٤) من هذا الرأي، د. عبد الحافظ يوسف ابو حميدة، المرجع السابق، ص١٠١، والاستاذ بخوش خالد، المرجع السابق، السابق، ص١١٢، ويستأنس اصحاب هذا الرأي بالمدة التي حددّها الخليفة عمر بن الخطاب لجند المسلمين وهي قضائهم أربعة أشهر ومن ثم العودة الى نسائهم.

مكرر(أولاً)- طلب الخلوة الشرعية: يتعيّن على نزيل المؤسسة العقابية الراغب بالخلوة أن يتقدّم بطلب لمدير الإدارة العامة[١] أو مدير المؤسسة العقابية التي يتواجد فيها النزيل بطلب خطي يعلن فيه عن رغبته الاختلاء بزوجه، ومشفوعاً بما يثبت استمرار العلاقة الزوجية بينهما كوثيقة عقد الزواج وبطاقة العائلة للطرفين، بالإضافة الى تقرير طبي يشعر بخلوهما من الأمراض السارية أو المعدية، وإذ كانت موافقة الزوجة على هذه الخلوة متطلباً أساسياً إذ لا يمكن تنفيذ الخلوة بدون ذلك، إلا إن التشريع الاردني يستلزم موافقتها الخطية وتضمين تلك الموافقة تعهداً منها بعدم ممانعة أهلها على خلوتها بزوجها[٢]، ويوجب على مدير مركز الاصلاح والتأهيل التأكد من موافقة زوج النزيل حال تقديم طلب الخلوة[٣].

بعد تقديم الطلب، ينتظر النزيل الرد عليه، وقد حددّت بعض التشريعات مدةزمنية لذلك، وهي في التشريع الأردني ما لا يجاوز أسبوعاً من تاريخ تقديم طلب الخلوة[٤]، وحسناً فعل، إذ إنها مدة كافية للتحقق من استيفاء شروطها المطلوبة، ومخاطبة الادارة العامة بهذا الخصوص، ولئلا يطول انتظار النزيل للرد على طلبه.

وإذا رفضت الادارة خلوة النزيل بالرغم تحققّ شروطها، سواء كان ذلك صراحة او ضمناً فيجوز له التظلم من قرارها، أو الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري المختص إذا شابه عيب من عيوب القرار الإداري المعروفة[٥].

---

(١) أوجب التشريع الاردني على النزيل او زوجه ان يتقدم بطلب الخلوة الشرعية لمدير ادارة مراكز الاصلاح والتأهيل سنداً لنص المادة"٤/١" من تعليمات الخلوة الشرعية.

(٢) المادة"٤/٣" من تعليمات الخلوة الشرعية.

(٣) المادة"٤/٣" من نفس التعليمات.

(٤) المادة "٤/٢" من التعليمات المشار اليها.

(٥) تتعدد العيوب التي تجعل القرار الاداري مستحق الالغاء، كان يشوبه عيب عدم الاختصاص أو عيب الشكل، أو مخالفة القانون، او الانحراف باستعمال السلطة، حيث يعد الغاء القرار الاداري الذي يصدر في رفض الخلوة للنزيل النتيجة التي يستهدف الطاعن تحقيقها، ويعد القرار الملغى ادارياً كان لم يصدر. وقد صدر عن القضاء الاداري في سلطنة عمان سنة ٢٠١٨ حكماً يعد تاريخياً، بأحقية نزيل محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بأكثر من عشر سنوات، وزوجته ترفض الطلاق، بعد ان تم تقديم الطلب بالخلوة الشرعية، إلا انه لم يرد عليه؛ مما دفع ذي الشأن التظلم واقامة دعوى أمام القضاء الاداري لمخاصمة القرار، وقضت محكمة اول درجة بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار لعدم وجود قانون ينظم الخلوة الشرعية، إلا أن محكمة الاستئناف قررت الغاء قرارها بالحكم والزام ادارة السجون بتهيئة المكان الملائم للسجين لتمكينه من الخلوة الشرعية بزوجته بما يحفظ كرامته، وقد تمّ الاستناد في ذلك على الآراء الفقهية المؤيدة للخلوة الشرعية، وما تضمنته المعاهدات الدولية وحقوق الانسان من نصوص قانونية تدعم ذلك، وقرار المحكمة: متاح على الموقع الالكتروني
https//www.atheer.om/archives/461744

أما إذا كانت الخلوة خارجية بموجب تصريح خروج مؤقت من المؤسسة العقابية، فأن بعض التشريعات كما هو نهج التشريع الجزائري[١] تسند مهمة منح هذا التصريح لجهة القضاء، وتحديداً قاضي تطبيق العقوبات، بعد الاستئناس برأي لجنة تطبيق العقوبات.

ويرى الباحث أن إسناد مهمة تقرير الخلوة الشرعية للنزيل لجهة الادارة مسألة محل نظر؛ ذلك أنها تُعد حقاً من حقوق النزيل، واحترام حقوقه بشكل عام يدخل في إطار الاختصاص الطبيعي لجهة القضاء، فالإدارة العقابية يمكن أن تتعسف بتقرير تلك الحقوق سواء بالتجاوز أو الإغفال، لأن العقيدة الراسخة لديها أن نزلاء تلك المؤسسات هم مجرمون، مما يؤدي إلى احتمال تأثرها بذلك فيما يصدر عنها من قرارات ومن بينها القرار المتعلق بالخلوة الشرعية، لذلك فإن التدخل القضائي في تنفيذ الجزاء الجنائي له ما يبرره، إذ إنه يعد ضماناً لحماية حقوق النزيل، وضماناً أيضاً لتحقيق أهداف السياسة العقابية الحديثة من سلب حريته، إلا إن ذلك لا ينفي ما يعترض هذا السبيل من عقبات، فالسلوك الحسن للنزيل لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاحتكاك الدائم بين الإدارة العقابية والنزيل؛ فهذه الإدارة تمرست في شؤون تنفذ الجزاء السالب للحرية، وهي ذات خبرة وتنظيم مناسبين لذلك، ولن يكون بمقدور القاضي أن يقوم بهذا الدور، إلا إن بإمكانه استطلاع ذلك من خلال ما ترفعه إليه الإدارة العقابية من تقارير عن سلوك النزيل وتصرفاته، فيستطيع أن يزنها ويصدر قراره بشأن الخلوة بما لديه من بصيرة قضائية محايدة يحوطها بما يلزم من الضمانات القانونية.

(ثانياً)- المدة الزمنية للخلوة الشرعية: تتباين التشريعات العقابية فيما بينها في تحديد المدة الزمنية اللازمة بين كل خلوة وأخرى، وكذلك المدة اللازمة للخلوة الواحدة، فالتشريع القطري يجيز للنزيل اربع مرات من الخلوة في الشهر الواحد، وبواقع ساعة واحدة في كل مرة[٢]، أما التشريعان السعودي[٣] والبحريني[٤]،فيحددّاها مرة واحدة كل شهر ولمدة ثلاث ساعات في كل خلوة، ويجعلها التشريع الأردني مرة كل شهرين على الأقل وبواقع ساعتين إلى ثلاثة في كل خلوة[٥]، أماالتشريع

(١) المادة" ١٢٩" من قانون تنظيم السجون واعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري.

(٢) المادة"٧٨" من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المؤسسات العقابية والاصلاحية القطري.

(٣) القرار الوزاري السعودي رقم "١٧٤٥" تاريخ ١٤١١/٦/١٧هـ.

(٤) المادة"٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل البحريني.

(٥) المادتان"٤،٩/٤" من تعليمات الخلوة الشرعية.

الليبي[١]، فيطيل مدتها إلى أربعة أشهر وبما لا يقل عن ساعة واحدة كل مرة، ويجعلها التشريع الكندي مرة واحدة كل شهرين ولمدة لا تقل عن"٧٢" ساعة على مقتضى المادة"٦" من معايير الزيارة العائلية الخاصة الصادرة استناداً إلى نصوص المواد"٥٩، ٦٠،٧١"من قانون الإصلاح والإفراج الشرطي، ويقصر التشريع المكسيكي الخلوة الجنسية للنزلاء إلى مرتين في الأسبوع ولمدة ثلاث ساعات في المرة الواحدة[٢].

ولا شك في اعتدال مسلك التشريعات التي حددّت الخلوة الشرعية بمرة واحدة في الشهر، اذ أن تقريرها بأقل من ذلك في الشهر الواحد يثقل كاهل الإدارة العقابية بمتطلبات ومستلزمات الخلوة، كما أن تحديد مدتها بأكثر من شهر يفّوت الغاية المرجوّة من إقرارها، إذ لا يستطيع النزيل الصبر على الحرمان الجنسي ما يزيد على هذه المدة، وقد يقوده ذلك إلى الانحراف الاخلاقي من جديد في المؤسسة العقابية.

(ثالثاً)– تفتيش النزيل وزوجه قبل الخلوة: يخضع النزيل وشريكه في الخلوة إلى تفتيش دقيق قبل إجرائها حفاظاً على النواحي الأمنية والصحية في المؤسسة العقابية، ويجب عليهما الامتثال لذلك، بحيث يتم تفتيش الزوجة من قبل الشرطة النسائية[٣]، وإذا أسفر التفتيش عن ضبط ما يخالف نظام المؤسسة العقابية؛ أو يعد جريمة وفق احكام القانون، يتم التحقيق بذلك من قبل السلطة المختصة في المؤسسة لاتخاذ ما يلزم، ولمدير المركز صلاحية اتخاذ القرار المناسب بإتمام الخلوة او تأجيلها، كما يتم تفتيشهما ثانية بعد الانتهاء من الخلوة، وتفتيش مكان الخلوة قبل مغادرتهما للتأكد من عدم فقدان او تلف أي شيء من محتوياته، وفي حال وجود شيء من هذا القبيل يتم التعامل معهما وفق أحكام القانون[٤].

(١) المادة "١٣٦" من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسات الاصلاح والتأهيل الليبي.

(٢) مشار اليه لدى: د. محمد سيف النصر عبد المنعم، المرجع السابق، ص٢٥.

(٣) المادة" ٦/٤" من تعليمات الخلوة الشرعية.

(٤) المادتان"٧،٨/٤" من تعليمات الخلوة الشرعية.

(رابعاً) – ملاءمة مكان الخلوة للغاية المنشودة منها: تستلزم كافة التشريعات العقابية[١] أن تجري الخلوة الداخلية داخل أسوار المؤسسة العقابية، أو على مقربة منها، وأن يكون مكانها بعيداً عن أنظار النزلاء والعاملين في المؤسسة العقابية، وأن تتوفر فيه كافة أسباب الراحة النفسية والخصوصية التامة، والتجهيزات المادية اللازمة كغرفة النوم ومستلزماتها، وتوابعها من مرافق صحيّة مناسبة، وهذا ما أخذت به الدول الأجنبية كالبرازيل وكولومبيا[٢]، وكندا التي أعدت شاليهات خاصة داخل المؤسسة العقابية لهذه الغاية[٣].

(خامساً) – توثيق زيارات الخلوة الشرعية: تعمد التشريعات المقارنة إلى تدوين تطبيق الخلوة الشرعية في كل مرة بسجل خاص، ومن قبيلها التشريع البحريني" م/٨٧" من اللائحة التنفيذية لقانون مؤسسة الإصلاح والتأهيل، والتشريع الأردني "م/٥" من تعليمات الخلوة الشرعية، وذلك لأبعاد الزوجة عن مواطن الشك والظنون فيما إذا حملت جراء تلك الخلوة، ولإثبات نسب المولود كاثر لتلك الخلوة خلال مدة سلب الحرية لأي من الزوجين، إذ يكون ابناً شرعياً لكليهما، ويثبت نسبة منهما مع كل يترتب على ذلك من أحكام شرعية كالنفقة والميراث وغيرهما، وقد تحوّط التشريع الأردني لاتخاذ إجراءات هامة لمواجهة اي توابع مستقبلية نتيجة الخلوة الشرعية، إذ استلزم تدوين اسم النزيل وزوجه، وتحديد وقت وتاريخ دخولهما الخلوة وخروجهما منها، على أن يكون ذلك ممهوراً بتوقيع وبصمة كل منهما بالإضافة إلى توقيع ضابط الخلوة، وتسجيله أي ملاحظات ذات اهمية بشأنها، وحفظ هذه الوثيقة مع طلب الخلوة ومرفقاته في سجل خاص يحمل درجة سري للغاية من حيث التعامل معها، كما أنه شكل لجنة للأشراف على عملية الخلوة بعضوية موظف من المؤسسات الرسمية ذات العلاقة، وهي: "الافتاء، مراكز الإصلاح والتأهيل، الامن الوقائي، الشرطة النسائية" وذلك على مقتضى المادة"٥" من تعليمات الخلوة الشرعية.

---

(١) ومثالها التشريع الليبي/١٣٦" من اللائحة التنفيذية، والاردني "م/٣/٥" من تعليمات الخلوة الشرعية، والقطري "م/٧" من اللائحة التنفيذية والبحريني "م/٦٢" من قانون مؤسسة الاصلاح والتأهيل.

(2) Riedsuetitues, op. cit.p.718.

(٣) د. عبد الاله محمد النوايسة، المرجع السابق، ص٣٣٦.

الفرع الثاني: معوقات التنفيذ العملي للخلوة الشرعية

تمهيد: تقدم ان الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية تعد وسيلة طيبة، وأسلوب فعال من اساليب المعاملة العقابية الحديثة للنزلاء، وذلك لما تتسم به من نزعة إنسانية تتوخى العناية بشخص النزيل وتحفظ له كرامته، إلا إن التنفيذ العملي لها داخل أسوار المؤسسات العقابية ليس سهل ممّهد، وإنما يعترضه عدة معوقات عمليّة، ينبغي الوقوف عندها، وأبرزها ما يلي:

(أولاً)- ازدحام المؤسسات العقابية بالنزلاء: إن هذا الازدحام أضحى مشكلة تعاني منها غالبية دول العالم، وتشير الاحصاءات إلى أن نسبة الازدحام في المؤسسات العقابية التونسية بلغت أربعة أضعاف طاقتها الاستيعابية للنزلاء[١]، وفي الأردن بلغت هذه النسبة "١٠٣%" سنة ٢٠٠٧، وارتفعت نسبة الازدحام إلى "١٠٦%" سنة ٢٠١٠[٢]، ولم يقتصر الازدحام بالنزلاء على المؤسسات العقابية الخاصة بالذكور، بل تجاوزها إلى المؤسسات العقابية الخاصة بالإناث أيضاً، إذ اشارت الدراسات الميدانية إلى أن مركز إصلاح وتأهيل النساء في الجويدة تبلغ طاقته الاستيعابية "٣٥٠" نزيلة،وكان الموجود الفعلي فيه سنة ٢٠١٤ نحو "٤٧٦"[٣] نزيلة ، وما زالت مشكلة الازدحام في مراكز الإصلاح التأهيل الأردنية تراوح مكانها، إذ بلغ عدد النزلاء في هذه المراكز نحو "١٩٢٠٠" نزيلاً سنة ٢٠١٨ ، منهم "٢٣٨٧" نزيلاً في مركز إصلاح وتأهيل الزرقاء الذي لا تتجاوز طاقته الاستيعابية "١٤٠٠" نزيلاً فقط،[٤] مما يؤشر إلى الازدحام الكبير الذي يعانيه هذا المركز .

(١) د. يوسف حسن يوسف، حقوق السجناء في القوانين الدولية والقانون الإنساني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٩٠.

(٢) د. محمد عبدالله الوريكات، النظم البديلة لعقوبة سلب الحرية/ دراسة مقارنة، دار وائل، عمان ، ٢٠١٧، ص١٣١.

(٣) الأستاذة نهلة المومني، نزيلات مراكز الإصلاح والتأهيل في الأردن بين المعايير الدولية والواقع العملي، منشورات المركز الوطني لحقوق الإنسان، عمان ، ٢٠١٤ ، ص١١ وما بعدها.

(٤). مقال صحفي حول تنظيم ادارة مراكز الاصلاح والتأهيل الأردنية جولة للإعلاميين على مراكز إصلاح وتأهيل الزرقاء متاح على الموقع الالكتروني:

http/www.gerasanews.com/article/316987.

ويشير بعض الفقه[١] إلى أن ازدحام النزلاء دفع إحدى المؤسسات العقابية إلى تحويل مسجدها المعّد للعبادة وتلقي الدروس الدينية إلى جناح لإقامة نزلائها، مما يعني أن الضغط الهائل لنزلاء المؤسسات العقابية على هذا النحو يشكل عائقاً أساسياً في تنفيذها للخلوة الشرعية، أو على أقل تقدير لا يمكن تنفيذها إلا على فترات زمنية متباعدة، مما يلغي الفائدة المرجوة منها، ويزيد من معاناة النزيل، وهذا الأثر السيء لازدحام المؤسسات لا يقتصر على تعذّر تنفيذ الخلوة فحسب، وانما يمتد ليشّكل ضغطاً على البرامج التأهيلية بأنواعها في المؤسسة العقابية، وعلى القائمين عليها أيضاً؛ مما يفقدهم الفاعلية والإرادة في تحقيق مهامهم على النحو المطلوب، وقد يؤدي إلى فقدان السيطرة على النزلاء فيعم الشغب والاحتجاج في المؤسسة العقابية[٢]، وفي وضع مختل كهذا لا يمكن للعقوبة السالبة للحرية أن تحقق أهدافها وغاياتها.

(ثانياً) – ضعف الإمكانيات المالية للدولة: لا شك أن انشاء المؤسسات العقابية وادارتها وتأمين نزلائها بالمستلزمات الضرورية؛ يكلف أموالاً طائلة قد تعجز عنها بعض الدول، وذلك بسبب ازدياد إعداد النزلاء سنوياً؛ وما يتطلب ذلك من نفقات لتأهيلهم وإعادة ادماجهم اجتماعياً، وإذا ما أضيف إلى ذلك ما تستلزمه الخلوة الشرعية من رصد مبالغ لإنشاء المباني والغرف الخاصة، وتجهيزها بما يلزم من الأثاث والاحتياجات الصحية الضرورية اللازمة، فإن ذلك يرهق ميزانية الدولة لا سيما إذا كانت ضعيفة الموارد، وقليلة الامكانيات[٣]، مما يحول دون تنفيذ الخلوة الشرعية في المؤسسة العقابية، أو تنفيذها على نحو غير سليم.

(ثالثاً)– النظرة المجتمعية الدونية للخلوة الشرعية: إن نقص الوعي لدى قطاع كبير من مجتمعنا العربي لإدراك أهمية الخلوة الشرعية ومزاياها، يشعر الزوجة بالإحراج من الذهاب للمؤسسة العقابية للاختلاء بزوجها، وقد تلجأ لاختلاق الأعذار لعدم إجابة دعوته إذا طلبها للخلوة الشرعية، حياءً

(١) د. سعود بن ضحيانالضحيان، العوائق الادارية والتنظيمية والاجتماعية التي تؤثر على مصداقية البيانات المتعلقة بالبحوث المرتبط بالمؤسسات العقابية للبالغين / معوقات استخدام البحث العلمي في مجال الجريمة، اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠١، ص٢٠٠.

(٢) د.عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبدائل للعقوبات السالبة للحرية، اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،٢٠٠٣، ص٧٠.

(٣) د. عبد الاله محمد النوايسة، المرجع السابق، ص٣٠٦.

وخجلاً وتجنباً لما سيخالجها من مشاعر الإهانة وهي تتوجه برفقة الحارس في المؤسسة العقابية إلى مكان الخلوة الذي ستختلي فيه بزوجها[1]، هذا إلى جانب تعقيد إجراءات الخلوة بدءاً من تقديم الطلب للخلوة، وإرفاق ما يلزم من الاوراق الثبوتية، وشهادة خلو الأمراض، وموافقة ذويها على ذلك، والاتصال معها للتأكد من موافقتها وتوقيعها وتبصيمها على تمام مجريات الخلوة، وشعورها بالنظرة الدونية من قبل بعض العاملين في المؤسسة العقابية أثناء دخولها وخروجها منها، من شأنه أن يقلل من رغبتها في الخلوة ، وقد يشكّل ذلك دافعاً لعزوفها عنها مما يشكل عائقاً في تنفيذها.

وما عرض معوقات تنفيذ الخلوة الشرعية إلا جزءاً من حل المشكلة وعلاجها، فالتعرف عليها يلقي على كاهل الدولة والإدارات الحكومية المعنية مواجهتها برصد الاعتمادات المالية اللازمة لحل مشكلة ازدحام المؤسسات العقابية بالنزلاء؛ وذلك بالتوسع في بناء مؤسسات عقابية جديدة، وانشاء أماكن للخلوة الشرعية وفق معايير حديثة؛ وبما يتلاءم مع كرامة النزلاء والمحافظة على مشاعرهم ومشاعر زوجاتهم أيضاً، وكذلك توجيه وسائل الاعلام المختلفة، والإدارات الحكومية ذات العلاقة بالنهوض بمسؤولياتهم لتنوير العاملين في المؤسسات العقابية، والرأي العام أيضاً بأهمية الخلوة الشرعية، وضرورة تقبلها واعتمادها كأساس للعمل الاصلاحي والتأهيلي في المؤسسات العقابية .

الخاتمة:

الخلاصة: كانت دراستنا تلك للخلوة الشرعية لنزلاء المؤسسات العقابية في التشريع الأردني والمقارن، تم خلالها استعراض مفهوم الخلوة الشرعية، ونشأتها التاريخية بنظرة موجزة عجلى، ومن تّم بيان صورها، وما تتسم به من مزايا حظيت بتأييد الاتجاه الغالب في الفقه القانوني والشرعي، لانسجامها مع فلسفة التنفيذ العقابي المعاصر، كما تناولت الدراسة أحكامها العامة، وتلك الأحكام الخاصة التي تستلزمها التشريعات لتنفيذها، وما يعترض هذا التنفيذ من معوقات عملية، وخلصت إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها بما يلي:

(١) مغرس، زوجات يختلين بأزواجهن خلف أسوار السجن في ظروف مهينة، مقال متاح على الموقع الالكتروني: .https//www.maghress.com/agair24/13537

(أولا) النتائج:

(الأولى) الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية تعني حق النزيل في الاختلاء بزوجه الشرعي لممارسة العلاقة الجنسية، وقد أقرت غالبية التشريعات هذا الحق مع تقييده باشتراطات قانونية معينة، وذلك استجابة للتطور الذي طرأ على السياسة العقابية المعاصرة، مع أن الفقه الإسلامي كان له فضل السبق في تقريرها منذ العهود الاولى للإسلام.

(الثانية) تتخذ الخلوة الشرعية صورة من أثنين هما: الخلوة الشرعية أو الجنسية الداخلية التي تُنفذ في أمكنة خاصة وملائمة داخل أسوار المؤسسة العقابية، والخلوة الخارجية التي يتم تنفيذها في مناخها الطبيعي المتمثلة في منح النزيل تصريح خروج مؤقت من المؤسسة العقابية، وفق اشتراطات قانونية محدّدة، لزيارة زوجته وأهله لذات الغاية، وقد أخذ التشريع الأردني بالصورة الأولى دون الثانية.

(الثالثة) أجازت بعض الدول الأجنبية ما يُعرف بالخلوة الجنسية لنزلاء المؤسسات العقابية، وبصورتيها الداخلية والخارجية، وهي تماثل الخلوة الشرعية، غير أنها أجازتها في غير إطار العلاقة الزوجية، إذ أقرتها بعض الدول للنزيل مع زوجته أو غيرها من الصديقات والبغايا، من منطلق أن الحرية الجنسية للنزيل تساهم في إصلاحه وتأهيله.

(الرابعة) لم تنهج التشريعات العقابية ذات النهج في تحديد شروط الخلوة الشرعية، فهي وإن أجمعت على أن الخلوة في المؤسسات العقابية العربية تتقرر لطائفة المتزوجين من النزلاء، إلا إنها اختلفت بعد ذلك في تحديد طائفة النزلاء الذين تتقرر لهم الخلوة فيما إذا كانوا من المحكومين فحسب، أم من طائفة الموقوفين أيضاً.

(الخامسة) تساهم الخلوة الشرعية في الحدّ من الآثار السلبية التي يعاني منها النزلاء لتنفيذهم عقوباتهم في المؤسسات العقابية، وتلعب دوراً لا يمكن إنكاره في تحقيق الغرض الاصلاحي والتأهيلي لعقوبة سلب الحرية، إلا أن تنفيذها يصطدم بمعوقات عملية يتصدرها ازدحام المؤسسات العقابية بالنزلاء، بالإضافة الى المعوقات الاجتماعية والاقتصادية الاخرى، مما يتعين ايجاد الحلول اللازمة لها لضمان تحقيق الغاية من الخلوة الشرعية على الوجه الاكمل.

(ثانياً) التوصيات:

(الأولى) من الأهمية بمكان إعادة النظر في نص المادة "٢٠" من قانون مراكز الإصلاح والتأهيل الأردني؛ والتعليمات الصادرة بموجبها، وذلك باتجاه تضمينها ما يلي :

(١) إدخال صورة الخلوة الشرعية الخارجية المتمثلة في منح تصاريح الخروج المؤقت من المؤسسة العقابية للنزيل المتميز بحسن سلوكه وتدني خطورته الإجرامية، وهي صورة مناسبة لتشريعنا العقابي، وستلقى تأييداً واسعاً من قبل الرأي العام في المجتمع، والنزلاء أيضا، وذلك لما تحققه هذه الصورة من مزايا جعلتها الصورة المفضلة لدى الاتجاه الغالب في الفقه.

(٢) إقرار الخلوة الشرعية لطائفتي النزلاء المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية وللموقوفين أيضا، إذ إن نهج السلوك الحسن في المؤسسة العقابية مطلوب من كلتا الطائفتين، كما أن الرغبة الجنسية متوفرة لدى كل منهما، وحرمان الموقوف المتزوج من الخلوة الشرعية قد يقوده إلى الانحراف الأخلاقي في الغالب لا سيما إذا كانت مدة توقيفة طويلة نسبياً، بالإضافة إلى أن أهمية معاملته على أساس افتراض براءته من التهمة المنسوبة اليه ريثما يصدر بحقه حكم قضائي نهائي تقتضي عدم حرمانه من حقه في الخلوة الشرعية.

(٣) تحديد المدة الدنيا التي يتوجب على النزيل قضائها في المؤسسة العقابية لتقرير خلوته الشرعية بأربعة أشهر، وما لا يزيد عن خلوة واحدة في الشهر ولمدة ثلاث ساعات، وذلك لاعتدال هذا التحديد؛ إذ أن تحديدها بأقل من ذلك يخل بالنظام العقابي ، ويثقل كاهل الإدارة العقابية بمستلزمات الخلوة، وتحديدها بأكثر من هذا الحد من شأنه أن يفّوت الغاية المرجوة منها، اذ ليس بمقدور النزيل الصبر على الحرمان الجنسي ما يزيد عن هذه المدة، مما قد يدفعه إلى الانحراف الأخلاقي من جديد في المؤسسة العقابية، بالإضافة لما يترتب على ذلك من أضرار لزوجه نظراً لطول المدة الزمنية .

(٤) إسناد مهمة تقرير الخلوة الشرعية للنزلاء بصورتيها الداخلية والخارجية، والتحقّق من شروط استيفائها للسلطة القضائية؛ وتحديداً قضاء التنفيذ، بحيث يختص قاضي التنفيذ بمنحها أو منعها، ذلك أن الخلوة وان كانت مقيدة بشروط فهي حق من حقوق النزيل، واحترام حقوقه بشكل عام يدخل في الاختصاص الطبيعي لجهة القضاء، وليس للسلطة الإدارية التي قد تتعسف بتقرير هذا الحق، إلا إنه وبحكم دورها الهام في تنفيذ الجزاء الجنائي، وقربها الدائم من النزيل ومعرفتها بسلوكه، فمن المناسب أن تناط بها مهمة إطلاع القاضي على سلوك النزيل من خلال ما ترفعه إليه من تقارير، حيث يكون بمقدور القاضي بما لديه من بصيرة قضائية أن يزنها، ويصدر قراره بشأن الخلوة الشرعية للنزيل، وهذا الأصوب والاصون لحماية حق النزيل من احتمال تعسف الإدارة في ذلك.

(الثانية) ضرورة تذليل كافة المعوقات العملية التي تعترض سبيل تنفيذ الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية، فأصبح من الواجب إيجاد حل لمشكلة ازدحام هذه المؤسسات بالأعداد الكبيرة من نزلائها، وذلك بتوجيه القضاء إلى الحكم ببدائل سلب الحرية ما أمكن، ورصد المبالغ المالية

اللازمة للتوسع في المؤسسات العقابية وإنشاء أخرى جديدة، واستحداث ما يلزم من أماكن الخلوة الشرعية وفق المعايير الحديثة، وبما يكفل تنفيذ الخلوة فيها على أكمل وجه؛ وكذلك أهمية اضطلاع الإدارات الحكومية والخاصة ذات العلاقة، ووسائل الأعلام المختلفة لا سيما الرسمية منها القيام بدورها في تنوير القائمين على الإدارات العقابية، والرأي العام المجتمعي أيضا بأهمية الخلوة الشرعية، ومدى إسهامها الحقيقي في تأهيل وإصلاح النزلاء، لما لها من مزايا جمة، لتقبلها كأساس للمعاملة الإصلاحية في المؤسسات العقابية.

(الثالثة) توجيه الاهتمام نحو فئة النزلاء غير المتزوجين في المؤسسات العقابية سواء كانوا من العزاب أو المطلقين أو الأرامل، لإخضاعهم لبرامج تأهيلية إصلاحية لتنمية ثقافة التدين والاحترام لديهم، وهذه البرامج تخضع لها كلتا الطائفتين: المتزوجون، وغير المتزوجين، إلا ان التركيز فيها على الطائفة الأخيرة يكون أكثر، مع أشغال أوقات فراغهم بممارسة الأعمال الرياضية وتلك التي تعود بالمنفعة العامة لصالح المؤسسة العقابية، وفي هذا إبعاد لهم عن السلوكيات الأخلاقية الشاذة، لا سيما وان النسبة الغالبة منهم في طور الشباب ويتميزون بالحيوية والنشاط.

(الرابعة) تعديل نص المادة "٢٠" سالفة الذكر على هدي مما سبق، وان تأخذ مكانها في إطار المادة "٣٤" الخاصة بالمعاملة التشجيعية للنزلاء، في قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، وان يكون النص التشريعي المقترح على النحو الاتي:

(١) لكل نزيل موقوف أو محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، حسن السيرة والسلوك، أمضى في المركز مدة أربعة أشهر فأكثر، الاختلاء بزوجه الشرعي، مره كل شهر ولمدة ثلاث ساعات، بعد حصولهما على تقرير طبي يشعر بخلوهما من الأمراض السارية أو المعدية، في مكان ملائم ومنعزل يخصص لهذه الغاية في المركز؛ ووفق تعليمات يصدرها المدير.

(٢) تمكين النزيل حسن السيرة والسلوك الذي قضى نصف مدة عقوبته التي تزيد عن سنة، تصريح زيارة عائلية خارج المركز، بغرض الخلوة الشرعية، لمدة أربع وعشرين ساعة كل ستة أشهر، على ان لا يكون في ذلك خطر على الأمن العام، ووفق ضمانات تكفل عودته للمركز.

(٣) يختص قاضي تنفيذ العقوبة الذي يقع في دائرة اختصاصه مركز الإصلاح والتأهيل، بالنظر في طلبات الخلوة الشرعية للنزلاء وفق ما ورد بالفقرتين السابقتين، مع الاستئناس برأي إدارة مراكز الإصلاح والتأهيل قبل الفصل في الطلب.

ولئن كانت هذه الدراسة قد تناولت موضوعاً هاماً من موضوعات المعاملة العقابية لنزلاء المؤسسات العقابية؛ التي تعكف السياسة العقابية المعاصرة على تطويرها بما يتلاءم مع تحقيق أهداف وغايات العقوبات السالبة للحرية، فإن ما تم استعراضه فيها ما هو إلا جزء يسير لمعالجة موضوع على قدر من الأهمية ما زال بحاجة إلى المزيد من البحث لضمان تنفيذ الخلوة الشرعية؛ بما يحقق الغاية المنشودة منها في الإصلاح والتأهيل، وبالله التوفيق.

المراجع

أولاً – باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب / تحقيق انيس إبراهيم وآخرون.

محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة علوم القرآن، دار عمان.

ب- المراجع المتخصصّة

د. أحمد عبد اللاه المراغي، المعاملة العقابية للمسجونين / دراسة مقارنة في النظام العقابي الوضعي، والنظام العقابي الإسلامي، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦.

د. أحمدعبداللاه المراغي، أصول علم العقاب الحديث، ج٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦.

د. أيمن رمضان الزيني، العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، ط١، القاهرة، ٢٠٠٣.

د. رمسيس بهنام، الكفاح ضد الإجرام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

د. سعود بن ضحيانالضحيان، العوائق الإدارية والتنظيمية والاجتماعية التي تؤثر على مصداقية البيانات المتعلقة بالبحوث المرتبطة بالمؤسسات العقابية للباحثين /معوقات استخدام البحث العلمي في مجال الجريمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠١.

د. سعيد بن مسفر الوادعي، فقه السجن والسجناء، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤.

د. سمير عالية، مبادئ علوم الإجرام والعقاب والسياسة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩.

د. عبدالله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبدائل للعقوبات السالبة للحرية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٣.

د. عبدالله عبد الغني غانم، مشكلات أسر السجناء ومحددات برامج علاجها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، ٢٠٠٩.

د. عبدالله عبد الغني غانم، أثر السجن في سلوك النزيل، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، ١٩٩٩.

د. عطية مهنا، الأثار الاجتماعية للحبس قصير المدة على المحكوم عليه وأسرته، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، ١٩٩٩.

د. عمار عباس الحسيني، مبادئ علمي الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

د. محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.

د. محمد عبدالله الوريكات، أصول علمي الإجرام والعقاب، ط٥، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٩.

د. محمد عبدالله الوريكات، النظم البديلة لعقوبة سلب الحرية/ دراسة مقارنة، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٧.

د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.

د. مصطفى العوجي، التأهيل الاجتماعي في المؤسسات العقابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

د. يوسف حسن يوسف، حقوق السجناء والمعتقلين في القوانين الدولية والقانون الإنساني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.

د. مضواح بن محمد آل مضواح، المنفعة المستقبلية للعقوبات الجنائية من منظور إصلاحي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٩.

ج- الرسائل العلمية:

الأستاذ حسين هايل الحكيم، السجون ومدى ملاءمتها لأغراض العقوبات السالبة للحرية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة ،٢٠١٠.

الأستاذ سفير بن مسفر الجعيد، تقييم تجربة الخلوة الشرعية لنزلاء السجون، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٨.

الأستاذة رانيا محمد الحسن، الصحة النفسية لدى النزلاء وعلاقتها ببعض المتغيرات، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الرباط الوطني، السودان،٢٠١٦.

الأستاذة جودي زوليخة وقادري كريمة، إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمسجونين في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بجاية، الجزائر، ٢٠١٥/٠١٤.

د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الأنسان في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه منشورة، دار الجامعيين، الإسكندرية، ٢٠٠٢

د. فهد الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، رسالة دكتوراه منشورة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠.

د. محمد سيف النصر عبد المنعم، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

د. محمد ظاهر القيسي، دورانقاص العقوبة في إصلاح الجاني وتأهيله، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠١٠.

د- الأبحاث العلمية:

الاستاذ بخوش خالد، الخلوة الشرعية في المؤسسات العقابية بين المبدأ القانوني والممارسة الواقعية، مجلة جيل للدراسات المقارنة، العدد الثالث، يناير ٢٠١٧.

الاستاذة نهلة المومني، نزيلات مراكز الإصلاح والتأهيل في الأردن بين المعايير الدولية والواقع العملي، منشورات المركز الوطني لحقوق الانسان، عمان، ٢٠١٤.

د. حمود سالم العليمات وآخرون، المشكلات التي يواجهها نزلاء مراكز الإصلاح والتأهيل واحتياجاتهم في الأردن، مجلة دراسات للعلوم الإنسانية والاجتماعية /الجامعة الأردنية، العدد ٢٦، مارس ٢٠١٧.

د. عبد الاله محمد النوايسة، حق السجين في الخلوة الشرعية في النظامين العقابيين الاسلامي والوضعي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد٣٣، يناير٢٠٠٨.

د. عبد الحافظ يوسف ابو حميدة، حق السجين في الخلوة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الاردني، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير ٢٠١٢.

د. علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد، قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة، بحث مقدم لمؤتمر حماية الأسرة بين الواقع والقانون، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية–عمان، ما بين ٢٠–٢٠١٠/٤/٢١.

د. نائلة سليمان الصرايرة و د. عباطة ضبعان التوايهة، المثلية الجنسية والعنف الجنسي لدى نزلاء ونزيلات مراكز الإصلاح والتأهيل في الأردن، المجلة الاجتماعية للعلوم الاجتماعية /الجامعة الأردنية، المجلد ٨، العدد ٢، ٢٠١٥ .

هـ– المواقع الإلكترونية:

1- http://www.alghad.com
2-http://aje.sa/6tybry
3- http://www.yel.org/froum/threads/1/2045
4-http://www.maatpeace.org/old/nodel/1693.
5- http://www.maatpeace.org/old/nodel/1693.
6- http://www,layyar.org/news/print/70641.
7-http://www.atheer.om/archives/461744.
8-http://www.gerasa news.com/article/31687.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

Klara, (H.J), people in prison, pitman publisluing, London,1973.

MMe, perin , La sexual iteen prison, R. penit , no1, 1985.

Riedsueititues, crime and criminolog, 2ed, holt Rinehart and Winston New York, 1976.

طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن وأثرها على تحقيق وظائفها من وجهة نظر الحزبيين وغير الحزبيين

د. سلطان ناصر القرعان *

د. هيثم محمد عدوس **

أ. فاطمة عادل حسين***

تاريخ تقديم البحث:٩/١٠/٢٠١٩م. **تاريخ القبول:٣/٢/٢٠٢٠.**

ملخص

هدفت الدراسة إلى التعرف على طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية الأردنية، وأثر ذلك على تحقيق الوظائف المتوقعة منها. وذلك من خلال الأسلوب الكمي، بحيث تكونت عينة الدراسة من (١٤١) مفردة من الأمناء العامين للأحزاب السياسية وأعضاء مجلسي الأعيان والنواب، تم اختيارهم باستخدام عينة متعددة المراحل. وقد توصلت الدراسة الى مجموعة من النتائج أهمها:

أولا: على الرغم من التعاون والتنافس بين الأحزاب السياسية إلا أنها في الغالب، تميل إلى الصراع لدرجة تعطيل أعمالها ونشاطاتها، كما أنها تقوم بتحقيق وظائفها بدرجة قليلة.

ثانيا: أظهرت الدراسة أن أفراد العينة من الحزبيين يرون بأن طبيعة العلاقة بين الاحزاب السياسية علاقة تعاونية أكثر منها علاقة صراع، والعكس يرون غير الحزبيين أن طبيعة العلاقة علاقة تصارعية أكثر منها تعاونية.

ثالثا: يوجد علاقة طردية بين طبيعة العلاقة التعاونية والتنافسية بين الأحزاب السياسية من جهه وبين تحقيق وظائفها من جهه أخرى، في حين يوجد علاقة عكسية بين طبيعة العلاقة التصارعية بين الأحزاب السياسية من جهه وبين قدرتها على تحقيق وظائفها من جهه أخرى.

الكلمات الدالة: الأحزاب السياسية، التعددية السياسية، التنافس، التعاون، الصراع

* قسم الإعلام والدراسات الاستراتيجية، كلية الآداب، جامعة الحسين بن طلال، المملكة الاردنية الهاشمية.

** كلية الاقتصاد والادارة، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية.

*** ماجستير في العلوم السياسية، باحثة في مجلس النواب الأردني

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Nature of the Relationship between Political Parties in Jordan and its Impact on Achieving its Functions from Partisans and Non-Partisans Perspective

Dr. Sultan Naser AL-Quraan

Dr. Haytham Mohammed Adouse

Fatima Adel Hussein

Abstract

This study aimed to identify the nature of the relationship between the Jordanian political parties and its impact on achieving its multiple functions. Using a quantitative method, (141) general secretaries of political parties and members of parliament and senate, are involved in the sample of our study. They were selected using a multi-stage sample.

The study reached a set of results, the most important are:

First, despite the cooperation and competition between political parties, they often tend to struggle that disrupting their activities and functions.

Second, partisans believe that the nature of relationship between political parties is a cooperative rather than competitive, and vice versa, non-partisans believe that this nature is a competitive relationship rather than a cooperative relationship.

Third, there is a direct link between the nature of the cooperative and competitive relationship among political parties on the one hand and the realization of their functions on the other. While there is an inverse link between the nature of the conflict relationship among political parties on the one hand and their ability to realize their functions on the other hand.

Keywords: political parties, political pluralism, competition, cooperation, conflict

المقدمة:

شهد الأردن حركات إصلاحية، وعمليات تنمية وتحديث نابعة من تصورات ورؤى فكرية لملك البلاد، تمثلت هذه الأفكار في بناء نظام سياسي ديمقراطي يعتمد على التعددية الحزبية والسياسية. ففي إطار هذه العملية التي يسعى اليها الأردن تأتي أهمية تنمية وتطوير دور الأحزاب السياسية لتصبح الأداة الفعالة لإيجاد نظام للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، الأمر الذي يساعد على تحويل الانقسامات المتعارضة داخل المجتمع إلى انقسامات طبيعية منظمة من خلال قيامها بعدد من الوظائف التي تتسم بالتنافس والتعاون حتى نصل إلى مرحلة تعزيز وترسيخ العملية الديمقراطية.

وقد أكد بعض الباحثين على أنه يوجد علاقة وطيدة بين تصنيفات النظم السياسية والنظم الحزبية، إذ أن تعدد الأحزاب السياسية يرتبط بالنظم الديمقراطية، في حين ترتبط النظم الشمولية والدكتاتورية بنظام الحزب الواحد أو عدم وجود أحزاب سياسية وتعتبر التعددية الحزبية الصيغة الملائمة لاستيعاب التعدد الثقافي والاجتماعي وتحويله إلى نموذج توازن واستقرار على جميع المستويات في المجتمع.

وحتى تقوم الأحزاب السياسية بوظائفها المتمثلة بالتنمية السياسية والتجنيد السياسي والتنشئة السياسية والمشاركة السياسية، لا بد أن تتصف هذه الأحزاب بالمؤسسية السياسية، بالإضافة إلى العدد المثالي للأحزاب السياسية في النظام السياسي، وطبيعة العلاقة بين هذه الأحزاب. ومن هنا فقد جاءت هذه الدراسة لتحليل العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن وتفسير أثرها على تحقيق وظائفها المختلفة.

أهمية الدراسة وهدفها:

تنبع أهمية الدراسة من عدة اعتبارات علمية وعملية، اذ اكتسبت هذه الدراسة أهميتها من أهمية عملية الاصلاح والتنمية السياسية، وكذلك من دور الأحزاب السياسية في هذه العمليات. كما اكتسبت أهميتها أيضا من معرفة طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن وخاصة مع هذا التعداد الكبير الذي قد يكون عائقا أمام عملية التحول الديمقراطي والتنمية والتحديث وأمام تحقيق وظائفها المختلفة. وتكتسب هذه الدراسة أهميتها أيضا من خلال النتائج العلمية والمنطقية التي تقدمها لصانع القرار، ولأعضاء الأحزاب وأمنائها العامين، وذلك من أجل تعزيز الإيجابيات لهذه الأحزاب ومعالجة الثغرات والمشاكل التي قد تقف أمام تطورها وصولا إلى احزاب سياسية فعالة قادرة تحقيق الوظائف المرجوة منها.

وقد جاءت هذه الدراسة لتحقيق مجموعة من الأهداف أهمها: معرفة طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن في ظل التعدد الكبير لهذه الأحزاب، ومعرفة مدى تحقيقها لوظائفها المختلفة. هذا بالإضافة إلى معرفة أثر العلاقة بين الأحزاب على تحقيق وظائفها. كما جاءت هذه الدراسة أيضا بهدف التعرف على الاختلاف في طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية، والاختلاف في مدى تحقيقها لوظائفها المختلفة تبعا للاختلاف في الاتجاهات السياسية، والمؤسسة التي ينتمي اليها أفراد عينة الدراسة.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

أكد الكثير من الباحثين على وجود علاقة وثيقة بين الديمقراطية وتعدد الأحزاب، حتى وصل الأمر إلى الاعتقاد بانه لا ديمقراطية بدون أحزاب سياسية. إلا أن تعدد الأحزاب السياسية في الأردن، والذي وصل الى مايقارب ٤٧ حزبا سياسيا اعتبره البعض من العقبات التي تقف عائقا أمام تحقيق وظائفها المختلفة، وقد جاءت هذه الدراسة لتحليل طبيعة العلاقة بين الاحزاب في الاردن، وتبيان أثر هذه العلاقة على قدرتها في تحقيق وظائفها. ومن هنا فقد جاءت مشكلة الدراسة من خلال التساؤلات التالية:

ما هي طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن في ظل التعدد الهائل لها؟

ما مدى تحقيق الأحزاب السياسية في الأردن لوظائفها في ظل التعدد الهائل لها؟

هل يوجد اختلاف في طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، ومستوى تحقيقها لوظائفها، تبعا للاختلاف في العضوية في المؤسسة التي ينتمي إليها أفراد عينة الدراسة؟

ما قدرة طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن على التنبؤ بتحقيق وظائفها؟

فرضية الدراسة:

اعتمدت الدراسة على فرضية رئيسية انبثقت من التساؤلات السابقة كما يلي:

يوجد علاقة طردية بين طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، وبين قدرة هذه الأحزاب على تحقيق الوظائف المتوقعة منها.

المنهج والإجراءات المنهجية للدراسة:

اتبعت الدراسة منهجا علميا، من خلال التكامل ما بين الاقتراب الوظيفي، والاقتراب المؤسسي، جنبا إلى جنب مع الاقتراب الوصفي التحليلي، حيث يرى صموئيل هنتنجتون بأن المؤسسة هي الكيان الذي يضم العديد من الأشخاص كالحزب السياسي، ويكون لديه هدف جماعي يرتبط ببيئة خارجية ويرتبط بالنظام السياسي بمؤسساته المختلفة، ويعطي الاقتراب المؤسسي أهمية للمؤسسات الرسمية وغير الرسمية في تحديد السلوكيات والمخرجات السياسية، بحيث يركز هذا الاقتراب على المؤسسة كوحدة للتحليل، وتغلب فيه النظرة الوصفية، والتاريخية، والدستورية، ويقوم هذا الاقتراب على شرح، وتفصيل وصفي للمؤسسة، ثم إجراء مقارنة بين المؤسسات من حيث التشابه والاختلاف، سواء داخل الدولة أو بين الدول. هذا بالاضافة الى الاقتراب البنائي– الوظيفي الذي صاغه ألموند وزملائه، والذي يركز على النشاطات والوظائف والأدوار كوحدة للتحليل، ويعتبر'آلموند' الاحزاب السياسية كنظم فرعية داخل نظم سياسية تحتوي بداخلها عملية التحول والتي بمقتضاها يقوم بعملية تلقي المطالب أو المدخلات السياسية وتحويلها إلى مخرجات في شكل قرارات سياسية وقوانين. كما أضاف الموند مفهوم القدرة، كمعيار لتحليل ومقارنة أنماط القرارات وتفاعلها مع المحيط الداخلي والدولي[١]. وقد اعتمدت الدراسة على الأسلوب الكمي من خلال أداة الاستبانة لجمع البيانات، وذلك من خلال مجموعة من الخطوات كما يلي:

مجتمع الدراسة وعينتها:

يتكون مجتمع الدراسة من (٢٤٢) مفردة، حيث بلغ عدد الأمناء العامين للأحزاب السياسية(٤٧) شخصا، في حين بلغ أعضاء مجلس النواب (١٣٠) نائبا، كما بلغ عدد أعضاء مجلس الأعيان (٦٥) عينا.

وقد تكونت عينة الدراسة من ١٤١ مفردة من مجتمع الدراسة، حيث تم استخدام عينة متعددة المراحل، في المرحلة الأولى تم تقسيم العينة الى ثلاث طبقات: الأمناء العامون للأحزاب السياسية، وأعضاء مجلس النواب، وأعضاء مجلس الأعيان. وفي المرحلة الثانية تم توزيع الاستبانة على جميع الأفراد المتيسرين من مجتمع الدراسة وكانت خصائص عينة الدراسة كما في الجدول رقم (١).

(١) المنوفي، اصول النظم السياسية المقارنة، ص ص 65-61 ، ص ص١٠١-١١٢

جدول (١) خصائص عينة الدراسة

المتغير		التكرار	النسبة من عينة الدراسة	النسبة من مجتمع الدراسة
المؤسسة	الأعيان	32	22.7	%٤٩
	النواب	82	58.2	%٦٣
	الأمناء العامون للأحزاب	27	19.1	%٥٧
الانتماء الحزبي	الحزبيون	٤٠	٢٨.٤	
	غير الحزبيين	١٠١	٧١.٦	
الكلي		١٤١	%١٠٠	

أداة الدراسة:

تكونت أداة الدراسة من ثلاثة أجزاء: تمثل الأول في المتغيرات الديمغرافية مثل (العضوية في الأحزاب السياسية، والمؤسسة التي ينتمي إليها). وتكون الجزء الثاني من (٢٤) فقرة تقيس طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية، أما الجزء الثالث فقد تكون من (٨) فقرات لتقيس مدى تحقيق الأحزاب السياسية لوظائفها، ولتصحيح الأداة، فقد اعتمد الباحثون على تدريج ليكرت الخماسي.

صدق الأداة وثباتها:

لغرض التحقق من صدق الأداة تم توزيع أداة الدراسة بصورتها الأولية على مجموعة من أعضاء هيئة التدريس في الجامعات من ذوي تخصصات العلوم السياسية، بالإضافة إلى بعض المتخصصين في مجال القياس والتقويم واللغة العربية، وطلب منهم إبداء الرأي حول أهمية كل فقرة وسلامة الصياغة اللغوية ومناسبة الفقرات لعينة الدراسة، ولغرض التحقق من ثبات الأداة فقد تم توزيع الأداة بصورتها النهائية على عينة مكونة من (٢٠) مفردة من مجتمع الدراسة، ومن ثم حساب الثبات اعتماداً على معادلة كرومباخ ألفا (الإتساق الداخلي)، وقد بلغت قيمته للجزء الثاني ٠.٩٠ ، في حين بلغت قيمته للجزء الثالث ٠.٨٨ وهي مقبولة في دراسات العلوم الاجتماعية.

الإطار النظري والدراسات السابقة:

تختلف نظم الأحزاب السياسية عن بعضها من حيث عدد الأحزاب، والحجم، وطريقة التعاون، واستراتيجية كل منهما في العمل، ولفهم طريقة سير عمل النظام السياسي فلا بد من تحليل ومعرفة النظام الحزبي السائد، وعلاقة الأحزاب بعضها ببعض، بالإضافة الى كيفية امتزاج النظام الحزبي بالنظام السياسي للدولة ككل، حيث يوجد ثلاثة أشكال رئيسة للنظم السياسية تتمثل بالنظام الديمقراطي، والنظام الشمولي، والنظام التسلّطي. وقد تعددت التصنيفات لنظم الأحزاب السياسية، حيث صنف الباحثون هذه النظم الى نظم تنافسية، بحيث يوفر هذا النظام عملية التنافس الحر في السوق السياسي، وتشمل نظام تعدد الأحزاب ونظام الحزبين ونظام الحزب المسيطر، ونظم غير تنافسية لا تتيح عملية التنافس ويشمل نظام الحزب الواحد(١).

يتّصف النظام الحزبي في النظم اللاتنافسية بانتفاء أية منافسة ولو نظرية بين الأحزاب السياسية، وذلك إما لوجود حزب واحد فقط، أو لوجود حزب واحد إلى جانب أحزاب شكلية تخضع لقيادته، ويرى بعض الباحثين أن هذا النظام ينتمي إلى نظام الحزب الدولة الذي يطلق على الدول الشيوعية، وبالتالي فإن الحزب يعبر عن الكل، أي انه يمكن ان يتوحد مع الدولة أو يتطابق معها، سواء أكان الحزب هو الذي يستوعب الدولة أم أن الدولة هي التي تستوعب الحزب، ففي كلتا الحالتين يكون نظام الحزب الدولة هو نظام الواحدية(٢)

ويرى دوفرجيه أن نظام الحزب الوحيد ليس إلا تكييفا تقنيا للدكتاتورية المتولدة في إطار ديمقراطي، ويرى أنصار هذا النوع من النظام أن الحزب الوحيد هو الصفوة وهو الرابط للجميع، وهدفه خلق نخبة جديدة وطبقة حاكمة جديدة، وتوحيد الرؤساء السياسين القادرين على تنظيم البلد؛ لان الجماهير لا تستطيع حكم نفسها، ويكون أعضاء الحزب ممثلين في كل أنحاء الدولة وحاضرين في كل مكان من المجالس الوزارية وحتى أصغر لجنة محلية(٣)

وتتصف النظم الحزبية التنافسية بعدم احتكار حزب واحد للسلطة، حيث يوجد أكثر من حزب يتنافس في الانتخابات، وتتمثل هذه النظم في ثلاثة أنواع هي(٤):

---

(١) شرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، ص ص ٢١٩-٢٢١

(٢) حرب، الأحزاب السياسية في العالم الثالث، سلسلة عالم المعرفة (١١٧)، ص ص ١٢٧

(٣) ديفرجيه، الاحزاب السياسية، ترجمة سعد، علي مقلد، ص ص:٢٦٢-٢٦٥

(٤) النعيمات؛ الدروع، أثر النظام الحزبي في الرقابة الإدارية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، ص ص ٣٥-٥٤.

أولا: نظام التعدّد الحزبي، الذي يتصف باتساع نطاق الأحزاب المشاركة في التنافس للحصول على الأغلبية البرلمانية اللازمة لتشكيل الحكومة، الأمر الذي يؤدي بهذه الأحزاب إلى تكوين ائتلاف حكومي بين حزبين أو أكثر في حالة عدم نيل أي حزب هذه الأغلبية. ويعدّ هذا النظام من النظم الداعمة للديمقراطية؛ لأنه يضمن انتقال السلطة وتداولها سلميا عبر صناديق الانتخابات، بالإضافة إلى أنه نشأ وتطور وأخذ صورته الراهنة في مجتمعات رأسمالية متقدمة صناعيا واجتماعيا وثقافيا، وقد كان وليدا طبيعيا لمجتمع حديث صناعي سمحت ظروفه بالتطور التدريجي البطيء.

وينقسم نظام التعدد الحزبي إلى نظم تعددية متطرفة ونظم تعددية معتدلة، حيث يعدّ النظام متطرفا اذا بلغ عدد الأحزاب خمسة أو ستة، ويتصف هذا النوع من النظم بوجود أحزاب معارضة فعالة، ولكنها ليست بالضرورة هي الحزب الثوري، بل انه يعمل من داخل النظام ووفقا لقواعده، كما يتصف هذا النوع من النظم أيضا بوجود تعدد في المعارضة، حيث لا تستطيع الأحزاب في التعددية المتطرفة أن تجمع قواها بل إنه قد تكون أقرب للنظام من المعارضة، أما النظم التعددية المعتدلة فهي النظم التي تقع بين نظام الثنائية الحزبية من ناحية، ونظام التعددية المتطرفة من ناحية أخرى[1].

ويرى دوفرجيه انه قد يكون هناك التباس في تصنيف نظم التعددية السياسية، وخاصة بين تعدد الأحزاب وعدم وجود أحزاب سياسية، حيث الانقسام بين الجماعات في الرأي وخاصة إذا كانت هذه الجماعات غير ثابته، ومائعة، وبدائية، فإنه لا ينطبق عليها المفهوم الحقيقي للتعددية الحزبية، كما إنها لا تستطيع تطبيق الضوابط المميزة بين الثنائية الحزبية والتعددية، حيث لا أحزاب حقيقية موجودة، إلا أن بعض هذه الجماعات تدخل في مرحلة الوسط بين الحزبية وغير الحزبية، حيث يوجد أحزاب شرعية ذات حد أدنى من التنظيم ومن الاستقرار وتجمعات غير ثابته وغير منظمة، وبهذا يضيع الحد الفاصل بين التعددية وانعدام الاحزاب. ويفسر دوفرجيه النزعة إلى التعددية بدون حدود الى التعددية القومية العرقية من خلال تناقض تعدد الأعراق مع التعدد الاجتماعي والسياسي، أو الانقسامات المختلفة من خلال النزعة الفردية وحب الأعضاء للأصالة الشخصية والميل إلى الفوضوية في الطباع[2].

(١) حرب، مرجع سابق، ص١١٩-١٢٠.

(٢) ديفرجيه، مرجع سابق، ص ٢٣٦-٢٤٦

ثانياً: نظام الحزبين الكبيرين، وفي هذا النظام يوجد عدد كبير من الأحزاب الصغيرة، بالإضافة الى وجود حزبينن كبيرين غالباً ما يتبادلان موقع السلطة في النظام السياسي، حيث يوجد قدر كبير من التنافس بين هذين الحزبين للحصول على الأغلبية. ومن الأمثلة على هذا النظام الولايات المتحدة الأميركية وبريطانيا. وقد ساد اعتقاد مؤداه أن هذا النظام يرتبط بتحقيق عدد أكبر من الاستقرار السياسي على أساس أنه يسهم في تقليل درجة المساومات والمناورات الحزبية التي تعتري النظم الحزبية المتعددة [١].

وحول نشوء هذا النظام يستبعد دوفرجيه مجموعة من الأسباب مثل: الشكل الهندسي للبرلمان، وشكل مجلس العموم البريطاني ذي الصفين المتقابلين من المقاعد الداعين إلى الثنائية بحكم وضعهما، وبين شكل نصف المستديرة الفرنسي، حيث يدفع غياب الحدود بين المقاعد إلى تعدد الفروق، ويرى أن التفسير التاريخي أكثر جدية حيث الاعتياد التاريخي على الثنائية الحزبية مائة سنة تقريبا في الولايات المتحدة وبريطانيا، هو عامل أكيد في قوتها، إلا أنه يرى أن النظام الانتخابي هو العامل الأكثر أهمية في تفسير الثنائية الحزبية، حيث أن الاقتراع الأكثري ذا الدورة الواحدة، يساعد على قيام الثنائية الحزبية، كما أنها تتوافق مع القاعدة الاجتماعية[٢].

ثالثا: نظام الحزب المُهيمن، يوجد في هذا النظام أحزاب سياسية كثيرة، وهي أحزاب منافسة للحزب الغالب أو المُهيمن أو المُسيطر، لكن منافستها له هي منافسة نظرية شكلية، حيث يعد هذا النموذج من النماذج الأساسية للأحزاب السياسية في النظم التعدّدية في البلدان النامية، كما يعدّ وجود الأحزاب الصغيرة في هذه النظام كمنافسة قانونية وشرعية، ولكنها غير فعالة للحزب الغالب أو المسيطر، ويمكن القول: إنّ هذا النوع فعليا هو نظام الحزب الواحد الذي لا يحدث فيه انتقال سلمي للسلطة[٣].

وظائف الأحزاب السياسية:

تقوم الأحزاب السياسية بعدة وظائف، بحيث تزيد من أهميتها في النظم السياسية، ففي النظم الديمقراطية الليبرالية تقوم الأحزاب السياسية بالتمثيل السياسي، وعملية الاتصال بين الجماهير والسلطة، وتجميع المطالب، هذا بالإضافة إلى بعض الوظائف التي تقوم بها الأحزاب السياسية في

(١) حرب، مرجع سابق، ص١٢٠.

(٢) ديفرجيه، مرجع سابق، ص ص ٢٢٥-٢٢٧.

(٣) حرب، مرجع سابق، ص ص ١٢٠-١٢١.

الدول النامية كعملية التحديث والتنمية السياسية والتحول الديمقراطي، وسوف يتم عرض وظائف الأحزاب السياسية بشكل عام كما يلي[١]:

أولاً: وظيفة التمثيل السياسي من خلال نشر الأيديولوجيات والأفكار بين هيئة الناخبين، وتقوم الأحزاب السياسية أيضا بمهمه اختيار المرشحين في العملية الانتخابية وتقديمهم للناخبين، بحيث يتحقق نجاح الحزب بقدرتة على التعبير عن المواطنين ومطالبهم[٢].

ثانيا: وظيفة تحقيق الاتصال بين النواب والناخبين وبين الناخبين والحكومة من خلال حضور الاجتماعات والمؤتمرات التي تقوم بها الأحزاب السياسية، بحيث تتلقى الأحزاب السياسية طلبات المواطنين واحتياجاتهم، وينقلونها للحكومة. وتقوم الأحزاب السياسية بتجميع صفوف النواب في المجالس النيابية، بحيث يتم تجميع نواب الحزب الواحد في جماعات برلمانية[٣]

ثالثا: وظيفة تجميع المصالح من خلال تحويل المطالب التي يتلقاها من الجماهير، ثم يقوم ببلورتها وصياغتها في شكل بدائل لسياسة عامة، يسعي الحزب إلى تحقيقها، بحيث تساعد الأحزاب السياسية الحكومة في التقليل من عبء المطالب على مراكز صنع القرار، مما يؤدي إلى تدعيم النظام السياسي والحفاظ علي استقراره واستقرار الرأي العام[٤].

رابعا: وظيفة التجنيد السياسي من خلال إسناد الأدوار للأفراد لتولي المناصب السياسية على مستوي الوظائف السياسية العليا والوظائف الحكومية والوظائف الحزبية. وتتم هذه العملية إما عن طريق تقديم قادة الحزب الأشخاص إلى أعضاء الحزب للموافقة عليها، أو عن طريق عملية انتخابية تقوم على المنافسة داخل الحزب[٥].

خامسا: وظيفة التنشئة السياسية والتكامل الوطني من خلال إدماج العناصر الاجتماعية والاقتصادية والدينية والعرقية والجغرافية في الدولة الواحدة، بحيث يتم تلقين الفرد مجموعة القيم والمعايير

(1) Sartori,G, parties and party system ,pp 24-25

(٢) شرقاوي، مرجع سابق، ص ص ٢٠٧-٢٠٩.

(٣) نفس المرجع، ص٢١٠.

(4) almond. G. and powell, G. B, Comparative politices A developmental approach p98

(٥) المنوفي، مرجع سابق، ص ص ١٩٧-١٩٨.

والاتجاهات السياسية التي يتم من خلالها خلق ثقافة سياسية جديدة أو الإبقاء على الثقافة السياسية القديمة(١).

سادسا: وظيفة المشاركة السياسية وحل أزمة الشرعية، عندما تعجز المؤسسات السياسية القائمة في المجتمع عن الاستجابة للمطالب، تقوم الأحزاب السياسية عن طريق المشاركة في السلطة في التخفيف من هذه الأزمات، حيث تمثل الأحزاب السياسية أداة مهمة في توطيد أركان السلطة الشرعية من خلال حشد التأييد الجماهيري له، وإقامة مظلة واسعة من العلاقات المتشابكة. يقدم الحزب السياسي للمواطنين طريقة لتنظيم وتجميع أنفسهم لممارسة التأثير علي السلطة السياسية(٢).

التجربة الحزبية في الأردن:

بدأت الحياة الحزبية في الأردن قبل إعلان تأسيس إمارة شرق الأردن عام ١٩٢١. ففي عام ١٩١٩ انتظم بعض الأردنيين في حزب الاستقلال السوري الذي أنشئ فرع له، عندما أُنشئت إمارة شرقي الأردن، وشارك بعض أعضائه في أول حكومة أردنية برئاسة رشيد طليع عام ١٩٢١. ثم توالى بعد ذلك تأسيس الأحزاب السياسية في الأردن مطالبة بالاستقلال ومقاومة الانتداب البريطاني والرفض للمعاهدات التي تنتقص من استقلال البلاد، ومن الأحزاب التي ظهرت بعد ذلك حركة الإخوان المسلمين عام١٩٤٣، ثم الحزب العربي الأردنـــي/ الجبهة الوطنية ١٩٤٦، وحـــزب الشعب الأردني١٩٤٧، والحزب الشـــيوعي الأردنـــي١٩٥١، وحزب التحرير١٩٥٢، وحركـــة القوميين العرب ١٩٥٢، والحزب الوطني الاشـــتراكي ١٩٥٤ الذي شكّل ما سُمِّي آنـــذاك بالحكومة الوطنية عام ١٩٥٦ برئاسة دولة السيد سليمان النابلسي، ثم جاء بعد ذلك حزب البعث العربي الاشتراكي في آب من عام ١٩٥٥، وصدر قانون الأحزاب الأول للدولة الأردنية في عام ١٩٥٦. وفي عام ١٩٥٧ ونتيجة الظروف السياسية التي طرأت على المشهد السياسي الأردني تم الإعلان عن حالة الطوارئ،

(١) محى الدين، نظام الحزب الواحد، ص ص ١١٠-١١١؛ حرب، مرجع سابق، ص ص١٦٦-١٨٨.
(٢) حرب، مرجع سابق، ص ص ١٧٣-١٨٨

وتوقف النشاط الحزبي حتى عام ١٩٩٢ بعد صدور قانون الأحزاب، وتأسس بناءا على هذا القانون عدد من الأحزاب، حيث كانت لها ارتباطات مع الأفكار والأيدلوجيات التي كانت تتبناها الاحزاب سابقاً، ثم جاء بعد ذلك قانون ٢٠٠٧ وقانون ٢٠١٢. واستنادا لهذا القانون ظهرت الأحزاب بصورة رسمية ووصل عددها إلى ما يقارب ٣٢ حتى ٢٠٠٨/٤/١ حزبا سياسيا وتمحورت هذه الأحزاب في أربعة اتجاهات أو تيارات سياسية هي: التيار القومي والتيار الإسلامي والتيار الليبرالي والتيار اليساري(١).

وعندما انتقل ملف الأحزاب من اختصاص وزارة الداخلية إلى وزارة الشؤون السياسية والبرلمانية صدر قانون الأحزاب رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥ الذي يعمل به الآن، وقد وصل عدد الأحزاب السياسية المرخصة لدى وزارة الشؤون السياسية والبرلمانية تقريبا ما يعادل ٤٧ حزب ضمن التيارات السياسية الأربعة سابقة الذكر. وقد عالج هذا القانون حرية تأسيس الأحزاب السياسية من خلال إعطاء الأردنيين هذا الحق، بحيث يجوز لخمسة من الأردنيين على الأقل تأسيس حزب سياسي من خلال إخطار رئيس لجنة شؤون الأحزاب المشكلة وفقا لأحكام هذا القانون خطيا بتلك الرغبة، مبينا الأفكار الأولية؛ ليتمكنوا من ممارسة نشاطاتهم. علما بأنه لا يجوز تأسيس الحزب على أسس دينية، أو طائفية، أو عرقية، أو فئوية، أو على أساس التفرقة بسبب الجنس، أو الأصل. ومن المآخذ على حرية تأسيس الأحزاب السياسية في الأردن انه لا يجوز أن يعلن الحزب عن نفسه أو يمارس أي نشاط إلا بعد الإعلان عن تأسيسه، وبعد الإعلان عن تأسيسه يتمتع بشخصية اعتبارية، ولا يجوز حله؛ إلا وفق أحكام نظامه الأساسي، أو بقرار قضائي وفقا لأحكام القانون. ولا يجوز مراقبة أنشطته، ومقار، ووثائق، ومراسلات الأحزاب السياسية في الأردن؛ إلا بقرار قضائي، بحيث يتم تفتيش مقر الحزب بقرار من المدعي العام وبحضوره، وحضور ممثل عن الحزب(٢).

(١) مصالحة، التجربة الحزبية السياسية في الأردن، ص ص١٠٥-١١٨.
الثبيتات، المحور السياسي، التربية الوطنية، ص ص ١٤٢-١٤٧.
(٢) قانون الأحزاب الاردني ٢٠١٥، http://www.moppa.gov.jo.

وقد اتسمت الأحزاب السياسية في الأردن بالسمة العشائرية والطابع الشخصي، بالإضافة إلى تدني درجة المؤسسية وغياب الترابط بين وحدات الحزب الداخلية، وسيطرة الشخصانية على قراراتها ومسيرتها، حيث أنها تأثرت بالموروث القديم مما جعل المواطن يبتعد عنها، الأمر الذي أدى إلى ضعفها[١].

الدراسات السابقة:

إن المتتبع للدراسات السابقة التي درست وحللت الأحزاب السياسية، ليجد مجموعة من الدراسات التي تناولتها بطرق مختلفة، وسوف نعرض بعضها حسب التسلسل الزمني ضمن مجالين: أولها الدراسات التي تناولت الأحزاب في الأردن، وثانيها الدراسات التي تناولت الأحزاب غير الأردنية؛ اذ تناولت دراسة العزام[٢] اتجاهات الأردنيين نحو الأحزاب السياسية، حيث جاءت هذه الدراسة لمعرفة دور الأحزاب السياسية في عملية التنمية السياسية وعن المعوقات والعقبات التي تعترض طريقها في هذه العملية. وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: وجود علاقة عكسية بين العمر وبين الإتجاهات السلبية للأحزاب السياسية، وتبين نتائج الدراسة سلبية اتجاهات أفراد العينة نحو الأحزاب السياسية بشكل عام، وأن الأحزاب السياسية كانت قاصرة عن لعب دور في التنمية السياسية، كما أنها لم تنجح في بناء ثقافة سياسية حزبية إيجابية تعزز وجود النظام الحزبي. كما أكدت دراسة الحسامي[٣] هذه النتائج من خلال داسته حول دور الأحزاب السياسية الأردنية في عملية التنمية السياسية في الأردن للفترة الواقعة بين ١٩٨٩-٢٠٠٨ ، حيث توصلت إلى مجموعة من النتائج أهمها: ضعف دور الأحزاب الأردنية في عملية التنمية السياسية، وذلك بسبب الإرث الثقافي السلبي للأحزاب بالإضافة إلى الصورة السلبية للأحزاب السياسية التي عززتها وسائل التنشئة الإجتماعية والسياسية، وضعف الموارد المالية للأحزاب، والذي أثر بشكل سلبي على دورها في عملية التنمية السياسية. وقد جاءت

(١) العزام، اتجاهات الاردنيين نحو الاحزاب السياسية، دراسات: العلوم الانسانية والاجتماعية ص ص ٢٤٤- ٢٦٣.

(٢) العزام، مرجع سابق، ص ص ٢٤٤-٢٦٣.

(٣) الحسامي، الاحزاب السياسية الاردنية، رسالة ماجستير.

دراسة النهار[١] بهدف تحليل مشاركة الاحزاب السياسية في الحياة السياسية الأردنية ومدى مشاركتها في الانتخابات البرلمانية لعام ٢٠٠٧ وتأثيرها في العملية الديمقراطية. وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: أن الحالة الاجتماعية والاقتصادية أثرت بشكل مباشر على الأحزاب السياسية في الأردن، حيث ان التمثيل البرلماني ارتبط بالتمثيل الاجتماعي، ويذكر الباحث أنه على الرغم من وجود أحزاب سياسية منذ إنشاء الأردن إلا أنها ما يزال تأثيرها محدودا على الحياة السياسية والبرلمانية، وذلك بسبب البيئة القانونية للأحزاب والعوامل الاجتماعية بالإضافة إلى أسباب تعود على الأحزاب نفسها.

أما دراسة الشرعة والثبيتات وجرار[٢] فقد جاءت بهدف تحديد مستوى الوعي السياسي بين الأمناء العامين للأحزاب السياسية في الأردن نحو مفهوم الإصلاح السياسي، بالإضافة إلى معرفة الاختلاف في مستوى هذا الوعي تبعا لبعض المتغيرات المستقلة (الجنس، والعمر، ومستوى التعليم، ونوع العمل، ومدة العضوية في الحزب، والمدة كأمين عام، ونوع الحزب). وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: أن الأمناء العامين للأحزاب السياسية لديهم درجة عالية من الوعي نحو الإصلاح السياسي في الأردن، حيث أن لهم خبره سياسية عاليه من خلال العمل في المنظمات السياسية المختلفة، وأظهرت نتائج الدراسة أنه يوجد اختلاف في مستوى الوعي تبعا للجنس، والعمر، والمستوى التعليمي، والمستوى الاقتصادي، ولصالح الذكور، الذين أعمارهم أكثر من ٤٥ سنة، المستوى التعليمي الاعلى، المستوى الاقتصادي الأعلى. في حين جاءت دراسة العيادات[٣] حول دور الاحزاب السياسية في الثورات العربية بهدف تحليل دور الأحزاب السياسية في ضوء عمليات الانتقال الإقليمية منذ الانتفاضات العربية، حيث يرى الباحث أن التاريخ السياسي والتركيب الاجتماعي والثقافي للمنطقة يمكن أن يساعد في شرح الكثير من ان التعبئة الشعبية في العالم العربي في أعقاب الثورات

(1) Nahar, GH. The Impact of Political Parties on the 2007 Jordanian Parliamentary Elections,121-133.

(3)Al-Sharah, M., Althubetat, Q., Jarrar, A., The Level of Political Reform Awareness in Jordan from the Perspective of Jordanian Political Parties' ,p.p 1-11.

(3) Eyadat, Z., A Transition without Players: The Role of Political Parties in the Arab Revolutions, P.P 160-175

العربية، أخذت مكانا خارج السياسة المؤسسية، وقد توصل الباحث الى مجموعة من النتائج أهمها: أن دور الأحزاب السياسية في مصر وتونس محدود وضعيف فيما يتعلق بإدارة الثورات المتمثلة بالربيع العربي.

ومن الدراسات كذلك، دراسة مارتينز[١] حول نبوءة الأردن الذاتية وأثر إنتاج أحزاب سياسية ضعيفة على الديمقراطية في الأردن، إذ يرى الباحث أن الأحزاب السياسية نشأت في نظام هجين بين الديمقراطي والاستبدادي. ويرى الباحث أن ضعف الأحزاب السياسية في الأردن يجعلها غير مستعدة لعملية التحول الديمقراطي، هذا بالإضافة إلى أن المعارضة القانونية مهددة وغير كفؤة، الأمر الذي يجعل من الإصلاحات السياسية في النظام السياسي الأردني عشوائية.

وهناك مجموعة من الدراسة الاجنبية التي تناولت الأحزاب السياسية مثل دراسة ستانير[٢] حول مدى استخدام الإنترنت من قبل الأحزاب السياسية البريطانية في الانتخابات العامة لعام ٢٠٠٥، وقد توصل الباحث إلى أنه يوجد تحول مستمر للحملات الانتخابية الإلكترونية، حيث أن الأحزاب السياسية الرئيسة كانت سريعة في محاولة استغلال التكنولوجيا الجديدة في تعبئة مؤيديها وإقناع الناخبين المترددين على مدار ثلاث حملات انتخابية ١٩٩٧/ ٢٠٠١ / ٢٠٠٥. كما جاءت دراسة أوسي[٣] حول الأحزاب السياسية في غانا لمعرفة هل الأحزاب السياسية تعدّ أداة داعمة للديمقراطية؟ وهل تقوم بوظائفها مثل: صياغة السياسات، وتجميع المصالح، والتكامل الاجتماعي، وتوظيف النخبة. وتوصلت إلى مجموعة من النتائج أهمها: أن غانا من أنجح الديمقراطيات في إفريقيا، وأن الأحزاب فيها قوية نسبياً، وتقوم بتعبئة أعداد كبيرة من الناخبين، وتجميع المصالح وتوظيف النخبة.

أما دراسة فينيندال[٤] فقد جاءت لتبيان فيما إذا كانت جمهورية بالاو قادرة على ممارسة الديمقراطية بدون أحزاب سياسية؟ ويقول الباحث: إنه يوجد اعتقاد لدى الكثير من الباحثين في العلوم

(2)Martinez, J. Jordan's self-fulfilling prophecy: the production of feeble political parties and the perceived perils of democracy, P.P 356-372.

(3)Stanyer, J., Political Parties, the Internet and the 2005 General Election: From Web Presence to E-Campaigning?, P.P 1049-1065.

(4)Osei, A. Political parties in Ghana: agents of democracy? P.P 543-563

(1)Veenendaal, P. How democracy functions without partie , p.p 27-36

السياسية أن الأحزاب السياسية عنصر ضروري للديمقراطية، إلا انه في الواقع غير صحيح، حيث تعمل ست ديمقراطيات جزرية صغيرة في المحيط الهادئ بدون أحزاب، ويبين الباحث عدة تفسيرات لغياب الأحزاب في هذه البلدان من خلال تقديم تحليل نوعي قائم على المقابلة لإحدى هذه الديمقراطيات، وتشير نتائج الدراسة إلى أن كلاً من الحجم والثقافة، يسهمان في عدم وجود أحزاب في بالاو، وأن دور الأحزاب يتحقق من نواح كثيرة بواسطة الهياكل العشائرية، ووجد الباحث أن غياب الأحزاب في بعض الأمور يضعف أداء ديمقراطية بالاو، إلا أن المشاركين في الاستطلاع يشيرون بشكل متناقض إلى أن القيادة التقليدية غير المنتخبة تسهم بشكل إيجابي في أداء الديمقراطية في بالاو. وقد جاءت دراسة زاباتاباريرو[١] حول كيف تتعامل الأحزاب السياسية مع فجوة التنوع، وما هي الاستراتيجيات المستخدمة في ذلك، إذ يفترض الباحث أن الأحزاب السياسية لا يمكن ان تكون محايدة مع وجود التنوع، وخاصة في عمليتي المشاركة والتمثيل؛ لذا فان الأحزاب السياسية تستخدم استراتيجيات المنطق النفعي مع دمج المهاجرين في الأحزاب السياسية على أي جدال قائم على المساواة وتقاسم السلطة للتعامل مع هذا الأمر.

أما دراسة اوسي واقومور[٢] حول النوع الاجتماعي في الأحزاب السياسية أثناء الانتخابات العامة في غانا لعام ٢٠١٦، فقد توصل الباحثان الى مجموعة من النتائج أهمها: أن الأحزاب السياسية في غانا لم يكن لها دور في تعزيز مشاركة المراة وتمثيلها في المناصب القيادية، كما أن الفجوة بين الجنسين لم تقل في الحزبين المهيمنين (المؤتمر الوطني الديمقراطي، والحزب الوطني الجديد)، الأمر الذي يضعف مكانة الأحزاب السياسية في تعزيز الديمقراطية والمساواة بين الجنسين.

ومن خلال الإطلاع على الدراسات السابقة، تبين أن جميع الدراسات الأجنبية اختلفت عن هذه الدراسة من حيث مجتمع وعينة الدراسة، بالإضافة إلى الإختلاف في الموضوعات التي تناولتها الدراسات السابقة، كما تبين وجود نقاط تقاطع مع بعض الدراسات التي تناولت الأحزاب السياسية في

(2) Zapata-Barrero, R. , How do political parties deal with the “diversity gap”? Democratic deficits and party strategie, Pages 766-786.

(3) Osei-Hwedie, Z & Agomor, Gender in political parties: Ghana's 2016 general elections, Pages 393-411

الأردن، كدراسات حالة، حيث تناولت هذه الدراسات قضايا تتعلق بأدوار الأحزاب ووظائفها وإتجاهات المواطنين حولها، و أما ما يميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة التي تناولت الأحزاب السياسية في الأردن، فهو تناولها بالتحليل لطبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، ومعرفة فيما إذا كانت هذه العلاقة صراعية أم تنافسية أم تعاونية، وتبيان أثر طبيعة هذه العلاقة على قدرة هذه الأحزاب بالقيام بوظائفها المختلفة.

نتائج الدراسة الميدانية وتحليها:

بعد تفريغ الاستبانات ومعالجتها إحصائيا، فقد تم عرض نتائج الدراسة وتحليلها، ولغايات عملية التنظيم، إلى مجموعة من المحاور، بحيث تتفق مع اسئلة الدراسة كما يلي:

أولا: للإجابة عن السؤال البحثي والذي يبحث في معرفة طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن في ظل التعدد الهائل لهذه الأحزاب، فقد تم حساب الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية للفقرات التي تقيس هذا المحور كما في الجدول (٢).

جدول (٢) الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية للفقرات التي تقيس طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية

تكون العلاقة بين الأحزاب في الحالات التالية:	تعاون عن طريق تشكيل لجان وتجمعات وحوارات مشتركة قد تصل للتحالف والاندماج		تنافس حر عن طريق الانتخابات		صراع واختلاف قد يصل الى تعطيل العمل، خاصة عندما تتعارض مصالحها الشخصية	
الفقرات حسب ورودها في الاستبانه	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري
لتشكيل قوائم للترشح للانتخابات النيابية	2.539	1.16200	2.652	1.0350	3.1560	1.32710
لتشكيل لجنة للضغط والتأثير على الأجندة السياسية بشأن قضايا محددة	2.574	1.1725	2.539	1.0178	3.3617	1.34842
لتمرير تشريعات في البرلمان من أجل إصلاحات سياسية	2.595	1.08219	2.581	1.0566	3.2270	1.30038
العلاقة داخل البرلمان للتشاور حول إعطاء الثقة للحكومة	2.624	1.18043	2.588	.98612	3.1631	1.33964
لتشكيل لجنة لمناقشة قضية سياسية أو تشريع أو مسالة متعلقة بالأداء الحكومي أو الإنفاق الحكومي	2.645	1.16579	2.574	.99451	3.2766	1.27675
لتشكيل قوائم للترشح للانتخابات النقابية	2.659	1.24688	2.709	1.0989	3.2766	1.34752
لمناقشة القضايا ذات الاهتمام المشترك	2.723	1.24273	2.808	1.1013	3.3475	1.28166

اللقاءات السياسية غير الرسمية بين مختلف أعضاء الأحزاب السياسية (الاجتماعات العادية أو بالصدفة).	2.971	1.2417	3.063	1.0637	3.2979	1.32958
الكلي	2.666	.85912	2.689	.87686	3.2633	.97270

يتبين من خلال الجدول (٢) أن الغالب على طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية هي العلاقة الصراعية، الأمر الذي قد يصل بهذه الأحزاب إلى تعطيل أعمالها والقيام بوظائفها إذا تعارضت بعض القضايا مع مصالحها الخاصة، حيث بلغ الوسط الحسابي لمجموع الفقرات التي تقيس هذا المجال ٣.٢٦٣٣ وبانحراف معياري ٠.٩٧٢، تلاها الطبيعة التنافسية عن طريق الانتخابات، وبوسط حسابي ٢.٦٨٩ وبانحراف معياري ٠.٨٧٦، وأخيرا العلاقة التعاونية والتحالف بوسط حسابي ٢.٦٦٦ وبانحراف معياري ٠.٨٥٩، وقد كانت جميعها بدرجة متوسطة. ويتبين من الجدول نفسه أنه إذا ارادت الأحزاب السياسية الأردنية القيام ببعض النشاطات أو الأعمال كتشكيل قوائم للترشح للإنتخابات النيابية، والنقابية أو تشكيل لجان للضغط والتأثير على الأجندة السياسية بشأن قضايا محددة، اولتمرير تشريعات في البرلمان من أجل إصلاحات سياسية، وإعطاء الثقة للحكومة، أو لمناقشة القضايا ذات الاهتمام المشترك من خلال اللقاءات السياسية غير الرسمية بين مختلف أعضاء الأحزاب السياسية، فإن طبيعة العلاقة بين هذه الأحزاب تتسم بالخلاف والصراع لدرجة تعطيل هذه النشاطات والأعمال خاصة إذا تعارضت مع مصالحها الشخصية. وهذا واضح من خلال إجابات الأفراد عينة الدراسة حيث يرى أفراد عينة الدراسة أن طبيعة العلاقة وان كانت تميل إلى الصراع إلا أن التنافس والتعاون أحيانا قد يكون موجودا وبدرجة متوسطة، حسب طبيعة القضايا المطروحة للنقاش، وحسب المصالح الشخصية التي تعود على الأحزاب السياسية كل على حدة.

ويرى بعض الباحثين أن التعددية الحزبية السياسية هي الصيغة الملائمة لاستيعاب التعدد الاجتماعي والثقافي والديني والفكري، وتحويله من نموذج الصراع إلى نموذج التوازن والتعايش ويؤدي بالتالي إلى خلق قيم وطنية مشتركة وصولا الى التكامل والاستقرار السياسي[١]. إلا أن الباحثين رأيّا في حالة الأردن العكس تماما، حيث أن التعدد السياسي في الأردن بدلا من أن يخلق حالة التوازن

(١) محي الدين، نظام الحزب الواحد واثره على الحقوق السياسية للمواطن، ص ص ١٢٩- ١٣٣

والتعايش والاستقرار، فقد خلق حالة من الصراع والاختلاف، وهذا واضح من خلال إجابات أفراد عينة الدراسة، الأمر الذي يعني أن سبب هذا التعدد في الأردن ليس من أجل المصلحة العامة، وإنما جاء نتيجة لتحقيق مصالح خاصة لبعض الأشخاص.

ويرى دوفرجيه أن روح الفردية عند الأعضاء وحبهم للأصالة الشخصية والميل إلى الفوضوية في الطباع تدخل نزعة واضحة نوعا ما نحو التعددية. وهذا ما يراه الباحثون في النظام الحزبي الأردني، حيث أن سبب التعدد المبالغ فيه هو الشخصانية، وحب الذات والبحث عن المصالح الخاصة من خلال تجنيدهم لبعض المناصب السياسية في الحكومات المتعاقبة[١].

وعلى الرغم من اندماج تسعة أحزاب سياسية وسطية قبل انتخابات عام ١٩٩٧ لقيام حزب سياسي كبير، إلا أن معظم أعضائه عندما تقدموا للانتخابات تقدموا كمرشحين مستقلين، كما أن هذا التجمع استطاع أن يحصل على أحد عشر نائبا في مجلس النواب، إلا أنهم لم يعملوا ككتل نيابية بل عملوا لتحقيق مصالحهم الشخصية كل على حدة، هذا بالإضافة إلى أن الأحزاب السياسية الباقية لا تحظى أي منها بمقعد أو مقعدين. وتتصف هذه الأحزاب بانها كيانات شخصية صغيرة فرصتها في التأثير السياسي، وقدرتها المؤسسية ضعيفة[٢].

وحول طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية والمتمثل في عملية التحالف فيما بين هذه الأحزاب يرى دوفرجيه أن عدد الأحزاب السياسة في النظام السياسي يلعب دورا حاسما في تكوين الأحلاف، بالإضافة إلى قدرة أحد هذه الأحزاب الحصول على الأكثرية المطلقة من أجل تشكيل السلطة السياسية، وإلا فإنها بحاجة إلى تشكيل ائتلافات وتحالفات، حيث ذكر دوفرجيه الكثير من الأمثلة والتي عملت على تحالفات قوية بعضها وصل إلى الاندماج [٣]. ومن هنا يرى الباحثون أنه لا بد من العمل في الحالة الأردنية مبدئيا على التحالفات فيما بين هذه الأحزاب المتعددة وصولا إلى حالة الاندماج وخاصة أن الأحزاب في الأردن تشكل أربعة تيارات سياسية تتمثل في التيار الإسلامي، والتيار اليساري،

(١) ديفرجيه، مرجع سابق، ص٢٤٦

(٢) تشامبرز، واخرون. تقييم الإطار الانتخابي، المملكة الاردنية الهاشمية، شبكة تقرير الديمقراطية الدولية، برلين/ المانيا، ومركز الأردن الجديد للدراسات، ص ٢٤.

(٣) ديفرجيه، مرجع سابق، ص ص ٣٢٩-٣٣٠.

والتيار الوسطي، وأخيرا التيار القومي، بحيث يمثل كل تيار مجموعة من الأحزاب السياسية، ومن هنا نجد أن هناك أربع منظومات سياسية قريبة الى حد ما في توجهاتها، وأفكارها، لذلك فمن الضرورة التكتل والاندماج وصولا الى أربعة أحزاب سياسية على الأقل تمثل هذه الاتجاهات.

ثانيا: للإجابة عن السؤال البحثي الثاني الذي يتعلق بمعرفة مدى تحقيق الأحزاب السياسية في الأردن لوظائفها في ظل التعدد الهائل لهذه الأحزاب، فقد تم حساب الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية للفقرات التي تقيس ذلك كما في الجدول (٣).

جدول (٣) الأوساط الحسابية والانحراف المعيارية للفقرات التي تقيس تحقيق الأحزاب السياسية الأردنية لوظائفها

الفقرة كما وردت في الاستبانة	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري
فعّلت دورها كوسيط بين الحاكم والمحكوم وإضفاء الشرعية السياسية للحكم	٢.٠٤٩٦	١.٢٤٣٩٩
زادت الانسجام بين أفراد المجتمع وتماسكه	٢.٢٦٢٤	١.٠٨٦٥٨
غيرت وخلقت ثقافة سياسية جديدة تتواءم مع مبادئ الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان	٢.٣٢٦٢	١.١٦٨٠٠
فعّلت دورها كجهة ناطقة باسم الرأي العام وتوصيل مطالبة لصناع القرار	٢.٣٤٠٤	١.٢٩٧٤١
فعّلت دورها كأداة لتقديم برامج إصلاحية والمشاركة في صنع السياسية العامة	٢.٣٩٧٢	١.٣٧٧٧٨
زادت مستوى المشاركة السياسية	٢.٤٤٦٨	١.٢٢١٣٩
أبرزت وصنعت القيادات السياسية والاجتماعية	٢.٤٩٦٥	١.٢٦٨٤٣
فعّلت دورها كأداة لتجميع وتمثيل المصالح المشتركة	٢.٥٥٣٢	١.٢٩٥١٩
مدى تحقيق الأحزاب السياسي الأحزاب لوظائفها	٢.٣٥٩٠	.٩٨٣٢١

يتبين من الجدول (٣) ان الأحزاب السياسية في الأردن قد حققت الوظائف المرجوة منها بدرجة قليلة، حيث بلغ الوسط الحسابي لمجموع الفقرات ٢.٣٥٩ وبانحراف معياري ٠.٩٨٣. وقد بين الجدول نفسه أنها استطاعت أن تفعّل دورها كأداة لتجميع وتمثيل المصالح المشتركة بدرجة متوسطة وبوسط حسابي ٢.٥٥٣، في حين عملت على تحقيق الوظائف الأخرى بدرجة قليلة، وهي مرتبة كما يلي:

- صنع القيادات السياسية والاجتماعية
- زيادة مستوى المشاركة السياسية
- تفعيل دورها كأداة لتقديم برامج إصلاحية والمشاركة في صنع السياسية العامة
- تفعيل دورها كجهة ناطقة باسم الرأي العام وتوصيل مطالبة لصناع القرار
- تغيير وخلق ثقافة سياسية جديدة تتواءم مع مبادئ الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان
- زيادة الانسجام بين أفراد المجتمع وتماسكه
- تفعيل دورها كوسيط بين الحاكم والمحكوم وإضفاء الشرعية السياسية للحكم

وقد اتفقت نتائج هذه الدراسة مع دراسة العزام[١]، ودراسة الحسامي[٢]، ودراسة مارتينز[٣]، حيث بيّنت جميع هذه الدراسات أن الأحزاب السياسية الأردنية كانت قاصرة عن تحقيق وظائفها التي تتعلق في التنمية السياسية، وبناء ثقافة سياسية حزبية إيجابية تعزز وجود النظام الحزبي، حيث كانت اتجاهات المواطنين نحو هذه الأحزاب سلبية، وقد ارجع الباحثون بعض أسباب هذا الضعف والعجز الى الإرث الثقافي السلبي للأحزاب، بالإضافة إلى الصورة السلبية للأحزاب السياسية التي عززتها وسائل التنشئة الإجتماعية والسياسية. ويرى النهار[٤] أن البيئة القانونية التي أحاطت بالأحزاب السياسية الأردنية تمثل عائقا أكثر من كونها مساعدا للعمل الحزبي، حيث تم حظر الأحزاب منذ تأسيس الأحزاب وحتى منتصف الخمسينيات من القرن الماضي، ثم بعد ذلك جاءت بعض القوانين التي

(١) العزام، مرجع سابق، صص ٢٤٤-٢٦٣

(٢) الحسامي، مرجع سابق.

(3)Martinez, C., Jordan's self-fulfilling prophecy: the production of feeble political parties and the perceived perils of democracy, P.P 356-372.

(4) Nahar, Gh., The Impact of Political Parties on the 2007 Jordanian Parliamentary Elections, p.p 121-133.

حدت من قدرة الأحزاب السياسية في التعبير عن أهدافها السياسية، هذا بالاضافة إلى عدم إعطاء الأحزاب السياسية أهمية للقضايا السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يواجهها الأردنيون.

وقد اختلفت نتيجة هذه الدراسة مع نتائج دراسة اوسي[1] في غانا والتي توصلت إلى أن الأحزاب السياسية في غانا تعتبر أداة داعمة للديمقراطية، وتقوم بجميع وظائفها على أكمل وجه كالتجنيد السياسي وتجميع المصالح والمساعدة في صنع السياسات العامة، وقد يكون هذا الإختلاف بسبب خصوصية التجربة الحزبية لكلا البلدين.

ثالثا: لمعرفة الاختلاف في طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، والاختلاف في مستوى تحقيق الأحزاب السياسية في الأردن لوظائفها، تبعا للاختلاف في العضوية في المؤسسة التي ينتمي إليها أفراد عينة الدراسة، فقد تم استخدام اختبار ت كما في الجدول (٣).

جدول (٣) نتائج اختبار ت لمعرفة الاختلاف في طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، والاختلاف في مستوى تحقيق الأحزاب السياسية في الأردن لوظائفها، تبعا للاختلاف في العضوية في المؤسسة

المتغير التابع	العضوية في الأحزاب	العدد	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري	قيمة ت	درجة الحرية	مستوى الدلالة
علاقة تعاونية	نعم	٤٠	٣.٤٢١٩	.٨٣٥٢٦	٧.٨٦٩	١٣٩	٠.٠٠٠
	لا	١٠١	٢.٢٦٢٤	.٦٦٥٤٠			
علاقة تنافسية	نعم	٤٠	٢.٣٢٦٢	١.٠٢٢٩٣	١.٧٧٩	١٣٩	٠.٠٧٧
	لا	١٠١	٢.٣٤٠٤	.٨٠٢٧٤			
علاقة صراعية	نعم	٤٠	٢.٣٩٧٢	.٩١٠٦٥	٧.٤١٠	١٣٩	٠.٠٠٠
	لا	١٠١	٣.٥٨٧٩	.٧٩١٢٧.			
تحقيق الوظائف	نعم	٤٠	٣.٢٦٨٨	.٧٧٠٣٢	٨.٤٩٠	١٣٩	٠.٠٠٠
	لا	١٠١	١.٩٩٨٨	.٨١٢٣١			

(5) Osei, A., Political parties in Ghana: agents of democracy?, P.P 543-563

يتبين من الجدول(٣) أنه لا يوجد فروق بين الحزبيين وغير الحزبيين في نظرتهم لطبيعة العلاقة التنافسية بين الأحزاب السياسية الأردنية، حيث بلغت قيمة ت ١.٧٧٩ وهي غير دالة إحصائيا عند مستوى دلالة $\alpha \geq$ ٠.٠٠٥، الأمر الذي يعني أنه يوجد شبه إجماع من عينة الدراسة على وجود طبيعة العلاقة التنافسية بين الأحزاب السياسية الأردنية، وذلك من خلال التنافس في الانتخابات للمشاركة في السلطة السياسية. في حين يوجد فروق بين الحزبيين وغير الحزبيين في اتجاهاتهم نحو طبيعة العلاقة التعاونية وعلاقة الصراع، حيث بلغت قيمة ت لهما ٧.٨٦٩، ٧.٤١٠ على التوالي وهي دالة إحصائيا عند مستوى دلالة $\alpha \geq$ ٠.٠٠٥، وقد كانت الفروق في العلاقة التعاونية لصالح الحزبيين، في حين كانت الفروق في علاقة الصراع لصالح غير الحزبيين، بمعنى أن أفراد عينة الدراسة من الحزبيين يرون بين طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية علاقة تعاونية أكثر منها علاقة صراع، والعكس يرون غير الحزبيين أن طبيعة العلاقة علاقة صراعية أكثر منها تعاونية.

ويتبين من الجدول نفسه أنه يوجد فروق بين الحزبيين وغير الحزبيين في اتجاهاتهم نحو تحقيق الأحزاب السياسية لوظائفها، حيث بلغت قيمة ت ٨.٤٩٠ وهي دالة إحصائيا عند مستوى دلالة $\alpha \geq$ ٠.٠٠٥، وقد كانت هذه الفروق لصالح الحزبيين، الأمر الذي يعني أن الحزبيين يرون أن الأحزاب حققت وظائفها أكثر من غير الحزبيين، وقد يكون السبب التزام الأحزاب السياسية بآليات الديمقراطية في العمل الحزبي الداخلي كاختيار قادة الحزب وهيئاته وممثليه وفق النظام الداخلي لكل حزب، هذا بالإضافة إلى الالتزام بتثقيف أعضاء الحزب بثقافة ديمقراطية ، تعزز من قدراتهم في العمل السياسي وتأهيلهم لتولي المسؤوليات داخل الحزب، بمعنى أن العمل داخل الأحزاب السياسية أثّر على توجهات الحزبيين في نظرتهم لتحقيق وظائف الأحزاب السياسية بشكل عام. في حين لم تستطع الأحزاب السياسية الأردنية أن تخرج خارج نفسها وتصل إلى الشارع العام من أجل إقناع المواطنين أو النخبة السياسية بها، وبالتالي فقد المواطنون الثقه بهذه الأحزاب وبقدرتها على تحقيق وظائفها.

رابعا: لمعرفة قدرة طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن على التنبؤ بتحقيق وظائفها، فقد تم استخدام اختبار تحليل الانحدار الخطي كما في الجداول ذوات الارقام (٤أ، ٤ب، ٤ج، ٤د).

جدول (٤أ) معامل ارتباط بيرسون لمعرفة العلاقة بين طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية الأردنية وبين مدى تحقيق وظائفها

المتغيرات	تحقيق الوظائف /معامل ارتباط	مستوى الدلالة
علاقة تعاونية	.598	٠.٠٠٠
علاقة تنافسية	.390	٠.٠٠٠
علاقة صراعية	-.364	٠.٠٠٠

جدول (٤ب) ملخص تحليل الانحدار

النموذج	ر	مربع ر	مربع ر المعدلة	الخطأ المعياري
1	.684(a)	.468	.456	.72495

a المتنبئ أ : الثابت ، العلاقة الصراعية، العلاقة التعاونية، العلاقة التنافسية

جدول (ج) تحليل تباين الانحدار ج

	مجموع المربعات	درجة الحرية	متوسط المربعات	ف	مستوى الدلالة
الانحدار	63.338	3	21.113	40.172	.000(a)
الخطأ	72.001	137	.526		
الكلي	135.339	140			

a المتنبئ: الثابت، العلاقة الصراعية، العلاقة التعاونية، العلاقة التنافسية

b المتنبئ به: مدى تحقيق الأحزاب لوظائفها

جدول (د) نتيجة تحليل الانحدار د

	معاملات غير معيارية		ت	مستوى الدلالة
الثابت	1.623	.300	5.409	.000
العلاقة التعاونية	.533	.097	5.521	.000
العلاقة التنافسية	.177	.096	1.845	.067
العلاقة الصراعية	-.356	.067	-5.333	.000

a المتنبئ به : مدى تحقيق الأحزاب السياسية لوظائفها

يتبين من الجدول (٤أ) أنه يوجد علاقة طردية بين طبيعة العلاقة التعاونية والعلاقة التنافسية بين الأحزاب السياسية من جهة وبين تحقيق وظائفها من جهة أخرى، حيث بلغ معامل ارتباط بيرسون ٠.٥٩٨، ٠.٣٩٠ على التوالي، بمعنى أنه كلما اتجهت طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية إلى التعاون والتنافس، كانت قادرة على تحقيق وظائفها المرجوة منها. وقد اتفقت نتيجة هذه الدراسة مع دراسة كاروثرز التي ترى أن نجاح آليات التعاون والحوار بين الأحزاب السياسية مع بعضها بعضا يزيد من قدرتها على الإصلاح السياسي وتعزيز عمليات التحول الديمقراطي(١).

وقد بين الجدول نفسه وجود علاقة عكسية بين طبيعة العلاقة الصراعية بين الأحزاب السياسية وبين قدرتها على تحقيق وظائفها، حيث كان معامل الارتباط بينهما -٠.٣٦٤ ، بمعنى كلما اتجهت العلاقة بين الأحزاب السياسية إلى الصراع والاختلاف، كانت هذه الأحزاب غير قادرة على تحقيق وظائفها. ويرى النهار(٢) ان العدد الكبير للأحزاب السياسية في الأردن هو علامة غير صحية، الأمر الذي يؤثر سلبا على تحقيق التنمية السياسية، والوصول إلى مستوى كبير من المشاركة السياسية. وهناك بعض الآراء ترى أن سبب عدم قيام الأحزاب السياسية بوظائفها المختلفة كثرة عدد الأحزاب والانقسامات فيها، حيث أن أغلب الأحزاب الأردنية تبدو غير قادرة على خلق برامج سياسية فعالة أو على تمثيل المصالح السياسية بسبب العدد الكبير، فتجد الكثير من الأحزاب القومية التي تحمل نفس الشعارات والأفكار، كما تجد الكثير من الأحزاب اليسارية أيضا والكثير من الأحزاب الوسطية، والدينية كذلك(٣).

ويرى دوفرجيه أن التحالفات القوية والمنسجمة يمكن أن تعطي لنظام حزبي تعددي هيئة تشبه النظام الثنائي، وتجعل المعارضة أكثر تماسكا وأكثر اعتدالا وأكثر وضوحا. كما أن الصراع بين

(1) Carothers, T, Confronting the Weakest Link: Aiding Political Parties in New Democracies ,p 203.

(2) Nahar,GH. The Impact of Political Parties on the 2007 Jordanian Parliamentary Elections,121-133.

(٣) تشامبرز، واخرون. تقييم الإطار الانتخابي، المملكة الاردنية الهاشمية، شبكة تقرير الديمقراطية الدولية، برلين / المانيا، ومركز الأردن الجديد للدراسات، ص ٢١.

الأحزاب السياسية يعمل على تعطيل العمل ويمنع الرأي العام من ان يتكون بوضوح وأن يكون له موقف من القضايا المختلفة [1].

ويتبين من الجدول رقم (٤ب) أن قيمة مربع معامل الارتباط ٠.٤٦٨ وهي نسبة التباين المفسر، بمعنى ان ٤٦% من قدرة الأحزاب السياسية الأردنية على تحقيق وظائفها يفسر من خلال طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية سواء أكانت علاقة صراع أو علاقة تعاون أو علاقة تنافس، وهذا يدل على أن طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية لها القدرة على تفسير التنبؤ بقدرة هذه الأحزاب في تحقيق وظائفها وقد بينت دلالة هذه القيمة المبينة في الجدول رقم (٤ج) تحليل انحدار التباين من خلال اختبار (ف) الذي بين مقدرة علاقة الصراع والتعاون والتنافس في التنبؤ بزيادة قدرة الأحزاب السياسية في تحقيق وظائفها، حيث بلغت قيمتها ٤٠.١٧٢ وهي دالة إحصائيا عند مستوى دلالة $\alpha \leq$ ٠.٠٠٥ . وقد تم حساب قيمة الثابت وقيمة ب في الجدول (٤د) اللتان تدلان على شكل معادلة التنبؤ كما يلي:

قدرة الأحزاب السياسية على تحقيق وظائفها = ١.٦٢٣ + ٠.٥٣٣ x العلاقة التعاونية – ٠.٣٥٦ x علاقة الصراع.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة موضوع العلاقة بين الأحزاب السياسية في ظل التعدد الهائل للأحزاب السياسية في الأردن ومعرفة فيما إذا كان لنمط العلاقة دور وقدرة في تحقيق الأحزاب السياسية لوظائفها، وذلك من وجهة نظر الحزبيين وغير الحزبيين، وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج كما يلي:

- إن الغالب على طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية هي العلاقة الصراعية، الأمر الذي قد يصل بهذه الأحزاب إلى تعطيل أعمالها وعدم القدرة على القيام بوظائفها إذا تعارضت بعض القضايا مع مصالحها الخاصة، تلاها الطبيعة التنافسية عن طريق الانتخابات، وأخيراً العلاقة التعاونية، وقد كانت جميعها بدرجة متوسطة. حيث إنه يمكن أن تتعطل نشاطات الأحزاب السياسية كتشكيل قوائم للترشح للانتخابات النيابية، والنقابية أوتشكيل لجان للضغط والتأثير على الأجندة السياسية بشأن قضايا محددة، أو لتمرير تشريعات في البرلمان من أجل إصلاحات سياسية، وإعطاء الثقة

(١) ديفرجيه، مرجع سابق، ص ص ٤١٤-٤١٥

للحكومة، أو لمناقشة القضايا ذات الاهتمام المشترك، وذلك بسبب هذه العلاقة، وبسبب الاختلاف والتعارض بين المصالح الشخصية التي تعود على الأحزاب السياسية كل على حدة.

- حققت الأحزاب السياسية في الأردن الوظائف المرجوة منها كصنع القيادات، وزيادة المشاركة في صنع السياسة العامة، وخلق ثقافة سياسية ديمقراطية تتماشى مع مبادئ حقوق الإنسان، وتفعيل دورها كوسيط بين الحاكم والمحكوم وإضفاء الشرعية السياسية للحكم، بدرجة قليلة.
- أظهرت الدراسة عدم وجود فروق بين الحزبيين وغير الحزبيين في نظرتهم لطبيعة العلاقة التنافسية بين الأحزاب السياسية، في حين أظهرت أن أفراد عينة الدراسة الحزبيين يرون بأن طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية علاقة تعاونية أكثر منها علاقة صراع، والعكس يرون غير الحزبيين بأن طبيعة العلاقة علاقة صراعية أكثر منها تعاونية، كما أن الحزبيين يرون بان الأحزاب حققت وظائفها أكثر من غير الحزبيين.
- يوجد علاقة طردية بين طبيعة العلاقة التعاونية والتنافسية بين الأحزاب السياسية وبين تحقيق وظائفها، بمعنى أنه كلما اتجهت طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية إلى التعاون والتنافس، كانت قادرة على تحقيق وظائفها المرجوة منها. وقد تبين وجود علاقة عكسية بين طبيعة العلاقة الصراعية بين الأحزاب السياسية وبين قدرتها على تحقيق وظائفها الأمر الذي يعني أنه كلما اتجهت العلاقة بين الأحزاب السياسية إلى الصراع والاختلاف، كانت هذه الأحزاب غير قادرة على تحقيق وظائفها. وان ٤٦% من قدرة الأحزاب السياسية الأردنية على تحقيق وظائفها، يفسر من خلال طبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية سواء أكانت علاقة صراع أم علاقة تعاون أو علاقة تنافس.

بعد عرض الإطار النظري والدراسات السابقة حول موضوع التعدد الحزبي وطبيعة العلاقة بين الأحزاب السياسية في الأردن، وبعد تحليل نتائج الدراسة الميدانية، يتبين أنه ليس بالضرورة أن المنافسة السياسية وحدها تخلق بيئة سياسية ديمقراطية، تمكن الأحزاب السياسية من تحقيق وظائفها المنشودة، وخاصة في حالة الأردن التي تصل فيه الأحزاب السياسية الى ٤٧ حزبا سياسيا، لذا فإنه لا بد للأحزاب السياسية في الأردن أن تعمل وفق علاقة تعاونية من خلال تشكيل تحالفات كبيرة لأحزاب سياسية، أو تشكيل لجان وتجمعات وحوارات مشتركة قد تصل إلى التحالف والاندماج، والابتعاد عن الصراع والاختلاف الذي يصل حد تعطيل العمل، الأمر الذي قد يؤثر في قدرة هذه الأحزاب السياسية على تحقيق وظائفها.

المراجع

تشامبرز، ريتشارد، واخرون. تقييم الإطار الانتخابي، المملكة الاردنية الهاشمية، شبكة تقرير الديمقراطية الدولية، برلين / المانيا، ومركز الأردن الجديد للدراسات، عمان / الأردن، ٢٠٠٧.

الثبيتات، قاسم. المحور السياسي، في جامعة البترا، التربية الوطنية، دار كنوز المعرفة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨.

حرب، أسامة الغزالي. الأحزاب السياسية في العالم الثالث، سلسلة عالم المعرفة (١١٧)، الكويت، ١٩٨٧.

الحسامي، أحمد. الأحزاب السياسية الأردنية ودورها في عملية التنمية السياسية (١٩٨٩-٢٠٠٨). رسالة ماجستير، قسم العلوم السياسية، كلية الآداب، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، ٢٠١٠.

شرقاوي، سعاد. النظم السياسية في العالم المعاصر، جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٧.

العزام، عبد المجيد. اتجاهات الأردنيين نحو الأحزاب السياسية، دراسات: العلوم الانسانية والاجتماعية، مج ٣٠، ع ٢، ٢٠٠٣، صص ٢٤٤-٢٦٣.

ديفرجيه، موريس. الاحزاب السياسية، ترجمة سعد، علي مقلد، وزارة الثقافة، القاهرة، ٢٠١١.

محى الدين، مولود مراد. نظام الحزب الواحد وأثره على الحقوق السياسية للمواطن/ دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مطبعة سيما – سليمانية، العراق، ٢٠٠٦.

المصالحة، محمد. التجربة الحزبية السياسية في الأردن، دراسة تحليلية مقارنة/ بين تجربتي الخمسينات والتسعينات، عمان: دار وائل للنشر، ١٩٩٩، صص ١٠٥ – ١١٨.

المنوفي، كمال. اصول النظم السياسية المقارنة، شركة الربيعان للنشر، الكويت، ١٩٨٧.

النعيمات، أسامة أحمد؛ الدروع، خالد خلف. أثر النظام الحزبي في الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة (دراسة تطبيقية على المملكة الأردنية الهاشمية)، دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج٤٣، ع١، ٢٠١٦، ص ٣٥-٥٤.

Almond, G. A. and Powell, G. B. (1966). Comparative politices – A developmental approach, Boston: little, Browen and company.

Carothers, T., (2006). Confronting the Weakest Link: Aiding Political Parties in New Democracies (Washington, DC: Carnegie -Endowment for international Peace).

Eyadat, Z. (2015). A Transition without Players: The Role of Political Parties in the Arab Revolutions, Democracy and Security, Volume 11, Issue 2, Pages 160-175

Martinez, J. C., (2017). Jordan's self-fulfilling prophecy: the production of feeble political parties and the perceived perils of democracy, British Journal of Middle Eastern Studies, Volume 44, Issue 3, , Pages 356-372.

Nahar, Gh. S. (2012). The Impact of Political Parties on the 2007 Jordanian Parliamentary Elections, International Journal of Humanities and Social Science Vol. 2 No. 16. p.p 121-133.

Osei, A. (2013). Political parties in Ghana: agents of democracy?, Journal of Contemporary African Studies, Volume 31, Issue 4, Pages 543-563

Osei-H., Bertha Z. & Agomor, K. S. (2018). Gender in political parties : Ghana's 2016 general elections, South African Journal of International Affairs , Volume 25, - Issue 3, Pages 393-411

Sartori, G., (1976). parties and party system.vol.1. New York: Cambridge university press.

Al-Sharah, M., Althubetat, Q., Jarrar, A., (2014). The Level of Political Reform Awareness in Jordan from the Perspective of Jordanian Political Parties' General Secretaries, Public Policy and Administration Research, Vol.4, No.2, p. p 1-11.

Stanyer, J., (2005). Political Parties, the Internet and the 2005 General Election: From Web Presence to E-Campaigning?, Journal of Marketing Management., Volume 21, Issue 9-10., Pages 1049-1065.

Veenendaal, W. P, (2013). How democracy functions without parties: The Republic of Palau, Party Politics, vol. 22, 1: pp. 27-36

Zapata-Barrero , R. , (2017). How do political parties deal with the "diversity gap"? Democratic deficits and party strategies, Ethnic and Racial Studies,, Volume 40, Issue 5, Pages 766-786.

التشريعات الفرعية في النظام القانوني الأردني

د. وليد سعود القاضي *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٤/٨م. تاريخ القبول: ٢٠١٩/٢/٢٤م.

ملخص

تنطلق أهمية البحث من أهمية الحق الدستوري المقرر للسلطة التنفيذية في وضع التشريعات – العادية والاستثنائية– الفرعية. وتتمثل مشكلة البحث في أنّ المُشرع الدستوري لم ينص صراحةً على أنظمة الضبط الإداري وبأنّ هناك خلطاً والتباساً لدى معظم الفقه حول الأساس الذي تستند إليه، كما أن الالتباس يمتد ليشمل مدلول وأساس وقيمة التعليمات الإدارية، وكذلك الفرق بين تشريعات الضرورة المتمثلة بالقوانين المؤقتة والتعليمات العرفية.

وقد تناول البحث التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب أحكام الدستور وكذلك التي تصدر بموجب القوانين والأنظمة، بالإضافة للتشريعات الفرعية الاستثنائية في حالة الضرورة، من خلال اتباع المنهج التحليلي الوصفي المقارن.

وخلص البحث إلى مجموعة من النتائج لعل من أهمها؛ أنّ المشرع الدستوري لم ينص صراحة على أنظمة الضبط. وبأنّ التشريعات الفرعية الإستثنائية على نوعين؛ أحدهما يصدر في ظل الظروف الاستثنائية المقترنة بحل مجلس النواب وهو ما يطلق عليه مصطلح (القوانين المؤقتة)، والآخر: يصدر في ظل الظروف الاستثنائية المقترنة بسريان قرار الأحكام العرفية ويسمى (بالتعليمات العرفية)، وتضمّن البحث مجموعة من التوصيات كان أبرزها؛ الاقتراح بضرورة تعديل الدستور الأردني، بإضافة مادةٍ تُجيُز لمجلس الوزراء بموافقة الملك إصدار أنظمة الضبط الإداري.

الكلمات الدالة: الأنظمة، التعليمات الإدارية، القوانين المؤقتة، التعليمات العرفية.

* كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Subsidiary Legislation in the Jordanian legal system

Dr. Waleed Suod Al-Qadi

Abstract

The importance of the current study stems from the role of the executive authority in enacting ordinary and extraordinary subsidiary legislation. The problem of the current study lies in the fact that the constitutional legislator did not explicitly provide for administrative control systems and that there are confusion and ambiguity in the basis on which administrative control systems are based. Also, the confusion extends to include the meaning, basis and value of administrative instructions and the differences between necessity legislation.

The current study has addressed the ordinary subsidiary legislation issued pursuant to the provisions of the Constitution as well as those issued by laws and regulations, in addition to exceptional subsidiary legislation in cases of necessity, through the application of the comparative descriptive analytical approach.

The current study has concluded a set of results, the most important of which were that the constitutional legislator did not explicitly provide for administrative control systems. Also, the current study has concluded that extraordinary subsidiary legislation are of two types: The first one is issued under exceptional circumstances associated with the dissolution of the House of Representatives; the so-called provisional laws, and the other one is issued under exceptional circumstances associated with the application of martial law.

The current study has recommended that the Jordanian constitution is to be amended by adding an article authorizing the Council of Ministers, subject to the approval of the King, to issue administrative control systems.

Keywords: Regulations, Administrative instructions, Provisional laws, of martial law

مقدمة:

إذا كانت السلطة التشريعية بحكم وظيفتها تصدر تشريعات رئيسية عادية، فإنّ السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها أيضاً تصدر تشريعات فرعية، وإذا كانت السلطة التشريعية هي الأصل فإن السلطة التنفيذية هي الفرع فيما يتعلق بإصدار القواعد القانونية العامة المجردة والملزمة، وبما أنّ المشرع الدستوري قد جعل مهمة التشريع كأصل عام من اختصاص السلطة التشريعية فإنه أناط بالسلطة التنفيذية صلاحية إصدار التشريعات الفرعية كاستثناء على الأصل العام.

ولكي يتم الإحاطة بمصطلح التشريع الفرعي كمصدر من مصادر المشروعية، لا بد من القول إن التشريعات الفرعية التي تصدر عن السلطة التنفيذية على ثلاثة أنواع؛ النوع الأول: تشريعات فرعية عادية تصدر بموجب أحكام الدستور، والنوع الثاني: تشريعات فرعية عادية تصدر بموجب أحكام القوانين والأنظمة، وتتمثل بالأنظمة والتعليمات الإدارية، أما النوع الثالث فهو التشريعات الفرعية الاستثنائية والتي تصدر في حالة الضرورة وتتجسد بالقوانين المؤقتة والتعليمات العرفية.

وتتمثل أهمية البحث؛ في أنّ التشريعات الفرعية بأنواعها تحتل المرتبة الثالثة أحياناً والمرتبة الرابعة أحياناً أخرى والمرتبة الثانية استثناءً في مدارج القاعدة القانونية وفقاً لقاعدة التدرج التشريعي بالدولة، وتبرز أهمية البحث أيضاً؛ في أن هذه القواعد وعلى اختلافها تُنشئ وتُعدل وتُلغي مراكز قانونية عامة، وتحتوي على قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة تنطبق على شريحة واسعة من الأشخاص أياً كانت مرتبتها القانونية.

أما مشكلة البحث؛ فإنها لا تتمثل بمشكلة واحدة بل بعدة مشاكل، منها: أن المشرع الدستوري لم ينص على أنظمة الضبط الإداري بنصوص صريحة أُسوة بالأنظمة التنفيذية والتنظيمية، بالإضافة إلى أنه لم يبين كيفية سريان الأنظمة بشكل عام بينما حرص على بيان سريان القوانين العادية، كما أن هناك خلطاً والتباساً حول أساس أنظمة الضبط الإداري عند شُراح القانون الإداري، وأن هذا الالتباس لم يقف عنده هذا الحد، بل امتد لمدلول وأساس وقيمة التعليمات الإدارية، بالإضافة إلى أن جُلّهم قام بإجراء مقارنة بين التشريعات الاستثنائية الفرعية والمتمثلة بالقوانين المؤقتة والأحكام العرفية المعمول بها في الأردن مع لوائح الضبط ولوائح الضرورة في مصر، بل قارنوها أيضاً مع قانون الدفاع الذي يصدر عن السلطة التشريعية، ما أثر سلباً على فهم مضمونها وكيفية تنفيذها؛ لأن القياس كان مع الفارق مما أدى إلى نتائج خاطئة وغير سليمة.

في ضوء ما سبق، لا بد من اتباع المنهج التحليلي الوصفي المقارن في هذا البحث، وتقسيم خطته لثلاثة مطالب متتالية؛ المطلب الأول: التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب أحكام الدستور، المطلب الثاني: التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب القوانين والأنظمة، المطلب الثالث: التشريعات الفرعية الاستثنائية في حالة الضرورة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب أحكام الدستور

سنتطرق لمفهوم الأنظمة كتشريعات فرعية، ونبين أنواعها كما نص عليها المشرع الدستوري، ونوضح مرتبة كُلً منها وقيمتها القانونية وكيفية سريانها في هذا المطلب، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الأنظمة

تعتبر الأنظمة من أهم التشريعات الفرعية التي تصدر عن السلطة التنفيذية في ظل الظروف العادية؛ حيث نص عليها المشرع الدستوري صراحة وميزها عن التشريعات الفرعية الاستثنائية التي تصدر في حالة الضرورة كالقوانين المؤقتة والتعليمات العرفية. والتشريعات الفرعية العادية تختلف بطبيعة الحال عن التشريعات الرئيسية التي جعلها المشرع الدستوري من اختصاص المشرع العادي والتي يطلق عليها عادةً مصطلح (القوانين).

نحن نعلم أنه قد يختلط الأمر ويلتبس على البعض بسبب التسمية والمدلول، أو بسبب المعنى لكلٍ من مصطلح التشريع الفرعي والتشريع العادي، علاوة على القيمة القانونية والمركز أو المرتبة التي تتمتع بها كل من التشريعات الرئيسية والتشريعات الفرعية في مدارج القواعد القانونية التي تشكل التنظيم القانوني في الدولة.

إذاً توجد صعوبة في التمييز بين اللفظ والمعنى أو التسمية والمضمون، وحتى نزيل الإبهام والخلط بين المصطلحين السابقين غير المترادفين وتصبح الألفاظ واضحة الدلالة على المعاني المراد بها من المصطلحين، لابد من اللجوء إلى معيارٍ نستطيع من خلاله التمييز والتفرقة بينهما، وهذا المعيار إما أن يكون شكلياً أو موضوعياً، سنتناولهما على النحو الآتي:

المعيار الشكلي: تعتبر التشريعات الفرعية العادية الصادر بموجب أحكام الدستور من قبيل القرارات الإدارية وفقاً لهذا المعيار، وذلك لصدورها من حيث الشكل عن السلطة الإدارية–التنفيذية– في الدولة وفي حدود اختصاصها المقيد دستورياً، أي لو نظرنا إليها من حيث الجهة التي أصدرتها لوجدناها السلطة التنفيذية وليست السلطة التشريعية، ولو نظرنا إلى الأداة القانونية أو الأسلوب الأكثر ممارسة والذي تستخدمه الإدارة عند قيامها بوظائفها المتعددة في سبيل تحقيق المصلحة العامة لوجدناه

يتمثل بالقرار الإداري، فالأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة تسمى(قرارات إدارية)، بينما الأعمال القانونية الصادرة من السلطة التشريعية تسمى (قوانين). ويطلق المشرع الدستوري الأردني على المدلول السابق تسمية الأنظمة بينما اسماها المشرع المصري باللوائح[١]، والمشرع الأردني منح السلطة التنفيذية حق إصدار بعض الأنظمة وجعل اختصاص السلطة التنفيذية بهذا الشأن محدداً ومقيداً بنصوص الدستور التي أشار إليها في بعض مواده؛ مثل المادة (٣١) و (٢/٤٥) و(١١٤) و(١٢٠)[٢].

وصفوة القول، إنّ الأنظمة هي قرارات إدارية من حيث المعيار الشكلي، لأن المُشرع حسم الأمر عندما نص على أن:- "أ.تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها، بالنظر في الطعون والطلبات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك: ١..٦. الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب إلغاء أي نظام أو..."[٣]. وبتحليل هذا النص، يتضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك، أن المحكمة الإدارية تختص بالنظر في الطعون والطلبات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية، ومن الأمثلة التي أوردتها المادة الخامسة على القرارات الإدارية النهائية؛ الأنظمة التنفيذية التي تخالف القوانين.

المعيار الموضوعي: تعد التشريعات الفرعية العادية الصادرة عن السلطة التنفيذية بموجب أحكام الدستور أعمالاً تشريعية لا تختلف عن الأعمال الصادرة من السلطة التشريعية تطبيقاً للمعيار الموضوعي، والذي يقوم على تكييف الطبيعة القانونية للعمل، أي النظر إلى جوهر العمل ومحتواه دون النظر إلى الجهة التي أصدرته، وبمعنى أكثر دقة لو نظرنا إلى مضمون كلٍ منهما -الأنظمة والقوانين- لوجدناهما يحتويان على قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة تنطبق على جميع الأفراد أو شريحة واسعة منهم دون أن تحدد أو تُعّين الشخص المخاطب بها بالاسم أو الذات، ولذلك جعل

(١) منح الدستور المصري الصادر سنة ٢٠١٤ السلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح في المواد (١٧٠) و(١٧١) و(١٧٢)؛ حيث نصت المادة (١٧٠) منه على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين...". كما نصت المادة (١٧١) على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق العامة والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء". أما المادة (١٧٢) فقد نصت على أن: "يصدر رئيس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء".

(٢) سنتناولها هذه المواد بالتفصيل عند بحث أنواع الأنظمة.

(٣) المادة (٥/أ/٦) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

المشرع الدستوري الاختصاص للمحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة[١]وساوى بينها من هذه الناحية، أي من حيث المعيار الموضوعي، وإذا سلمنا بأن الأنظمة تتفق مع القوانين في أن كليهما ينشئان قواعد عامة مجردة إلا أنها تختلف عنها[٢] في بعض الجوانب الآتية:

أولاً: إن القوانين تعلو على الأنظمة من حيث المرتبة؛ لأنها تصدر عن السلطة التشريعية المنتخبة والممثلة لجميع أفراد الشعب، فإرادة الأمة هي التي يجب أن تسود وفقاً لمبدأ المشروعية، وعليه يتحتم أن لا تخالف الأنظمة أحكام القوانين وأن تعمل في دائرتها، وتأسيساً على ذلك تحتل الأنظمة المرتبة الثالثة في قاعدة التدرج التشريعي بعد النصوص الدستورية والتشريعات العادية. ولكن هناك بعض الأحكام القضائية اعتبرت أن الأنظمة لها مرتبة وقيمة قانونية مساوية للقوانين، حيث أكدت محكمة العدل العليا أن:- "نظام الخدمة المدنية صدر بموجب المادة ١٢٠ من الدستور ويتمتع بقوة القانون"[٣]، وهذا الاتجاه القضائي يتعلق بالأنظمة المستقلة فقط ولا يمكن أن يمتد ليشمل الأنظمة التنفيذية؛ لأنه يتعارض مع الاستقرار القضائي المتعلق بقاعدة تدرج القواعد القانونية وفقاً لمبدأ المشروعية؛ فمحكمة العدل العليا قالت:- "يتمثل مبدأ المشروعية فيخضوع الإدارة في تصرفاتها إلى أحكام القانون بمعناه الواسع، فلا يخالف القانون الدستور ولا يخالف النظام القانون أو الدستور ولا تخالف التعليمات النظام أو القوانين أو الدستور"[٤]، فإذا تزاحمت القواعد القانونية وتعارضت عند التطبيق وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة، فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على القرار أياً كانت مرتبته[٥]، وعليه فإن النتيجة المترتبة على هذا التدرج هي وجوب خضوع كل قاعدة شكلاً وموضوعاً للقاعدة التي تسمو عليها في القوة والمرتبة[٦].

---

(١) تنص المادة (١/٥٩) من الدستور الأردني على أن: "تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة...".

(٢) انظر أوجه الإختلاف عند: شيحا، إبراهيم عبد العزيز، القضاء الإداري اللبناني، الجز الأول، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤، ص٥١ و٥٢. وانظر أيضاً: حسبو، عمرو أحمد، القضاء الإداري، مكتبة قصر الزعفران، القاهرة، ١٩٩٠، ص٣٩-٤١.

(٣) حكم محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٠/٨٣، تاريخ ١٧/٥/ ٢٠٠٠، منشورات مركز قسطاس الإلكتروني.

(٤) حكم محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٤/٣٣٢، تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٣٠، مجلة نقابة المحامين، ٢٠٠٥، ص٦٧٦.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٥٨/٩٢٩، سنة٣، تاريخ ١٢- ٧-١٩٥٨، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

(٦) فودة، رفعت، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٢٥.

ثانياً: إن الأنظمة التي تتضمن نصاً مخالفاً للنصوص الدستورية أو لنصوص القوانين تعتبر أنظمة غير دستورية أو غير قانونية وباطلة وجائز الطعن بها أمام المحكمة الدستورية إذا خالفت نصاً دستورياً وأمام المحكمة الإدارية إذا خالفت نصاً قانونياً، وبما أن الأنظمة أدنى في المرتبة من الدستور ومن القوانين، فإنها تخضع لها، ويترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية، تتمثل في أنه: لا يجوز للنظام أن يتضمن حكماً مخالفاً أو معدلاً أو لاغياً لأحكام الدستور أو القانون.

وإننا نرى، وبعد الرجوع للمادتين (٥٩) و (٦٠) من الدستور الأردني، والمواد (٤) و (٩) و(١١) و (١٥) من قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢، والمادة (٥) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، أنه يتم الطعن بعدم مشروعية الأنظمة من خلال إتباع طريقين هما:

الطريقة الأولى: الطعن بعدم دستورية الأنظمة أمام المحكمة الدستورية، حيث يقدم الطعن من مجلس الأعيان أو مجلس النواب أو مجلس الوزراء، موقعاً من رئيس الجهة الطاعنة[١]، ويجوز لأي طرف من أطراف الدعوى المنظورة أمام المحاكم إثارة الدفع بعدم الدستورية، وعلى المحكمة إنْ وجدت أن الدفع جديٌ أن تحيله للمحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية[٢]، ويتم البت في أمر الإحالة من قبل محكمة التمييز في هذه الحالة[٣]، أما إذا تم إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة التمييز أو أمام المحكمة الإدارية فتتولى هذه المحكمة أو تلك أمر البت في الإحالة للمحكمة الدستورية[٤]، وتصدر المحكمة الدستورية حكمها بعدم دستورية المادة غير الدستورية المنصوص عليها في النظام نظراً لمخالفتها النصوص الدستورية[٥]، حيث تختص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وفقاً للمادة (٥٩) من الدستور الأردني والمادة (٤) من قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥). ويكون حكمها بعدم دستورية النص المخالف للدستور حكماً نهائياً وملزماً لجميع السلطات وللكافة[٦].

---

(١) انظر بهذا المعنى، المادة (٩) من قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

(٢) انظر بهذا المعنى، المادة (٦٠) من الدستور الأردني.

(٣) "لغايات البت في أمر الإحالة، انظر المادة (١١/ج/٣) من قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

(٤) انظر بهذا المعنى، المادة (١١/د) من قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢، ولقد قمنا باستخدام عبارة: "المحكمة الإدارية" بدلاً من عبارة: "محكمة العدل العليا"، وذلك استناداً للمادة (٣٩/ب) والتي تنص على أن: "تختص المحكمة الإدارية بالنظر في جميع الدعاوى التي كانت من اختصاص محكمة العدل العليا بموجب التشريعات النافذة قبل نفاذ أحكام هذا القانون".

(٥) انظر الفقرتين (ج) و(د) من المادة (١٥)، قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

(٦) انظر بهذا المعنى، المادة (١٥/أ)، قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

الطريقة الثانية: الطعن بعدم مشروعيتها القانونية، وطلب إلغاء النظام المخالف للقانون أمام المحكمة الإدارية، وذلك من خلال دعوى الإلغاء، حيث ترفع ممن له مصلحة بإلغاء النظام؛ وهو الشخص المتضرر من النظام المخالف للقانون، وهذا ما أكده قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، حيث نصت المادة (٥/أ/٦) على أن: "أ- تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك: ١... ٦. الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب إلغاء أي نظام أو تعليمات أو قرار والمستندة إلى مخالفة النظام للقانون الصادر بمقتضاه أو ...".

ويلاحظ، أن النص الوارد في المادة (٥/أ/٦) لم يشر إلى جواز الطعن بالنظام المخالف للدستور؛ لأن المشرع جعل الاختصاص بالرقابة على دستورية الأنظمة من صلاحية المحكمة الدستورية وحدها دون غيرها، ونتيجة لذلك لم يجز للمحكمة الإدارية النظر في الطعون والطلبات المتعلقة بإلغاء النظام المخالف للدستور، وإن كان قد أجاز الطعن بإلغاء النظام المخالف للقانون أمام المحكمة الإدارية.

ويلاحظ أيضاً، أن نص المادة (٥/أ/٦) من قانون القضاء الإداري يمثل اتجاهاً جديداً ومغايراً للمشرع الأردني، ينسجم مع التطور الذي طرأ بعد صدور قانون المحكمة الدستورية وقانون القضاء الإداري؛ لأن القضاء الإداري الأردني كان مستقراً قبل صدور القانون الجديدعلى أنه لا يملك صلاحية إلغاء الأنظمة، وإنما له إلغاء القرارات الإدارية الفردية الصادرة استناداً للأنظمة المخالفة للنصوص الدستورية والقانونية بطريقة غير مباشرة، عن طريق دعوى الإلغاء، وهو ما كان ينسجم مع النصوص القانونية في ظل قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ قبل إلغائه[1]، حيث كانت المادة التاسعة منه تنص على أن:- "أ- تختص المحكمة، دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بما يلي:١... ٦- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب إلغاء أي قرار أو إجراء بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون". وبمقارنة النصوص القانونية بعضها ببعض، يتضح خلو النص المُلغى من الإشارة إلى صلاحية المحكمة بالنظر في الطعون والطلبات المتعلقة بإلغاء الأنظمة بشكل مباشر، على خلاف النص الوارد في القانون الجديد، وهذا ما درجت عليه أحكام محكمة العدل العليا قبل أن تلغى؛ حيث قضت بأن:- "... محكمة العدل لا

(١) تنص المادة (٤٣) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ على أن: " يلغى (قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢).

تملك صلاحية إلغاء الأنظمة المخالفة للقوانين، وإنما تقتصر صلاحيتها فيما يختص بذلك على إبطال الإجراءات التي تصدر بموجب هذه الأنظمة"[١].

ثالثاً: إن السلطة التشريعية تستطيع أن تصدر ما تشاء من القواعد القانونية طالما كان ذلك في حدود الدستور، بينما حق السلطة التنفيذية في وضع الأنظمة يكون محدداً على سبيل الحصر بنصوص الدستور.

والتساؤل الذي قد يثار في هذا المجال هو: ما الحكمة من منح السلطة التنفيذية حق إصدار الأنظمة؟

نحن من جانبنا نود الإجابة عن هذا التساؤل بالقول: إنّ من الحكمة منح السلطة التنفيذية وضع الأنظمة لكون وضع القانون وتعديله يتطلب إجراءات تشريعية معقدة ومناقشات قد يطول أمدها، بينما وضع النظام وتعديله لا يستغرق وقتاً طويلاً مما ينعكس إيجاباً على تنفيذ القوانين والتي تنص على تنظيم الروابط الاجتماعية والعلاقات الإنسانية المختلفة، إضافةً إلى أن سهولة وضع الأنظمة يسهم بإتاحة الحلول الناجعة للمشاكل الإدارية التي قد تنشأ بين جهة الإدارة وبين الأشخاص على اختلاف مسمياتهم؛ وهذه المشاكل والمنازعات تظهر نتيجةً للتطورات والمستجدات في حياتنا المتغيرة والمتطورة والتي تعجز عن مواجهتها القوانين لكونها تتسم بالثبات والجمود، وعلاوة على ذلك فان بعض الأنظمة تحتاج إلى عناية فائقة من السلطة التنفيذية عند وضعها وتنفيذها لأنها تتعلق بتنظيم سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإشباع الحاجات العامة وحفظ النظام العام، وكل هذا وذاك يؤدي إلى تحقيق الصالح العام مما يرسخ أسس العدالة والمساواة المنشودة في الدولة، كما أن الحكمة تتطلب أن يضع القاعدة القانونية في هذا المجال تحديداً من خَبِرَ تنفيذ القوانين؛ لأن السلطة التنفيذية هي صاحبة الخبرة العملية والدراية الإدارية، وبالإضافة إلى ذلك فإن أعضاء السلطة التنفيذية أكثر دراية بصياغة القواعد القانونية وتنفيذها إذا ما تم مقارنتهم بأعضاء السلطة التشريعية؛ الذين لا يشترط فيمن يترشح منهم لخوض الانتخابات ابتداءً توافر الثقافة القانونية[٢]، كما أنها صاحبة الاختصاص الأصيل دستورياً في تنفيذ القوانين، وموظفي الدولة هم القائمون على تنفيذ القوانين؛ بهدف تحقيق وظائف السلطة التنفيذية المراد منها تحقيق المصلحة العامة، كما أن من يقوم بإعداد مشاريع الأنظمة هم ذاتهم

(١) حكمها رقم١٠٥/ ١٩٥٦، تاريخ١٩٥٦/١/١، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٥٦. وحكمها رقم١٩٩٨/٨٧، تاريخ١٩٩٨/٩/١، مجلة نقابة المحامين، عدد١، ١٩٩٨، ص٣٩٥٩.

(٢) لم يرد ضمن الشروط المطلوبة للترشح لعضوية مجلس النواب أي شرط يتعلق بأي مؤهل علمي أو ثقافة قانونية معينة، انظر المادة (١٠) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠١٦.

المختصون دستورياً بإعداد مشاريع القوانين وفقاً للمادة (٩١) من الدستور عن طريق ديوان التشريع والرأي الذي يضم مستشارين قانونين[١]، كما أنهم يتعاونون مع كبار موظفي الوزارات والدوائر والمؤسسات العامة أصحاب الخبرة في تنفيذ القوانين والأنظمة عند إعداد تلك المشاريع.

ولا يفوتنا التنويه هنا، أن كل ما قلناه حول هذا الموضوع لا يعني بأي حال من الأحوال الاعتداء على حق السلطة التشريعية في سن القوانين أو الانتقاص منه، كما أنه لا يُخلُ بمبدأ الفصل بين السلطات؛ لأن المشرع الدستوري قد جعل السلطة التنفيذية صاحبة اختصاص أصيل بإصدار الأنظمة، إلا أننا بالمقابل نرى، بأن الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية ينبغي أن تدرس بعناية حتى يتم تلافي أية أخطاء وأن لا تتصف بالإستعجال.

الفرع الثاني: أنواع الأنظمة

يجوز للسلطة التنفيذية أن تتمتع بسلطة التشريع استثناءً؛ حيث منحها المشرع الدستوري هذا الحق، ولكن حصراً في بعض المسائل دون غيرها، عن طريق إصدار قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة تتمثل بالأنظمة، وتنقسم الأنظمة إلى نوعين هما؛ الأنظمة التنفيذية والأنظمة المستقلة أو القائمة بذاتها، نعرض لهما كما يلي:

النوع الأول: الأنظمة التنفيذية

يقصد بالأنظمة التنفيذية؛ تلك الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية بهدف وضع القانون موضع التنفيذ؛ لأن الوظيفة الأولى للسلطة التنفيذية تتمثل بتنفيذ القانون، وتجد الأنظمة التنفيذية سندها في المادة (٣١) من الدستور الأردني، والتي نصت على أن: "الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها".

والجدير بالذكر، أن القوانين تقتصر على إيراد المبادئ العامة والخطوط العريضة المتعلقة بمواضيع القوانين دون النص على جميع التفصيلات الخاصة بها، فتأتي الأنظمة لتوضح كيفية تنفيذها في حياتنا اليومية ولتُفّصل المبادئ التي تتضمنها؛ لأن الأنظمة تصدر من سلطة صاحبة خبرة في شؤون التنفيذ، هدفها تيسير تنفيذ القوانين، فتتولى أمر بيان أحكام القانون الجزئية والتفصيلية بقرارات

(١) ديوان التشريع والرأي يتألف من رئيس وعدد من المستشارين والقانونيين والموظفين والمستخدمين، ويختص بدراسة وإعداد جميع التشريعات المعروضة عليه من رئيس الوزراء من خلال دراسة مشاريع القوانين والأنظمة وتدقيقها وإبداء الرأي فيها وتعديل أحكامها وإعادة صياغتها، إضافة إلى وضع مشاريع القوانين والأنظمة ... انظر المادة (٣) و (١٠) من نظام ديوان التشريع والرأي رقم (١) لسنة ١٩٩٣.

إدارية تُعرف بالأنظمة التنفيذية، ويقتصر دورها على إيراد القواعد التنفيذية المحضة والواردة بالقانون دون أن تزيد شيئاً على نصوص القانون أو تحد منها[١]. وعليه فإنه يشترط أولاً: لإصدار النظام التنفيذي وجود تشريع قائم- قانون- كما يشترط ثانياً: أن لا يضيف النظام التنفيذي أية أحكام جديدة للقواعد القانونية الوردة بالقوانين التي صدرت الأنظمة بمقتضاها، والعلة في ذلك؛ أن الأنظمة التنفيذية تصدرمن أجل غاية واحدة فقط؛ تتمثل في تنفيذ القوانين وفقاً لعجز المادة (٣١) من الدستور سالفة البيان.

النوع الثاني: الأنظمة المستقلة

هذا النوع من الأنظمة يشمل أنظمة الضبط والأنظمة التنظيمية، ويطلق عليها مصطلح (الأنظمة القائمة بذاتها)؛ لأنها لا تستند إلى تشريع قائم ولا تقتصر أحكامها على تنفيذ القوانين، بل تأتي بأحكام مبتدئة وجديدة، وهي تنقسم بدورها إلى نوعين هما:

أ. أنظمة الضبط: ويقصد بها الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية وتفرض بمقتضاها القيود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بهدف تحقيق غرض ثابت محدد هو المحافظة على النظام العام بمدلولاته المتعددة، والمتمثلة؛ بحفظ الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة والأداب العامة وجمال ورونق المدن، وإننا نرى هنا، بأن أنظمة الضبط تتعلق بوظيفة السلطة التنفيذية الثانية، والمتمثلة بحفظ الأمن والمحافظة على النظام العام، وتلي وظيفتها الأولى والمتعلقة بتنفيذ القوانين.

وتعد أنظمة الضبط من أبرز مظاهر ممارسة سلطة الضبط الإداري؛ لأنها تضع قواعد عامة مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردي من أجل المحافظة على النظام العام، ونتيجة لذلك تمس حقوق الأفراد وتقييد حرياتهم؛ لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات يتم إيقاعها على مخالفيها[٢].

وتأسيساً على ذلك، تعد أنظمة الضبط الإداري أخطر أنواع الأنظمة التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وأنظمة الضبط الإداري نوعان؛ أحدهما عام، يتصف بالعمومية ولا يخاطب أشخاصاً معينين بالذات أو الاسم، والآخر خاص، يهدف إلى تقييد نشاط معين للأفراد بهدف تحقيق أغراضٍ محددةٍ

(١)حكم محكمة العدل العليا رقم١٩٧٩/١٠٧، سنة ١٩٧٩، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٧٩، ص٥٤٣. وحكمها رقم١٩٩٠/٤٨٢، تاريخ ٢٠٠٠/٣/٢٦، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(٢) بطيخ، رمضان محمد، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٧، ص٧٣٢. وبذات المعنى كامل، نبيلة، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء،١٩٨١، ص١٣٩.

يوكل بتنفيذه إلى هيئات إدارية خاصة، كالضبط الخاص بحماية الآثار العامة والأماكن السياحية[١]، وأنظمة تأديب الطلبة في الجامعات الرسمية، وهما لا يتعارضان، فقد تتدرج أغراض الضبط الخاص ضمن أهداف الضبط العام.

والجدير بالإشارة، أن المشرع المصري نص صراحة على أنظمة الضبط والتي اسماها لوائح الضبط، حيث نصت المادة (١٧٢) من الدستور المصري والصادر سنة ٢٠١٤، على أن:- " يصدر رئيس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء".

أما المشرع الأردني؛ فلم ينص صراحة على هذا النوع من الأنظمة؛ ولعل ذلك يعود إلى أن الكثير من القواعد القانونية الناظمة للقيود التي ترد على حقوق الأفراد وحرياتهم بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره المتعددة قد تم تنظيمها بقوانين لا أنظمة، فالمشرع الدستوري نص على حقوق الأردنيين وواجباتهم وحرياتهم العامة في المواد من (٥) إلى (٢٣)، فصدرت قوانين تنظمها، ولذلك نجد قانوناً للإجتماعات العامة، وآخراً للمطبوعات والنشر، وقانوناً للسير، وقانوناً للمؤسسة العامة للغذاء والدواء، وقانوناً لمنع الجرائم يخول المحافظ أو المتصرف حق إصدار قرارات تتعلق بالاعتقالات، وقانوناً للأمن العام[٢]ينص في المادة الرابعة منه على المحافظة على النظام العام والأمن العام وحماية الأرواح والأعراض والأموال ومنع الجرائم، ويتضح لنا بشكل جلي، أن ما جاء بهذه المادة يتعلق بالعنصر الأول من عناصر النظام العام الذي يهدف الضبط الإداري إلى تحقيقه، وقس على ذلك في باقي القوانين التي تم الإشارة إليها.

وقبل أن نبين السند القانوني لهذه الأنظمة، نود الإشارة إلى موقف الفقه الأردني[٣]منها؛ حيث ذهب رأي إلى القول: إن الأنظمة المستقلة والتي يطلق عليها أيضاً مصطلح اللوائح القائمة بذاتها في

(١) أبو يونس، محمد باهي، أحكام القانون الإداري، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٢٣- ١٢٤. وانظر أيضاً: بطيخ، رمضان، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: ٧٣٥.

(٢) قانون الاجتماعات العامة رقم (٥) لسنة ٢٠١١، وقانون المطبوعات والنشر رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، وقانون السير الأردني رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٨، وقانون المؤسسة العامة للغذاء رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٣، وقانون منع الجرائم رقم (٧) لسنة ١٩٥٤، وقانون الأمن العام رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥.

(٣) إن الكثير من شراح القانون الإداري والدستوري الأردني، لم يبينوا الأساس القانوني لأنظمة الضبط الإداري عندما تعرضوا لها بالشرح في مؤلفاتهم، انظر: شطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء، الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص: ٤٣-٤٥. وكذلك العضايلة، أمين، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص١٢٥ وما بعدها. وأيضاً الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٣٨و٣٩.

مصر هي ذاتها الأنظمة التنظيمية وأنظمة الضبط في الأردن، وسندها في الدستور يتجسد بالمادتين(١١٤) و(١٢٠)[١].وهذا الرأي وإن كان سليماً فيما يتعلق بالأنظمة التنظيمية والتي تجد أساسها الدستوري في المادة (١٢٠) وغيرها من المواد، إلاَ أنه لا يمكن التسليم به في الشق المتعلق بأنظمة الضبط الإداري؛ فهو رأي غير سليم ولا يقوم على أسس واقعية أو نصوص دستورية؛ لأن نص المادة (١١٤) يؤسس للأنظمة التنظيمية بشكل عام وبكيفية تخصيص وإنفاق الأموال العامة وتنظيم مستودعات الحكومة بشكل خاص ولا يشير من قريب أو بعيد لأنظمة الضبط الإداري.

كما ذهب اتجاه آخر في الفقه الأردني[٢]إلى القول: إن أنظمة الضبط تجد سندها بالعرف الدستوري.وهنا نرى، أن هذا الرأي قد استند إلى الفقه والقضاء المصريين[٣]، فالفقه المصري يؤكد بأن ما جرى العمل عليه من جانب السلطة التنفيذية سواء كان ذلك قبل صدور دستور١٩٢٣ أو بعد صدوره، من حق إصدار أنظمة- لوائح – الضبط الإداري، كان يستند إلى قاعدة دستورية نشأت عن طريق العرف وأن السلطة التنفيذية كانت تستعمل هذا الحق؛ لأنه لم يكن هناك نصٌ دستوريٌ يجيز إصدار أنظمة الضبط- لوائح- ولم يعترض البرلمان في تلك الفترة على هذا الحق، كما استند أصحاب هذا الاتجاه إلى حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية مع أنهم لم يبينوا فحوى الحكم في مؤلفاتهم. ونحن بدورنا نود أن نبين ونوضح، أن إصدار لوائح- أنظمة- الضبط الإداري كانت تستند إلى العرف الدستوري الذي التزمت به السلطات العامة في مصر قبل النص عليها دستورياً[٤]، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية؛ حيث قضت بأن: "النظام الذي تقرره جهات الإدارة في صدد أمر معين وتسير على سننه هو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب إحترامه والعمل به إلى أن

(١) للمزيد حول هذا الرأي انظربطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري الأردني في المملكة الأردنية الهاشمية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٤٤.

(٢) يتزعم هذا الإتجاه كنعان، نواف، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٥١. وأخذ به قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٣٨. كما أيده الليمون، عوض، تطور النظام الدستوري الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص١٥٥ و١٥٦.

(٣) من الفقه المصري متولي، عبد الحميد، وخليل، محسن، وانظر أيضاًشيحا، إبراهيم عبد العزيز، النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص٥٤٥.

(٤) نصت المادة (١٧٢) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ على أن: "يصدر رئيس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء".

يحصل تغييره بإجراء عام، فعدم إتباعه في الوقت الذي يكون سارياً فيه من جانب الإدارة، يعد مخالفاً للقانون"[١].

ونحن نرى[٢]، أن ما ذهب إليه هذا الاتجاه اتجاه خاطئٌ شكلاً ومضموناً؛ لأنه قائم على قياس لا يصح ولا يستقيم بين دولتين مستقلتين ومختلفتين في نظمهما القانونية والسياسية، ولذلك فهو اتجاه غير سليم، لأسباب متعددة لعل من أبرزها؛ إن السند الدستوري والمتمثل بالعرف الدستوري المشار إليه والذي عليه أسس هذا الاتجاه السند الدستوري لأنظمة الضبط لم يتشكل في الأردن وإنما في جمهورية مصر العربية!!! فهو إذاً سند دستوري باطل؛ لأنه قائم على قياس مع الفارق، وعليه يكون القياس فاسداً، فكيف يكون حجة قانونية لأصحاب هذا الاتجاه؟!!! وكيف يصح ذلك ويستقيم؟ كما أن الحكم القضائي الذي تم الإتيان به كحجة قضائية لدعم اتجاههم هو حكم قضائي أجنبي، لا قيمة ولا شرعية له؛ لكونه صادراً عن محكمة أجنبية لا أردنية، ويتعلق بتنظيم الشؤون القانونية لتلك الدولة، فكيف يكون ملزماً لدولة مستقلة ذات سيادة وسلطان؟!!! وعليه، لا يمكن أن يكون سنداً أو حجة قضائية ملزمة يؤخذ بها في الأردن، لأن جميع أنظمة الضبط الصادرة في الأردن وكما هو واضح في نصوصها؛ تستند إلى نصوص قانونية قائمة وموجودة في القوانين التي صدرت بمقتضاها، فكيف يقوم العرف الذي يتضمن قاعدة دستورية أو قانونية غير مدونة لينظم مسألة نُظمت بتشريع قائم؟!!!

إن الفقه والقضاء الإداريين، متفق على أن القاعدة العرفية الملزمة تلغى بأحد طريقين: إما بنص تشريعي وإما بعرف جديد[٣]، ولذلك لا يمكن تصور وجود العرف في حال وجود نص تشريعي قائم ينظم ذات المسألة، وبالإضافة إلى هذا وذاك، فإن القاعدة العرفية تعتبر عدماً إذا ما نشأت متعارضة مع أي تشريع سواء كان دستوراً أو قانوناً أو لائحة، ذلك لأن العرف يأتي من حيث مصادر القانون تالياً في المرتبة والقوة القانونية، والأصل في التدرج القانوني ألا يخالف الأدنى الأعلى، وتأسيساً على ذلك، لا يجوز أن يتعارض العرف مع التشريع[٤].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٧، مشار إليه عند شيحا، ابرهيم عبد العزيز، القضـــاء الإداري اللبناني، الجزء الأول، مرجع سابق، ٧٧.

(٢) لم يتبنى هذه الرؤية، أي رأي في الفقه الإداري أو الدستوري في الأردن قبل إعداد هذه الدراسة.

(٣) ليلة، محمد كامل، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٤٢٧.

(٤) الطماوي، سليمان، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٩٨ .

نحن من جانبنا، لانتفق مع هذا الاتجاه أو ذاك الرأي؛ لأنهما مبنيان على القياس الخاطئ، لا على الحقيقة والمنطق والأسانيد الدستورية والقانونية والأحكام القضائية، حيث وجدنا، أن جميع أنظمة الضبط في الأردن وعلى اختلافها تشير إلى سندها الشرعي المتمثل؛ بنصوص القوانين التي صدرت استناداً لها، وبمعنى أدق، إذا أردنا مثلاً معرفة كيف صدر نظام تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية رقم (٩٤) لسنة ١٩٩٩، نجد أنه صدر بمقتضى المادة (٢٧) من قانون الجامعات الأردنية رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٧، والتي تنص على أن:- "يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون بما في ذلك الأنظمة التالية المتعلقة بالجامعات الرسمية: ..."، ولا ريب، أن هذا النظام يتعلق بالعنصر الأول من عناصر المحافظة على النظام العام والمتمثل بعنصر الأمن العام على وجه الخصوص، بالإضافة لبقية العناصر الأخرى، فهو يتصل اتصالاً مباشراً بمنع الإخلال بالنظام والانضباط داخل مباني الجامعة، كما يهدف إلى حماية الأفراد -الطلاب وأعضاء الهيئة التدريسية والإدارية- من الجرائم والأخطار والمحافظة على أرواحهم وأموالهم وممتلكات الجامعة، وتوفير الهدوء والطمأنينة ومنع الضوضاء والمحافظة على الآداب العامة والسكينة العامة والأخلاق العامة عن طريق تنظيم النشاط الفردي بوضع القيود والضوابط على حقوق الأفراد وحرياتهم، لأنه أي النظام يتضمن أوامر ونواهي ويقرر عقوبات تأديبية على المخالفين لأحكامه، وكل هذا وذاك أوضحته المادة الثالثة"[١]، أما نظام مراقبة وتنظيم الباعة المتجولين والبسطات والمظلات والأكشاك ضمن حدود مناطق البلدية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٩، فقد بين، أنه صدر بموجب المادة (٤٠) من قانون البلديات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٧، والذي يشير إلى أن مجلس الوزراء هو صاحب الاختصاص بإصدار الأنظمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، والنظام المشار إليه يتعلق بعنصري السكينة العامة وجمال ورونق المدن وهما من عناصر النظام العام، فمثلا تنص المادة الرابعة من هذا النظام على أنه:- "تحقيقاً للغايات المقصودة من هذا النظام يصدر الوزير بناء على تنسيب المجلس التعليمات المتعلقة بما يلي: أ. تحديد المناطق والأحياء والشوارع والساحات والأرصفة والأماكن التي يسمح للباعة المتجولين باستخدامها أو إقامة البسطات والمظلات والأكشاك عليها ضمن منطقة البلدية على ألا يتعارض ذلك مع التنظيم ولا يعيق حركة مرور المركبات والمشاة ولا يؤثر على المنظر الجمالي لمعالم تلك المنطقة".

(١) حيث نصت على أنه: "تعتبر الأعمال التالية مخالفات تأديبية تعرض الطالب الذي يرتكب أياً منها للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا النظام..."، هكذا أصبحت هذه المادة استناداً إلى النظام المعدل رقم ٧٤ لسنة (٢٠٠٧)، الصادر بالجريدة الرسمية، عدد رقم٤٨٣٧، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦.

كذلك نجد، نظام وقاية الصحة العامة من أضرار التدخين رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٧، قد صدر بمقتضى المادة (٨٠/أ) من قانون الصحة العامة رقم (٢١) لسنة١٩٧١، وهذا النظام يعالج جانباً من جوانب عنصر الصحة العامة[١]، أحد عناصر النظام العام؛ حيث نصت المادة الثالثة منه على أن:- "يحظر على جميع الأشخاص تدخين أي نوع من أنواع التبغ في أي محل عام خلال الأوقات التي يرتاده أو يستعمله الجمهور، على أنه يجوز تخصيص مكان خاص للتدخين في المحل العام، ضمن الشروط التي يوافق عليها الوزير".

إذاً، جميع أنواع أنظمة الضبط الإداري تشير إلى سندها القانوني، وعليه نرى، بأن أنظمة الضبط تجد سندها الحقيقي والدستوري في المادة (٣١) من الدستور؛ لأن القوانين تستند إليها عند إصدار الأنظمة التفيذية المتعلقة بها، ولكن الأنظمة التنفيذية تقتصر عادةً على تنفيذ القوانين ولا تضيف أحكام جديدة على عكس أنظمة الضبط التي لا تحتاج إلى تشريع قائم لأنها مستقلة وقائمة بذاتها.

ومهما يكن من الأمر، فإننا نرى، أن ما جرى في الأردن ربما يعود إلى أن المشرع العادي ألبس أنظمة الضبط الإداري لباس الأنظمة التنفيذية، فأظهرها بمظهر الأنظمة التنفيذية شكلاً إلاَ أنه ضمنها بأحكام أنظمة الضبط موضوعاً، وبمعنى أدق، تعتبر أنظمة الضبط وفقاً للمعيار الشكلي أنظمة تنفيذية؛ أي لو نظرنا إليها لوجدناها قد صدرت بمقتضى نص المادة (٣١) من الدستور- شأنها شأن الأنظمة التنفيذية- وإستناداً لمظهرها الخارجي وللكلمة التي استخدمها المشرع عند وضعها، وتعد أنظمة ضبط وفقاً للمعيار الموضوعي؛ أي لو نظرنا لطبيعتها وجوهرها الداخلي لوجدناها أنظمة ضبط؛ لأن فحواها ومضمون أحكامها مستقل عن التشريع الذي صدرت استناداً إليه، فهي أنظمة قائمة بذاتها ولا علاقة لها بتنفيذ أحكام القانون الصادرة بمقتضاه وفقاً لجوهرها الداخلي، وتأسيساً على ذلك، نرى بضرورة تعديل الدستور الأردني، وإضافة مادة تجيز لمجلس الوزراء بموافقة الملك إصدار أنظمة الضبط الإداري؛ لكي يكون أساسها دستورياً وبنص صريح أسوة بالأنظمة التنفيذية والتنظيمية.

ب. **أنظمة تنظيمية:** وهي الأنظمة التي تصدر من السلطة التنفيذية لإنشاء وتنظيم وتسيير وإدارة المرافق العامة والدوائر الحكومية وتنسيق سير العمل بها، وهي تنسجم -كما نرى- مع وظيفة السلطة التنفيذية الثالثة والتي تتجسد بفكرة إشباع الحاجات العامة، ولا يمكن تحقيق هذه الفكرة إلا

(١) انظر أيضاً، نظام فحص الأدوية رقم (٧) لسنة ١٩٩٤، صادر بمقتضى المادة (٨) من قانون الصحة العامة لسنة ١٩٧١، والتي نصت على أن: "تحدد بمقتضى نظام خاص، المواصفات والشروط الصحية والفنية الخاصة بأماكن ممارسة المهن الطبية بما في ذلك مساحاتها ومرافقها والتفتيش عليها".

بإنشاء المرافق العامة التي تقدم خدماتها العامة للمواطنين تحقيقاً للمنفعة العامة، ولا بد من تنظيم عملها حتى يستفيد منها الجميع دون استثناء، تفعيلاً لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة.

وهذه الأنظمة تجد سندها الدستوري بالمادة (١١٤)، والتي تنص على أن: "لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع أنظمة بموافقة الملك من أجل مراقبة تخصيص وإنفاق الأموال العامة وتنظيم مستودعات الحكومة". واستجابة لهذ النص، صدر نظام الأشغال العامة الحكومية رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦، ونظام اللوازم رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٣، واللذان تم الغاؤهما بنفاذ أحكام نظام المشتريات رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩[١]، كما نجد الأنظمة التنظيمية سندها الدستوري أيضاً بالمادة (١٢٠) من الدستور، والتي نصت على أن:- "التقسيمات الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية وتشكيلات دوائر الحكومة ودرجاتها وأسماؤها ومنهاج إدارتها وكيفية تعيين الموظفين وعزلهم والإشراف عليهم وحدود صلاحياتهم واختصاصاتهم تعين بأنظمة يصدرها مجلس الوزراء بموافقة الملك"، واستناداً لهذا النص صدرت العديد من الأنظمة التنظيمية، مثل نظام التقسيمات الإدارية رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٠، ونظام الخدمة المدنية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣.

ولا يفوتنا في هذا المقام، إلا أن نؤكد أن الدولة تُنشئ المرافق العامة إنشاءً من أجل إشباع الحاجات العامة التي يعجز الأفراد عن تحقيقها لأنفسهم، حيث تقدم هذه المرافق الخدمات والمواد المختلفة للجمهور بقصد تحقيق النفع العام، مثل خدمة التعليم والصحة والمواصلات والاتصالات، وخدمة الأمن وخدمة التقاضي أمام المحاكم، وتقديم المواد الأساسية مثل المياه والمشتقات النفطية والكهرباء...الخ.

والأصل العام؛ هو أن إنشاء المرافق العامة أمر اختياري للسلطة التنفيذية[٢]، والاستثناء هو أن يوجب المشرع على الإدارة إنشاء بعض المرافق التي تدخل بطبيعتها في نطاق وظائف الدولة الأساسية والتقليدية، مثل مرفق الأمن الداخلي ومرفق الدفاع ومرفق العدل ومرفق التمثيل الخارجي.

والجدير بالتنويه، أن القضاء الإداري الأردني مستقر على أن إنشاء المرافق العامة هو من اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ فقد أكدت محكمة العدل العليا: "إن اعتبار أي مشروع مرفقاً

(١) نظام المشتريات الحكومية رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩، منشور بالجريدة الرسمية، العدد ٢٤٤٠، تاريخ ٢٠١٩/٢/١٣.

(٢) رسلان، أنور أحمد، مبادئ القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٥، ص٢٦٠.

عاماً هو من الأمور التقديرية التي تدخل في اختصاص السلطتين التنفيذية والتشريعية، ولا معقب عليها من القضاء"[1].

الفرع الثالث: سريان الأنظمة

يثار التساؤل هنا، حول المجال الزمني لسريان الأنظمة، فهل تسري أحكام الأنظمة بأثر فوري من تاريخ صدورها؟ أم يكون لها أثر رجعي؟

إنَ الإجابة على هذا التساؤل تتطلب الرجوع إلى النصوص الدستورية والتشريعية ذات العلاقة وللأنظمة ذاتها، فالمشرع الدستوري لم ينص صراحةً على بدء سريان الأنظمة، حيث لم تبين المواد الدستورية ذوات الأرقام (٣١) و (٢/٤٥) و(١١٤) و(١٢٠) تاريخ سريان الأنظمة بأنواعها المتعددة، وعلى العكس تماماً نجده قد بين تاريخ سريان القوانين، فالمادة (٢/٩٣)، حددت تاريخ سريانها بمرور ثلاثين يوماً على نشرها بالجريدة الرسمية كقاعدة عامة، وأجازت أيضا كاستثناء على القاعدة أن يكون سريان القانون من تاريخ آخر بشرط النص على هذا التاريخ في القانون ذاته، أي أن القانون قد يسري بشكل فوري، أو بعد مضي مدة زمنية أقل أو أكثر من ثلاثين يوماً، كما يمكن أن يكون له أثر رجعي، إذا نص القانون على ذلك بطبيعة الحال[2]. ولكن الأمر يختلف بالنسبة للأنظمة الصادرة من السلطة التنفيذية، فالمشرع الدستوري لم ينص أو يبين تاريخ سريانها؛ ولذلك فإن تحديد تاريخ سريانها يعود للقوانين التي صدرت بمقتضاها فيما إذا كانت أنظمة تنفيذية، وللأنظمة ذاتها، فيما إذا كانت أنظمة تنظيمية أو أنظمة ضبط؛ فالأنظمة التنفيذية تصدر أساساً واستناداً للقوانين، فمثلاً تنص المادة (٣٥) من قانون الجامعات الأردنية رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨ على أن:- "يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون بما في ذلك الأنظمة التالية المتعلقة بالجامعات الرسمية: ..."، كما أن الأنظمة التنظيمية وأنظمة الضبط تتصدر نصوصها القانونية مواد تبين تاريخ سريانها، وعلى سبيل المثال لا الحصر، نص نظام الخدمة المدنية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣، في المادة الأولى منه على أن:-" يسمى هذا النظام (نظام الخدمة المدنية) ويعمل به اعتباراً من ٢٠١٤/١/١، وكذلك نص نظام المشتريات الحكومية رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩ في المادة الأولى على أن:- "يسمى هذا النظام (نظام المشتريات الحكومية لسنة ٢٠١٩) ويعمل به بعد مائة وثمانين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية"، أما

(١) حكم محكمة العدل العليا رقم ١٩٦٧/٧٤، تاريخ ١٩٦٧/٤/٣٠، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٩، ص٣٢١.

(٢) "يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر". المادة (٢/٩٣) من الدستور الأردني.

نظام تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية رقم (٩٤) لسنة ١٩٩٩، فقد بين تاريخ سريانه بالمادة الأولى، والتي تنص على أن:- "يسمى هذا النظام (نظام تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية لسنة (١٩٩٩) ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

ويلاحظ، أن الأنظمة المشار إليها قد حددت تاريخاً لسريانها هو تاريخ معين أو نشرها في الجريدة الرسمية، دون أن تتطلب مرور الثلاثين يوماً المحددة لسريان القوانين، ودون الخوض فيما إذا كانت تلك الأنظمة تستند لنص دستوري أم تشريعي لسريانها، نود أن نؤكد هنا، أن الأنظمة تسري بأثر حال ومباشر من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية كقاعدة عامة، أي بتاريخ آخر مختلف عن التاريخ الذي حدده الدستور لسريان القانون؛ حيث تطلب مرور ثلاثين يوماً على نشرها بالجريدة الرسمية كأصل عام.

والجدير بالذكر، أن القضاء الإداري الأردني مستقر على ذلك حيث أكد على أنه: "يسري مفعول القانون بإصداره من الملك ومرور ثلاثين يوماًعلى نشره في الجريد الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر عملاً بالمادة (٩٣) من الدستور... واستقر الاجتهاد على أن يعمل بالأنظمة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، ولا يجوز أن يكون لها أثر رجعي، وعليه فلا يجوز للإدارة تغيير قرارها السابق بمقتضى نظام ذي مفعول رجعي"[١].

والأصل العام، أن القرار الإداري يعتبر نافذاً منتجاً لآثاره القانونية اعتباراً من صدوره؛ فيسري على المستقبل دون الماضي[٢]، والقاعدة العامة هي عدم رجعية القرارات الإدارية[٣]، بحيث تسري بأثر مباشر من تاريخ نفاذها دون أن يكون لها أي أثر على ما تم من مراكز قانونية قبل ذلك[٤]، وهذه القاعدة تهدف إلى تحقيق عدة اعتبارات[٥]؛ منها: إعمال قواعد الاختصاص من حيث الزمان، وحماية المراكز القانونية الذاتية أو الحقوق المكتسبة، وتأمين استقرار المعاملات.

---

(١) حكم محكمة العدل العليا رقم٥٣/٤٠، مجلة نقابة المحامين، عدد ١٢، السنة١، ص٥٩٩. وحكمها رقم٦٦/٨١، مجلة نقابة المحامين، ١٩٧٧، ص٣٩٥.

(٢) حسانين، محمد فتحي، الحماية الدستورية للموظف العام، مطبعة الأهرام، القاهرة، ١٩٩٧، ص٤٤٦.

(٣) تنص المادة (٥٤) من نظام الخدمة المدنية (٨٢) لسنة ٢٠١٣، على أنه:"لا يجوز أن يكون للتعيين أو تعديل الوضع أثر رجعي...".

(٤) عبد الباسط، محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص٢٢٥.

(٥) بركات، عمرو فؤاد، الترقية وأثر الحكم بإلغائها، مجلة العلوم الإدارية تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة ٢٨، العدد الأول، ١٩٨٦، ص٢٥.

إذاً، القاعدة العامة هي: أن تسري أحكام الأنظمة بأثر حال وفوري أي من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية ولكن يرد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات في دائرة ضيقة جداً[١]، محددة دستورياً وقانونياً ومتفقاً عليها فقهاً وقضاءً، والاستثناءات التي ترد على قاعدة عدم رجعية القرارات الإداريةهي:

١. إذا ما صدر نظام يفسر نظام سابق عليه وغامض، لكون النظام الجديد لم يحمل أحكام جديدة للنظام المراد تفسيره، بل أنها مؤكدة ومتممة له، ومع ذلك نجد أن المشرع الأردني أصدر نظاماً للخدمة المدنية جاء معدلاً ومفسراً لبعض النصوص القانونية المتعلقة بالإجازات المرضية[٢].

٢. أن يرد نص في القانون يجيز تطبيق النظام بأثر رجعي، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تقرير سريان النظام بأثر رجعي من خلال أداة أدنى من القانون، وهذا ما أقره القضاء الإداري في الأردن حيث أكد على أنه: "استقر الاجتهاد على أن يعمل بالأنظمة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ولا يجوز أن يكون لها أثر رجعي، وعليه فلا يجوز للإدارة تغيير قرارها السابق بمقتضى نظام ذي مفعول رجعي"[٣]، وعليه، يجوز أن تصدر القرارات الإدارية تنفيذاً لقوانين نصت على تطبيقها بأثر رجعي.

٣. أن يكون النظام صادراً تنفيذاً لحكم قضائي بإلغاء قرار إداري مخالف للقانون، ومن أبرز الأمثلة على هذا الاستثناء القرارات التي تصدر تنفيذاً لأحكام صادرة من جهة القضاء، والتي تتضمن إلغاء قرارات إدارية بالترفيع[٤]، وتتحقق هذه الصورة عندما ينص المشرع صراحة على حق الإدارة في إصدار قرارات ذات أثر رجعي، وفي هذه الحالة نكون أمام تفويض من المشرع للإدارة بممارسة اختصاص من اختصاصاته؛ فالقاعدة العامة تمنع المساس بالحقوق المكتسبة إلا بنص قانوني[٥].

---

(١) عبد الباسط، محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص٢٢٦.

(٢) راجع نظام الخدمة المدنية المعدل رقم ٩٦ لسنة ٢٠١٤، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم(٥٣٠٨)، تاريخ٢٠١٤/١٠/١٦.

(٣) حكم محكمة العدل العليا رقم ١٩٥٣/٤٠، سنة ١٩٥٣، مجلة نقابة المحامين، سنة١، عدد١٢، ص٥٩٩.

(٤) لم يكن الطعن بقرار الترفيع وارداً في اختصاص محكمة العدل العليا؛ فالمشرع لم يمنح المحكمة هذه الصلاحية قبل القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢.

(٥) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، القرارات الإدارية في فقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٤٧.

أما مجلس الدولة الفرنسي، فإن أحكامه رغم ندرتها كانت قد أشارت إلى تبني هذه الفكرة لتبرير حرية الإدارة في الرجوع عن قرارها المعيب أو المبني على سلطة مقيدة. ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي لم يظهر بالصورة التي عليها قضاء مجلس الدولة المصري[١].

كما أن أنظمة الخدمة المدنية الأردنية كانت تنص على أنه لا يجوز أن يكون للتعيين أو تعديل الوضع أو الترفيع أثر رجعي[٢]، إلا أن نظام الخدمة المدنية الصادر سنة٢٠٠٧، استثنى الترفيع من هذه القاعدة حيث نصت المادة (٥٤) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ على أنه:- "لا يجوز أن يكون التعيين أو تعديل الوضع بأثر رجعي"[٣]، كذلك فعل نظام الخدمة المدنية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣؛ حيث جاء الاستثناء بنفس رقم المادة وبذات المضمون، ومعنى ذلك أن المشرع الأردني فتح المجال أمام الإدارة لخرق قاعدة عدم رجعية القرارات الخاصة بالترفيع، حيث أصبح يجيز للقرارات التي تصدر تنفيذاً لأحكام صادرة من جهة القضاء –والتي تتضمن إلغاء قرارات إدارية بالترفيع– أن يكون لها أثر رجعي، لأنها صدرت تنفيذاً لقوانين نصت على تطبيقها بأثر رجعي[٤]، وعلة ذلك؛ أن المشرع الأردني لم يكن يمنح جهة القضاء صلاحية النظر في الطعون التي يقدمها الموظفون العموميون في قرارات الترفيع إلا بعد صدور قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

المطلب الثاني: التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب القوانين والأنظمة.

تتمثل التشريعات الفرعية العادية التي تصدر بموجب القوانين والأنظمة في النظام القانوني الأردني بما يعرف إصطلاحاً (بالتعليمات الإدارية)، وهي تختلف بطبيعة الحال عن الأنظمة من حيث قيمتها ومرتبتها القانونية، وتأسيساً على ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ نتناول في الفرع الأول مفهومها وأنواعها ثم نبين في الفرع الثاني أساسها وقيمتها القانونية، وعلى النحو الآتي:

(١) الكبيسي، رحيم سليمان، حرية الإدارة في سحب قراراتها، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٦٥٧.

(٢) نصت المادة (٣٠) من نظام الخدمة المدنية رقم (١) لسنة ١٩٩٨ على أنه:" لا يجوز أن يكون للتعيين أو تعديل الوضع أو الترفيع مفعول رجعي... " وبنفس المعنى المادة (٥٣) من نظام الخدمة المدنية رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢.

(٣) المادة (٥٤) من نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

(٤) حسانين، محمد فتحي، الحماية الدستورية للموظف العام، (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، مرجع سابق، ص٤٤٦.

الفرع الأول: مفهوم التعليمات الإدارية وأنواعها.

للوقوف على مفهوم التعليمات الإدارية، لا بد لنا من اللجوء إلى معيار نستطيع من خلاله بيان مدلولها وتمييزها عن الأنظمة الإدارية؛ لكونها هي الأخرى تعتبر تشريعات فرعية عادية من جهة، وتصدر من ذات السلطة التنفيذية من جهة ثانية. وهذا المعيار قد يكون معياراً شكلياً أو معياراً موضوعياً وقد يتم ترجيح أحدهما على الآخر أو الأخذ بالمعيارين معاً، وذلك على النحو الآتي:

المعيار الشكلي: تعد التعليمات الإدارية قرارات إدارية، فلو نظرنا إلى الجهة التي أصدرتها والإجراءات التي مرت بها عند إصدارها لوجدناها صادرة من الإدارة ذاتها، أي الإدارة المعنية بتنفيذ القوانين والأنظمة، وهي على –الأغلب الأعم[١]– لا تسند إلى النصوص الدستورية ولا تصدر من مجلس الوزراء ولا تنشر في الجريدة الرسمية ولا تتوشح بالإرادة الملكية، وإنما تصدر من أي جهة من جهات الإدارة المختلفة في الدولة سواء أكانت هذه الإدارة مركزية أم لامركزية [٢]. ونتيجة لذلك لا ترقى إلى مرتبة الأنظمة التي تصدر بموجب أحكام الدستور؛ لأنها تستند إلى القوانين والأنظمة، وتصدر من أي جهة إدارية أدنى من مجلس الوزراء، وإن كانت تتشابه مع الأنظمة باعتبارها قرارات إدارية وفقاً للمعيار الشكلي.

المعيار الموضوعي: تعد التعليمات الإدارية تشريعات فرعية وفقاً للمعيار الموضوعي، أي لو نظر إلى جوهرها ومحتواها لوجدناها تتمثل بقواعد عامة مجردة وملزمة وتطبق على شريحة واسعة من الأفراد المخاطبين بأحكامها دون أن تحددهم بالاسم أو الذات، وهي بذلك تعتبر تشريعات فرعية صادرة عن السلطة التنفيذية، وهي على نوعين؛ تعليمات إدارية تنفيذية[٣] وتعليمات إدارية تنظيمية[٤]، فالتعليمات الإدارية التنفيذية، لا يجوز أن تأتي بأحكام جديدة بل يقتصر دورها على بيان كيفية تنفيذ

---

(١) هناك بعض التعليمات تصدر من مجلس الوزراء وتتوشح بالإرادة الملكية وتنشر بالجريدة الرسمية، ولكن معظمها يصدر من جهات الإدارة المختلفة بالدولة سواء أكانت مركزية أم لامركزية ولا تنشر في الجريدة الرسمية، وهذا هو الفرق بينها وبين الأنظمة التي لا يجوز أن تصدر إلا من مجلس الوزراء؛ ويشترط لنفاذها صدور الإرادة الملكية والنشر بالجريدة الرسمية.

(٢) فمثلاً قد تصدر في الجامعات من مجلس العمداء، وفي الوزارات تصدر من الوزير المختص الذي يتولى إدارة الوزارة.

(٣) ا ستخدمنا هذا الإصطلاح لتنسجم الألفاظ مع المعاني، ولكونها تقتصر على تنفيذ الأنظمة دون أن تضيف أحكام جديدة.

(٤) التعليمات التنظيمية تأتي بأحكام تنظيميةجديدة ولكن لا يجوز أن تخالف القوانين والأنظمة الصادرة بمقتضاها.

الإنظمة، وهذا ما أكده القضاء الإداري الأردني؛ حيث درجت أحكامه على أنه: "من غير الجائز للتعليمات أن تتجاوز الأمور التنظيمية والتنفيذية لتستحدث أحكاماً جديدة لم ترد في القانون الذي صدرت التعليمات استناداً إليه"[١]، أما التعليمات الإدارية التنظيمية الصادرة بمقتضى القوانين أو الأنظمة، فإنها تأتي بأحكام تنظيمية، ومن الأمثلة على التعليمات التنظيمية؛ تعليمات منح درجة البكالوريوس الصادرة بقرار عن مجلس العمداء في الجامعة الأردنية[٢]، والتي تضمنت تفصيلات دقيقة تتعلق بالخطط الدراسية ومدة الدراسة والعبء الدراسي والمواظبة والامتحانات...الخ. ولربما صح قولنا، إنه إذا كانت الأنظمة التنفيذية تضع التفصيلات اللازمة لتنفيذ القوانين، فإن التعليمات الإدارية التنفيذية تأتي لتفصيل المفصل من الأحكام والقواعد التي تضمنتها القوانين والأنظمة؛ فتوضح معانيها وتسهل إجراءات تنفيذها في مختلف جهات الإدارة المركزية واللامركزية، فهي إذاً المعلم الذي يعلم[٣] الموظفين كيفية تنفيذ القوانين والأنظمة بتفصيلاتها الدقيقة.

الفرع الثاني: أساس التعليمات الإدارية وقيمتها القانونية

إن القرارات الإدارية الصادرة عن جهات الإدارة المختلفة والتي تتضمن قواعد عامة ومجردة وملزمة قد تكون تنفيذية تقتصر على تنفيذ القوانين أو الأنظمة، وقد تكون تنظيمية تنشئ وتعدل وتلغي مراكز قانونية، وتسمى بنوعيها بالتعليمات الإدارية تمييزاً لها عن الأنظمة، وتعد بجميع الأحوال من التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتساؤلات التي قد تتبادر للأذهان ونطرحها هنا هي: إذا كان للتعليمات هذه القيمة القانونية فما هو الدليل على ذلك؟ وما هو السند الشرعي –القانوني– لوجودها؟ وما هي الحجج والأسانيد القانونية والقضائية والفقهية التي تدعم هذه الرؤية؟ وما هي مرتبتها القانونية القانونية ضمن قاعدة تدرج القواعد القانونية في التنظيم القانوني بالدولة؟

للوهلة الأولى، تبدو الإجابة تتمثل بأن أي مشروع يتعلق بإقرار قاعدة قانونية معينة لا بد من أن يمر بجميع المراحل المنصوص عليها دستورياً لكي يكتسب صفة الإلزام، وإذا نظرنا إلى معظم التعليمات، فإننا نرى بأنها بقيت حبيسة الإدارة–على الأغلب الأعم– التي أصدرتها، فلم يقرها مجلس

(١) حكم محكمة العدل العليا رقم ٩٢/١٢، سنة ١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩٣، منشور على الصفحة ٥٢٥.

(٢) تعليمات منح درجة البكالوريوس صدرت استناداً للمادة (٣/أ) من نظام منح الدرجات العلمية والدرجات الفخرية والشهادات في الجامعة الأردنية رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٤، بموجب قرار مجلس العمداء رقم (٢٠٠٥/١٣٧)، بتاريخ٢٠٠٥/٦/٦.

(٣) التعليم اسم مذكر لا يؤنث ويجمع جمع مؤنث سالم بكلمة تعليمات.

الوزراء ولم تتوشح بالإرادة الملكية ولم تر النور بالجريدة الرسمية، أي أنها لم تسلك للتشريع مسلكاً قانونياً، وإذا توقفنا عند هذه النقطة، فالتعليمات لا أهمية ولا قيمة لها تذكر من الناحية القانونية، ولكننا نحتج بالأدلة والبراهين والأسانيد القانونية والأحكام القضائية التي تدعم رؤيتنا حول مشروعية التعليمات وقيمتها القانونية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف المشرع الأردني

إن المشرع الدستوري وإن كان لم ينص على التعليمات الإدارية إلا أن المشرع العادي قد نص عليها، وبين صراحةً أساسها ومرتبتها وقيمتها القانونية في مدارج القواعد القانونية التي يتشكل منها التنظيم القانوني في الدولة، ولذلك تتمثل الأدلة والحجج القانونية التي تدعم رؤيتنا بمشروعية التعليمات وقوتها القانونية من خلال النصوص القانونية التي وردت في القوانين والأنظمة المختلفة التي أشارت إليها، فالتعليمات تجد لها سنداً في القانون أو النظام الذي صدرت بمقتضاه، فتكون قوتها القانونية الإلزامية نص القانون أو النظام الذي أجاز صدورها –المادة التي تتعلق بالتعليمات– ومر بجميع المراحل المنصوص عليها في الدستور، وليس معنى ورودها ضمن أعمال الإدارة أن تتجرد من كونها تشريعاً فرعياً، والتعليمات قد تجد لها سنداً في نص النظام الذي صدرت بمقتضاه، فعلى سبيل المثال لا الحصر؛ تُبين تعليمات التأمين الصحي للعاملين في الجامعة الأردنية لسنة ٢٠١٠، والصادرة عن مجلس الجامعة أنها تستند إلى نص المادة (١٧) من نظام التأمين الصحي للعاملين في الجامعة الأردنية[١]، كما توضح تعليمات منح درجة البكالوريوس، والصادرة عن مجلس العمداء أنها تجد أساسها القانوني في نص المادة (٣/أ) من نظام منح الدرجات العلمية والدرجات الفخرية والشهادات في الجامعة الأردنية[٢].

كما نجد للتعليمات سنداً في القانون الذي صدرت بمقتضاه، فمثلاً نص قانون الانتخاب لمجلس النواب، على أن: "يصدر المجلس التعليمات التنفيذية وأي تعليمات أخرى لازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه"[٣]، وهذه أنظمة تنظيمية كما يتضح من مضمون هذا النص، أما

(١) انظر المادة (١٧) من نظام التأمين الصحي للعاملين في الجامعة الأردنيةرقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٣.

(٢) انظر المادة تعليمات منح درجة البكالوريوس صدرت استناداً للمادة (٣/أ) من نظام منح الدرجات العلمية والدرجات الفخرية والشهادات في الجامعة الأردنية رقم (٥٨) لسنة ١٩٨٤، بموجب قرار مجلس العمداء رقم (٢٠٠٥/١٣٧)، بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٦.

(١٧) من نظام التأمين الصحي للعاملين في الجامعة الأردنيةرقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٣.

(٣) انظر المادة (٦٦/ب) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠١٦.

قانون المؤسسة العامة للغذاء والدواء[١]، فقد منح مجلس إدارة المؤسسة حق إصدار تعليمات تتعلق بتسجيل الدواء[٢].

أما عن القيمة القانونية التي تتمتع بها التعليمات والمرتبة التي تحتلها في قاعدة التدرج التشريعي، فقد بينها المشرع؛ عندما أوضح كيفية الطعن بها بالإلغاء؛ حيث تطلب عدم مخالفة التعليمات للأنظمة أو للقوانين الصادرة بمقتضاها، ونص صراحة على أن: "أ. تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها، بالنظر في الطعون والطلبات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك: ١...٦. الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب إلغاء أي... تعليمات ...والمستندة إلى مخالفة التعليمات للقانون أو النظام الصادرة بمقتضاه ..."[٣].

وصفوة القول، إن التعليمات الإدارية التنفيذية والتنظيمية تجد سندها الشرعي في مختلف الأنظمة والقوانين الصادرة بمقتضاها[٤]، وتأسيساً على موقف المشرع هذا، فإن التعليمات الإدارية التنفيذية تحتل المرتبة الرابعة في قاعدة التدرج التشريعي، فالتعليمات وإن كانت تتشابه مع الأنظمة في أن كلاهما يتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة قد تنشئ وتعدل وتلغي مراكز قانونية، وكلاهما تصدران من السلطة التنفيذية، إلا أن التعليمات أدنى مرتبة وقيمة من الأنظمة وفقاً للمعيار الشكلي؛ فالجهة التي تملك حق إصدارها أدنى من السلطة التي تصدر عنها الأنظمة، فقد تكون أي جهة من جهات الإدارة المركزية أو اللامركزية، بينما الأنظمة لا يجوز أن تصدر إلا من مجلس الوزراء حصراً، كما تستند وتصدر بموجب أحكام القوانين والأنظمة لا بموجب أحكام الدستور، فضلاً عن أن الإجراءات المتبعة لإصدارها أسهل من إجراءات إصدار الأنظمة، فهي لا تتطلب –غالباً– صدور

(١) قانون المؤسسة العامة للغذاء والدواء رقم (١٢) لسنة ٢٠١٣.

(٢) أسس تسجيل الدواء لسنة ٢٠١٥، صادرة بموجب المادة (٥) من قانون المؤسسة العامة للغذاء والدواء رقم (١٢) لسنة ٢٠١٣.

(٣) المادة (٥/أ/٦) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤. كما نص المشرع العراقي على أن: "... خامساً– يعد من أسباب الطعن في الأوامر والقرارات بوجه خاص ما يأتي–(١) أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأنظمة الداخلية...". انظر المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧. كذلك نصت المادة (٤٤) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٩، بشأن العطاءات للأشغال الحكومية: تبقى تعليمات المقاولين الفلسطينية لسنة ١٩٩٤، سارية المفعول إلى أن تستبدل بنظام يصدر عن مجلس الوزراء".

(٤) فمثلاً تنص المادة (٢٢) من نظام تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية رقم ٩٤ لسنة ١٩٩٩، على أن: " يصدر مجلس الجامعة الأردنية التعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا النظام".

قراراً من مجلس الوزراء أو أن تقترن بالإرادة الملكية أو تنشر في الجريدة الرسمية، ونتيجة لذلك لايجوز لها أن تخالف الأنظمة أو القوانين الصادرة بمقتضاها، وإلا فقدت مشروعيتها القانونية وكانت عرضة للإلغاء من قبل القضاءالإداري.

ثانياً: موقف القضاء الأردني

أما البراهين القضائية التي تدعم هذه الرؤية؛ فتتمثل بما درجت عليه أحكام القضاء الإداري الأردني من اعتبار التعليمات تلي الأنظمة في التدرج التشريعي، وأنها تستمد سندها ومشروعيتها من القانون، فقد أكدأن مبدأ المشروعية يتمثل:- "بخضوع الإدارة في تصرفاتها إلى أحكام القانون بمعناه الواسع، فلا يخالف القانون الدستور ولا يخالف النظام القانون أو الدستور ولا تخالف التعليمات النظام أو القوانين أو الدستور وحيث أن التعليمات... صدرت استناداً لأحكام المادة (٨٣) من قانون مراقبة أعمال التأمين رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩، فإنها تستمد مشروعيتها من القانون"[١]، كما أوضح أن:- "النتيجة التي توصلت إليها المستدعى ضدها(المحكمة الإدارية) في قرارها المشكو منه محل الطعن جاءت تطبيقاً لنص القانون والتعليمات الصادرة بمقتضاه... فيكون حكمها موافقاً للقانون وأسباب الطعن لا ترد عليه ويعين ردها"[٢]، وفي حكم آخر، بينت محكمة العدل العليا قيمة التعليمات القانونية؛ بقولها:- "تعتبر التعليمات الصادرة عن سلطة إدارية بمقتضيات وظيفتها قراراً تنظيمياً عاماً أو قراراً فردياً عاماً، أياً كان الشكل الذي تصدر فيه، فردياً أو تنظيمياً، ما دام أن التعليمات قد احدثت مركزاً قانونياً جديداً يؤثر في مركز قانوني قديم"[٣].

ثالثاً: موقف الفقه الأردني

انقسم الفقه الإداري في الأردن إلى ثلاثة اتجاهات مختلفة، اتجاه لم يشر للتعليمات كمصدر من مصادر مبدأ المشروعية، وهم بذلك جردوها من أي قيمة قانونية في قاعدة التدرج التشريعي [٤].

---

(١)حكم محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٤/٣٣٢، بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٣٠، مجلة نقابة المحامين، عدد٤، ص٦٧٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٠١٥/٣٨، بتاريخ ٢٨/ ٢٠١٥/١٠، مركز منشورات قسطاس.

(٣) حكمها رقم ١٩٨٧/٨٤، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٩، ص١٦٠٣.

(٤) أصحاب هذا الاتجاه لم يشيروا في مؤلفاتهم إلى أن التعليمات مصدر من مصادر القانون الإداري أو مبدأ المشروعية، وهم: الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٤٠. بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري الأردني في المملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص٤٥. الليمون، عوض، تطور النظام الدستوري الأردني، مرجع سابق، ص١٥٦. ابو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٩٠.

واتجاه آخر، اعترف بها ووضع لها مدلولاً وتعريفاً مغايراً لما قصده وأراده المشرع[١]. أما الاتجاه الثالث فيرى أنصاره، أن القضاء الإداري الأردني هو من منحها القيمة القانونية وجعلها مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية، وهذا الاتجاه لم يعرفها[٢]. ويلاحظ أن الاتجاهين الآخيرين لم يبينا مرتبتها وفقاً لقاعدة التدرج التشريعي.

وهنا نرى، أن شراح القانون الإداري قد ساهموا بشكل أو بآخر في التعمية على مدلول التعليمات، وجعلوه مدلولاً غامضاً ومبهماً وجردوه من معناه الحقيقي وتوصلوا إلى نتائج غير سليمة؛ ولعل السبب في ذلك يعود إلى القياس الخاطئ بين التعليمات الإدارية في الأردن والتوجيهات والأوامر في فرنسا، فالمقارنة بين مصطلحين مختلفين لفظاً ومعنى أو شكلاً ومضموناً تؤدي إلى تعميق الالتباس والخلط بينهما، فقد قالوا: إن التعليمات هي الأوامر التي يصدرها الرئيس الإداري الأعلى إلى مرؤوسيه متضمنة تفسير القوانين والأنظمة القائمة وكيفية تنفيذها، إلا أنها لا ترتب أي أثر بالنسبة للأفراد ولا تتضمن بالنسبة إليهم أي تغيير في الأوضاع القانونية [٣]. ومن هنا جاء القياس مع الفارق فالمفهوم الذي وضعوه للتعليمات يتعلق بالأوامر والتوجيهات لا بالتعليمات الإدارية، لأن المقصود بالتوجيهات والأوامر في فرنسا تلك التي تصدر من الرؤساء الإداريين إلى مرؤوسيهم وتبين لهم كيفية تنفيذ القوانين والأنظمة، ولا ترتب آثاراً قانونية ولا تمس بالمراكز القانونية للأفراد، وعليه لا تعتبر مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية[٤].

وعلى خلاف القياس السابق؛ فالتعليمات الإدارية التنفيذية لها مدلول ومعنى مختلف عن التوجيهات والأوامر، فهي -كما أشرنا سابقاً- تتضمن قواعد عامة مجردة وملزمة، وترتب آثاراً قانونية، فهي تنشئ مراكزاً قانونية وتعدل فيها وتلغيها أيضاً، وهذا مانص عليه المشرع الأردني وأكده القضاء الإداري في أحكامه المتعددة؛ فمثلاً صدر حكم جاء فيه:- "أن المادة التاسعة من التعليمات رقم (٣) لسنة ١٩٩٧، تعليمات معدلة لتعليمات القواعد والأسس لمعادلة الشهادات غير الأردنية الباحثة في

(١) هذا الاتجاه يتزعمه كنعان، نواف، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص٢٠. ويؤيد هذاالإتجاه كل من: قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٢ – ٣٣. العتوم، منصور، القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص٢٣.

(٢) أول من أخذ بهذا الاتجاه الشطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٤٦.

(٣) انظر كنعان، نواف، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص:٢٠. ويؤيد هذا الاتجاه كل من قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣. والعتوم، منصور، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٣.

(٤)الشطناوي، على خطار، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٤٦.

شروط معادلة شهادة الدكتوراه الصادرة عن غير الجامعات الأردنية، تشترط أن لا تقل مدة الدراسة اللازمة للحصول عليها عن سنتين دراسيتين بعد الدرجة الجامعية الثانية أو ثلاث سنوات دراسية بعد الدرجة الجامعية الأولى، شريطة أن تكون سنة دراسية منها على الأقل في كلتا الحالتين دراسة بالإنتظام... وعليه، وحيث أن المستدعي غير منتظم في دراسته عندما حصل على شهادة الدكتوراه، ولم يحقق ماقررته التعليمات المذكورة أعلاه وفق ما هو ثابت من جواز سفره، وأنه لم يقم الدليل على عكس ذلك، فيكون القرار المطعون فيه قد صادف صحيح القانون(١).

ولا ريب، أن هذا الحكم يؤكد أن القرار الإداري الذي يستند إلى التعليمات الإدارية التنفيذية ينشئ ويعدل ويلغي المركز القانوني للأفراد، فالمستدعي رافع الدعوى حصل على شهادة الدكتوراه، ولأنه لم ينتظم في دراسته وفقاً للتعليمات، فلم يتم معادلة شهادته، وبذلك فقد حقوقاً متميزة كان يمكن أن يحصل عليها لولا وجود هذه التعليمات التي استند إليه القرار وحرمه منها.

وعلاوة على ذلك، فقد أجاز قانون القضاء الإداري الطعن بإلغاء التعليمات المخالفة للقوانين والأنظمة إذا كانت غير مشروعة شأنها في ذلك شأن الأنظمة المخالفة للقوانين، ولو لم تكن التعليمات تنشئ وتعدل وتلغي مراكز قانونية لما كان المشرع قد نص على جواز إلغائها(٢).

أما القول: إن القضاء الإداري هو من منحها- التعليمات - القيمة القانونية، فهو قول لا يعترف بدور المشرع ولا يستند إلى أي حجة قانونية ويتعارض مع وظيفة القضاء المتمثلة بتطبيق القواعد القانونية لا بخلقها وإنشائها، كما أنه يتناقض مع الواقع ومع موقف المشرع الأردني، وكان الأجدى بأصحاب هذا الاتجاه القول، بإن التعليمات تستمد قوتها وقيمتها من النصوص التشريعية، وإن القضاء الإداري قد درج في أحكامه وسار في اتجاهه ونهج منهجاً يؤكد على هذا التأصيل والأساس الذي وضعه المشرع.

المطلب الثالث: التشريعات الفرعية الاستثنائية

إن المشرع الدستوري جعل مهمة التشريع كقاعدة عامة من اختصاص السلطة التشريعية، ولكنه أناط بالسلطة التنفيذية صلاحية إصدار تشريعات فرعية كاستثناء على هذه القاعدة؛ أحياناً تحت مصطلح الأنظمة وأحياناً أخرى تحت مصطلح القوانين المؤقتة وأحياناً ثالثة تحت مصطلح التعليمات العرفية، والتشريعات الاستثنائية التي تصدر عن السلطة التنفيذية في حالة الضرورة ليست واحدة بل

(١) حكم محكمة العدل العليا رقم ٢٠٠٦/٦٥، تاريخ ٢٠٠٦/٤/١٠، منشورات مركز قسطاس الإلكتروني.
(٢) المادة (٥/أ/٦) من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

تنقسم إلى نوعين رئيسيين؛ أحدهما يصدر في ظل الاستثنائية المقترنة بحل مجلس النواب وهي ما يطلق عليها مصطلح (القوانين المؤقتة)، أما النوع الآخر: فيصدر في ظل الظروف الاستثنائية المقترنة بسريان قرار الأحكام العرفية وتسمى (بالتعليمات العرفية)، والتشريعات الفرعية الاستثنائية التي تصدر في حالة الضرورة نص عليها المشرع الدستوري صراحةً في المادتين (٩٤) و (١٢٥)، وسنتطرق لها على النحو الآتي:

الفرع الأول: القونين المؤقتة

كرس المشرع الدستوري حق السلطة التنفيذية في إصدار القوانين؛ ولكن بشكل مؤقت وبشروط متعددة ومجتمعة، وهذا ما أشارت إليه المادة (٩٤) من الدستور، حيث نصت على أن:- "١.عندما يكون مجلس النواب منحلاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الأمور الآتي بيانها:- أ- الكوارث العامة. ب- حالة الحرب والطوارئ. ج- الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأخير. ويكون للقوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون على أن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وعلى المجلس البت فيها خلال دورتين عاديتين متتاليتين من تاريخ إحالتها وله أن يقر هذه القوانين أو يعدلها أو يرفضها فإذا رفضها أو انقضت المدة المنصوص عليها في هذه الفقرة ولم يبت بها وجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلان نفاذها فوراً، ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول ما كان لها من قوة القانون على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة.٢.يسري مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسري فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم المادة (٩٣) من هذا الدستور".

وبتحليل هذا النص الدستوري يلاحظ، أن ممارسة هذا الحق من قبل السلطة التفيذية –مجلس الوزراء– يجب أن يكون مقروناً بضوابط وشروط مجتمعة؛ تتمثل بما يلي:

أولاً: من الناحية الزمنية.

يجب أن لا تصدر هذه القوانين المؤقتة إلا إذا كان مجلس النواب منحلاً، أما إذا كان غير منعقد بسبب عطلة عادية أو إستثنائية بين أدوار الإنعقاد فلا يجوز أن تصدر مثل هذه القوانين إطلاقاً.

وهنا نعتقد، أن هذا الشرط محل نظر، فقد لا يكون مجلس النواب منحلاً، ولكنه لا يستطيع الانعقاد بسبب ظروف قاهرة كاضطرابات عنيفة أو توافر صورة من صور حالة الضرورة تمنع النواب المقيمين في الأقاليم أو المحافظات من الحضور لمبنى مجلس النواب، وتكون هناك حاجة ماسة

لإصدار قانون معين، فما العمل حينئذ؟ خصوصاً وأن مجلس الوزراء –الذي يفترض أن أعضاءه متمركزين في العاصمة– ليس له الحق في إصدار القوانين المؤقتة بسبب عدم حل مجلس النواب؟

لذا نقترح، تعديل المادة (٩٤) من الدستور، لمواجهة مثل هذه الحالة المفترضة، وذلك بإلغاء عبارة:– "عندما يكون مجلس النواب منحلاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة"، والاستعاضة عنها بعبارة: "عندما يكون مجلس النواب غير منعقد، يدعو الملك المجلس لإنعقاد طارئ، وفي حال تعذر انعقاده أو إذا كان مجلس النواب منحلاً، يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة، وهكذا نعتقد، أن المجلس إذا كان غير منعقد فإن الملك يدعوه للانعقاد أما إذا كان غير قائم فيحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك إصدار قوانين مؤقتة، وعبارة: "غير قائم" تمتد لتشمل حالة حل المجلس من ناحية، وحالة عدم مقدرته على الانعقاد إذا كان موجوداً من ناحية أخرى.

ثانياً: من الناحية الموضوعية

يجب أن تتوافر حالة الضرورة، ليتم مواجهتها بالقوانين المؤقتة، وتندرج تحت هذا المصطلح أو المسمى عدة صور، حددها المشرع على سبيل الحصر، وهي: حالة الحرب والطوارئ، وحالة الكوارث العامة، وحالة الاستعجال المتمثلة بالنفقات التي لا تحتمل التأخير؛ مثل إقرار قانون الموازنة العامة للدولة، وهذه المسألة لا يجوز تأخيرها لحاجة الوزارات للمستلزمات المتعلقة بسير أعمالها، وحاجة الموظفين للرواتب، فلا يعقل أن تعطل النفقات الجارية ويبقى الموظفون بلا رواتب حتى يُنتخب مجلساً جديداً[1].

ويلاحظ أن عبارة: "الكوارث العامة" عبارة فضفاضة، ويندرج تحتها معانٍ كثيرة كالزلازل والفيضانات والبراكين والأوبئة الخطيرة والآفات المختلفة، كما أن كلمة: "طوارئ" تمتد لتشمل أي أزمة سواء أكانت اقتصادية أم سياسية أم عسكرية، وبالإضافة إلى هذا وذاك، كان الأجدى بالمشرع الدستوري أن يستخدم عبارات أو نصوص مقتضبة، ولذلك نقترح إلغاء عبارة: "لمواجهة الأمور، الآتي بيانها: أ– الكوارث العامة. ب– حالة الحرب والطوارئ. ج– الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأخير"، واستبدالها بعبارة: "لمواجهة أمور لا تحتمل التأخير"، ولا يمكن الاحتجاج بأن العبارة الأخيرة تسمح بالتوسع بتلك الحالات؛ لأنها بالصورة التي نص عليها المشرع تسمح بالتوسع،

[1] صدر قانون الموازنة العامة المؤقت لسنة ٢٠١٣ من مجلس الوزراء، حيث كان مجلس النواب منحلاً، وكان هناك نفقات ضرورية لا تحتمل التأخير، ولقد صدر قرار تفسيري من المحكمة الدستورية تحت رقم (٢٠١٣/٢)،نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٣/١/١٧، بالعدد رقم(٥١٩٥) أجاز إصدار هذا القانون.

للأسباب التي بيناها في بداية هذه الملاحظة، ناهيك عن أن هذا النص وبهذه الصورة يزيد من الالتباس بين حالة الضرورة المقترنة بحل مجلس النواب وحالة الضرورة المقترنة بقرار سريان قانون الدفاع والأحكام العرفية.

ثالثاً: من الناحية الشكلية

يجب أن يعرض القانون المؤقت على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وعلى المجلس البت فيه خلال دورتين عاديتين متتاليتين من تاريخ إحالته، وله أن يقر القانون المؤقت أو يعدله أو يرفضه، وفي حال رفضه أو إذا انقضت المدة المحددة ولم يبت به؛ يجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلان نفاذه فوراً، ويعتبر من تاريخ الإعلان كأن لم يكن ما لم يؤثر على العقود والحقوق المكتسبة.

والحكمة من ذلك، تتمثل في أن الضرورة تقدر بقدرها، دون زيادة أو نقصان، ولا بد من صاحب الاختصاص الأصيل أن يكون له كلمة الفصل في اختصاصه بمجرد اجتماعه؛ لأنه صاحب الولاية العامة في إصدار القوانين، فله إقرارها أو تعديلها أو رفضها، فهذه القوانين مؤقتة بطبيعتها كما وصفها المشرع، ولن تكون دائمة إلا بموافقة صاحبة الاختصاص الأصيل والمتمثلة بالسلطة التشريعية.

ويلاحظ، أن الأنظمة لا تحتاج لنفاذها موافقة مجلس الأمة بخلاف القوانين المؤقتة التي تعرض عليه في أول اجتماع يعقده، كما أن القوانين المؤقتة تختلف عن الأنظمة، فالمصطلحان غير مترادفين ومختلفين من حيث اللفظ والمعنى، كما أن مرتبة القوانين المؤقتة أعلى من حيث القيمة والقوة القانونية من الأنظمة؛ حيث تحتل المرتبة الثانية في مدارج القواعد القانونية التي يتشكل منها النظام القانوني في الدولة، فالمشرع الدستوري منحها مرتبة القوانين العادية بشرط عرضها على مجلس الأمة.

والجدير بالتنويه أن الرقابة على القوانين المؤقتة؛ هي رقابة سياسية كأصل عام، حيث تعرض على مجلس الأمة الذي يمتلك حق إقرارها أو تعديلها أو إلغائها، وما يبنى على هذه النتيجة أن الرقابة على القوانين المؤقتة تختلف عن الرقابة على دستورية القوانين العادية؛ لكون الرقابة على الأخيرة تكون من اختصاص المحكمة الدستورية وحدها دون غيرها، بينما الرقابة على دستورية القوانين المؤقتة تكون رقابة سياسية عن طريق مجلس الأمة كما هو واضح من النص الدستوري، بالإضافة للرقابة القضائية عن طريق المحكمة الدستورية لكون القوانين المؤقتة لها قوة القوانين العادية من

جهة[١]، ويسري مفعولها بذات الطريقة التي يسري فيها مفعول القوانين العادية من جهة أخرى[٢]، وهذا ما أكده القرار التفسيري رقم (٢٠١٣/٢) الصادر عن المحكمة الدستورية، والمتعلق بتفسير عبارة: "النفقات المستعجلة التي لا تحتمل التأخير" الواردة ضمن نص المادة (٩٤)؛ حيث أجاز القرار التفسيري إصدار قانون الموازنة العامة المؤقت لسنة ٢٠١٣[٣].

بعد أن استعرضنا القوانين المؤقتة وبينا كيفية صدورها وقيمتها ومرتبتها القانونية، نود أن نشير إلى موقف شراح القانون الإداري الأردني منها؛ حيث استمروا في التعمية على الألفاظ والمعاني وقاموا بإجراء القياس والمقارنة الخاطئة بين القوانين المؤقتة في الأردن وبين الأنظمة(اللوائح) التفويضية وأنظمة الضرورة في جمهورية مصر العربية[٤]، حيث تناولوا موضوع القوانين المؤقتة تحت عنوان لوائح الضرورة أحياناً واللوائح التفويضية أحياناً أخرى[٥]، وكان قياساً مع الفارق أدى إلى الخلط بين المصطلحات، وزيادة الالتباس والغموض في المفاهيم، حتى وصل بهم الأمر إلى القول:- "إن لوائح الضرورة والتفويضية غير موجودة في النظام القانوني الأردني، لأن المشرع الدستوري

---

(١) "ويكون للقوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون" هذه العبارة وردت في نص المادة (١/٩٤) من الدستور الأردني.

(٢) "يسري مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسري فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم المادة (٩٣) من هذا الدستور"، نص المادة (٢/٩٤) من الدستور الأردني

(٣) انظر القرار التفسيري الصادر من المحكمة الدستورية، رقم (٢٠١٣/٢)، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٣/١/١٧، بالعدد رقم ٥١٩٥.

(٤) في مصر تصدر لوائح الضرورة من السلطة التنفيذية لمواجهة ظروف إستثنائية لا تحتمل التأخير في غيبة البرلمان سواءً فيما بين أدوار انعقاده، أو في وقت حله أو وقف جلساته، وتظل هذه اللوائح محتفظة بطابعها الإداري، كما تستمر في السريان والتطبيق حتى يتم عرضها على البرلمان أو مجلس الشعب. أما اللوائح التفويضية فهي التي تصدرها السلطة التنفيذية لتواجه من خلالها ظروفاً إستثنائية تمر بها البلاد ولكن في حضور البرلمان وبتفويض منه. أبو يونس، محمد باهي، أحكام القانون الإداري، القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص١٤٢- ١٤٣.

(٥) "ويطلق على هذه التشريعات في فرنسا ومصر لوائح الضرورة، أما المشرع الأردني فأطلق عليها تسمية القوانين المؤقتة... الأنظمة التفويضية وهي ... أما المشرع الأردني فلم يأخذ بمثل هذا النوع من الأنظمة لا سيما مع وجود نص المادة ٩٤ أي القوانين المؤقتة". انظر قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٩- ٣٢. وذهب في نفس الإتجاه كنعان، نواف، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٨و١٩. ومن جهتنا نعتقد، أن هذا الرأي لم يفرق بين حق السلطة التنفيذية في إعلان حالة الطوارئ وحقها في إصدار القوانين المؤقتة، لأن اللوائح التفويضية في مصر تشبه قانون الدفاع في الأردن وليس القوانين المؤقتة.

الأردني منح السلطة التنفيذية العديد من البدائل القانونية، كالقوانين المؤقتة وقانون الدفاع والأحكام العرفية والتي تمكن السلطة التنفيذية من القيام بمهامها- في الظروف الاستثنائية- ودون الحاجة إلى تفويض من البرلمان" [١].

وهذا الرأي مخالف للدستور الأردني، لأن المشرع الأردني لم يمنح السلطة التنفيذية حق إصدار قانون الدفاع، وإنما هو حق أصيل للسلطة التشريعية؛ فقانون الدفاع رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢، صدر من السلطة التشريعية[٢]، والمادة (١٢٤) من الدستور تشير إلى أن نفاذ القانون يعلن بإرادة ملكية تصدر بناءً على قرار من مجلس الوزراء، وشتان بين حق إصدار القانون ونفاذه.

ومن نافلة القول: إن المشرع الأردني فرق بين صورتين في حالة الضرورة؛ في الصورة الأولى يحق للسلطة التنفيذية إعلان سريان قانون الدفاع -حالة الطوارئ – ووقف القوانين العادية من جهة، وإعلان سريان الأحكام العرفية وإصدار التعليمات العرفية من جهة أخرى، وذلك بموجب أحكام المادتين (١٢٤) و (١٢٤) من الدستور، أما في الصورة الثانية؛ فيحق لها عن طريق مجلس الوزراء إنشاء القواعد القانونية عن طريق إصدار القوانين المؤقتة بمقتضى نص المادة (٩٤). أي أن الصورة الأولى يترتب عليها وقف القوانين بينما الصورة الثانية يترتب عليها إنشاء القوانين، والفرق شاسع بين وقف القوانين وإنشائها.

الفرع الثاني: التعليمات العرفية

أناط المشرع الدستوري بالسلطة التنفيذية ممثلة بالملك حق إعلان الأحكام العرفية بناءً على قرار من مجلس الوزراء، لمواجهة طوارئ خطيرة لا تقوى الإجراءات والتدابير المتخذة وفقاً لقانون الدفاع المنصوص عليه في المادة (١٢٤) من الدستور على مواجهتها، وعند سريان إعلان الأحكام العرفية يجوز للملك أن يصدر بإرادة ملكية تعليمات عرفية لها قوة القانون العادي في حالة الضرورة من أجل الدفاع عن المملكة[٣].

وقد عالجت المادة (١٢٥) من الدستور التعليمات العرفية، وتطلبت ضوابط وشروط مجتمعة لإصدارها تتمثل؛ بما يلي:

---

(١) انظر بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص٤٤ و٤٥.

(٢) قانون الدفاع رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢، نشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٨١٥، تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٥.

(٣) المادة الرابعة من تعليمات الإدارة العرفية لسنة ١٩٦٧.

أولاً: حدوث طوارئ خطيرة، ويلاحظ، أن المشرع الدستوري تطلب في حالة الطوارئ شرط يتعلق بالخطورة ولم يتطلب هذا الشرط عند إصدار ونفاذ قانون الدفاع.

ثانياً: يجب أن يكون قانون الدفاع نافذ المفعول قبل إعلان الأحكام العرفية.

ثالثاً: أن لا تقوى التدابير والإجراءات المنصوص عليها في قانون الدفاع على مواجهة حالة الضرورة؛ لأن الوسائل القانونية المتاحة عاجزة وغير كافية على مواجهة الموقف والدفاع عن المملكة.

رابعاً: صدور الإرادة الملكية بناءً على قرار من مجلس الوزراء بإعلان الأحكام العرفية في المملكة أو في جزء منها.

خامساً: الملك هو من يصدر التعليمات العرفية وبإرادة ملكية.

سادساً: يجب أن تستلزم حالة الضرورة صدور تعليمات استثنائية – عرفية- تتضمن قواعد قانونية استثنائية جديدة تتلائم مع الأوضاع الخطيرة التي أوجدتها حالة الضرورة من أجل الدفاع عن المملكة.

سابعاً: يتولى تنفيذ التعليمات الأشخاص القائمين على تنفيذها والذين يتمثلون بالحاكم العسكري العام والحكام العسكريين المحليين[١].

ولا ريب أن هذه التعليمات تستند لنص المادة (١٢٥) من الدستور، وتصدر من الملك مباشرة وبإرادة ملكية، وهي بذلك تختلف إختلافاً جذرياً عن القوانين المؤقتة، كما أنها تحل محل القوانين العادية التي قد تعطل بموجب المادة (١٢٤) من الدستور، "ويجوز في حالة إعلان الأحكام أو الطوارئ أن يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات ووسائل الإعلام والاتصال رقابة محدودة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني"[٢].

كما يلاحظ، أن وجود مجلس النواب أو عدم وجوده، غائباً كان أم منحلاً سيان في هذه الحالة، إذ لا أهمية ولا علاقة له في تقرير شرعية التعليمات العرفية عند الإعلان عن الأحكام العرفية، ذلك لأن

(١) أول حاكم عسكري كان سليمان طوقان وزير الدفاع في حكومة إبراهيم هاشم، الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٣٢٩، تاريخ ١٩٥٧/٥/٥، ص٤١٨.

(٢) المادة (٥/١٥) من الدستور الأردني.

السلطة التشريعية والتنفيذية تتركز بيد الملك في هذا المجال، وهنا نجد الفرق الشاسع بين التعليمات العرفية وبين القوانين المؤقتة.

وصفوة القول: إن القوانين المؤقتة لا تصدر إلا إذا كان مجلس النواب منحلاً وأن تتوافر حالة من حالات الضرورة وأن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع له، بينما التعليمات العرفية؛ تصدر حتى ولو كان مجلس النواب منعقداً، ولا تعرض على مجلس الأمة بأي حال من الأحوال.

والجدير بالذكر، أن القرارات الإدارية الصادرة استناداً للأحكام العرفية والمتعلقة بالسلامة العامة والدفاع عن المملكة محصنة ولا يجوز الطعن بها أمام القضاء؛ لأنها تعتبر عملاً من أعمال السيادة، طبقاً لنص المادة الأولى من تعليمات الإدارة العرفية رقم (٢) لسنة ١٩٦٧، حيث نصت:-"...على أن يشار في قرار مجلس الوزراء فيما يتعلق بموظفي الصنف الأول بتصديق جلالة الملك ويعتبر القرار الصادر بمقتضى هذه المادة غير قابل للطعن بأية صورة كانت"[١]، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (٢٠) من تعليمات الإدارة العرفية رقم (١) لسنة ١٩٦٧، كما أن القضاء الإداري الأردني سار على نهج المشرع، ودرجت أحكامه في تلك الفترة واستقرت على التأكيد:- "بأن المقصود من الأوامر العرفية التي لا تخضع للطعن أمام محكمة العدل العليا هي الأوامر الصادرة من أجل تأمين السلامة العامة والدفاع عن المملكة. أما إذا كان الأمر العرفي لا يتصل بالسلامة العامة والدفاع عن المملكة من قريب أو بعيد؛ فإن محكمة العدل مختصة للنظر في دعوى الطعن"[٢].

ولاشك، أن غالبية شراح القانون الإداري والدستوري في الأردن قد تناولوا موضوع التعليمات العرفية تناولاً خجولاً ومقتضباً"[٣]، كذلك نجد الكثيرين منهم -كما أشرنا سابقاً- قد قاموا بإجراء مقارنة بين القوانين المؤقتة والأحكام العرفية المعمول بها في الأردن مع لوائح الضبط ولوائح الضرورة في

(١) ملحق رقم (١)، الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٥/٨، عدد الجريدة الرسمية رقم ١٣٢٨، بتاريخ ١٩٥٧/٥/٤، ص ٤٢٣.

(٢) حكم محكمة العدل العليا رقم١١٩/ ٧٣، ١٩٧٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص٣٣٠.

(٣) انظر كنعان، نواف، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٠. الشطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٤٦. قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٢ و٣٣.العتوم، منصور، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٣.الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٤٠. بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص٤٥. أبو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٩٠.الليمون، عوض، تطور النظام الدستوري الأردني، مرجع سابق، ص١٤٨.

مصر[١]، لا بل قارنوها أيضاً مع قانون الدفاع الذي يصدر من السلطة التشريعية [٢]، ما أثر سلباً على فهم مضمونها وكيفية تنفيذها؛ لأن القياس كان مع الفارق مما أدى إلى نتائج خاطئة وغير سليمة.

ولا يفوتنا في هذا الصدد إلا أن نبين، أن الملك يمارس صلاحياته بإرادة ملكية [٣]، وتناط السلطة التنفيذية بالملك ويتولاهاعن طريق وزرائه[٤]، والملك هو من يعين الحاكم العسكري الذي يتولى تنفيذ الأحكام العرفية. والأحكام العرفية أعلنت في جميع أنحاء المملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ٢٥/٤/ ١٩٥٧، ثم أعلنت مرة أخرى بتاريخ ٥/٧/ ١٩٦٧، واستمر العمل بها حتى ١٩٩١/٧/٨، حيث ألغيت بصدور تعليمات إلغاء الأحكام العرفية رقم (١) لسنة١٩٩١[٥].

خاتمة:

توصّل الباحث من خلال هذا البحث لمجموعة من النتائج، لعل من أبرزها:

١. إن المشرع الدستوري أناط بالسلطة التنفيذية صلاحية إصدار التشريعات الفرعية العادية؛ كالأنظمة، وكذلك التشريعات الفرعية الاستثنائية التي تصدر في حالة الضرورة كالقوانين المؤقتة والتعليمات العرفية، وأن هناك تشريعاً فرعياً ثالثاً يسمى التعليمات الإدارية؛ يصدر بمقتضى القوانين والأنظمة من السلطة التنفيذية.
٢. أن أنظمة الضبط الإداري لا تستند إلى نصوص دستورية كالأنظمة التنفيذية والتنظيمية؛ حيث ألبس المشرع العادي أنظمة الضبط الإداري لباس الأنظمة التنفيذية، فأظهرها بمظهر الأنظمة التنفيذية شكلاً إلا أنه ضمنها بأحكام أنظمة الضبط موضوعاً، بمعنى أن أنظمة الضبط وفقاً للمعيار الشكلي تعتبر أنظمة تنفيذية صدرت بمقتضى نص المادة (٣١) من الدستور– شأنها شأن الأنظمة التنفيذية– استناداً لمظهرها الخارجي وللكلمة التي إستخدمها المشرع عند وضعها، وتعد

---

(١) انظر كنعان، نواف، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٠. قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٢ و٣٣. العتوم، منصور، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣. الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠. بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص٥٤و٤٦. أبو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) انظر بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق، ص ٤٤ و٤٥.

(٣) المادة (٤٠) من الدستور الأردني.

(٤) المادة (٢٦) من الدستور الأردني.

(٥) تعليمات إلغاء الأحكام العرفية رقم(١) لسنة١٩٩١، الجريدة الرسمية، عدد ٣٧٦٥، تاريخ ١٩٩١/٧/٨، ص١١٤٠.

أنظمة ضبط وفقاً للمعيار الموضوعي؛ لأن فحواها ومضمون أحكامها مستقل عن التشريع الذي صدرت استناداً إليه، فهي أنظمة قائمة بذاتها ولا علاقة لها بتنفيذ أحكام القانون الصادره بمقتضاه وفقاً لجوهرها الداخلي، على خلاف ما ذهب إليه الكثير من الفقه الأردني؛ حيث اعتبرها بعضهم أنها تستند إلى الأنظمة التنظيمية والبعض الآخر أسندها للعرف الدستوري المصري.

٣. يتم الطعن بعدم مشروعية الأنظمة من خلال اتباع طريقين هما: الأولى؛ الطعن بعدم دستورية الأنظمة أمام المحكمة الدستورية، أما الطريقة الثانية فتتمثل؛ بالطعن بعدم مشروعيتها القانونية، وطلب إلغاء النظام المخالف للقانون أمام المحكمة الإدارية.

٤. إن المشرع الدستوري لم ينص صراحةً على بدء سريان الأنظمة، بينما نص على سريان القوانين في المادة (١/٩٣) من الدستور.

٥. إن التعليمات الإدارية وعلى عكس الأنظمة الإدارية؛ لا تسند إلى النصوص الدستورية؛ وإنما للقوانين والأنظمة الصادرة بمقتضاها، ولا يشترط أن تصدر من مجلس الوزراء أو تنشر في الجريدة الرسمية أو تتوشح بالإرادة الملكية كقاعدة عامة، وإنما تصدر من جهات الإدارة المختلفة في الدولة، وهي تتضمن قواعد عامة مجردة وملزمة وتطبق على شريحة واسعة من الأفراد المخاطبين بأحكامها دون أن تحددهم بالاسم أو الذات، وتعتبر تشريعات فرعية صادرة عن الإدارة –السلطة التنفيذية–وتحتل المرتبة الرابعة في قاعدة التدرج التشريعي.

٦. إن المشرع الأردني فرق بين صورتين في حالة الضرورة؛ في الصورة الأولى يحق للسلطة التنفيذية إعلان سريان قانون الدفاع –حالة الطوارئ – ووقف القوانين العادية من جهة، وإعلان سريان الأحكام العرفية وإصدار التعليمات العرفية من جهة أخرى، وذلك بموجب أحكام المادتين (١٢٤) و (١٢٥) من الدستور، أما في الصورة الثانية؛ فيحق لها عن طريق مجلس الوزراء إصدار القوانين المؤقتة بمقتضى نص المادة (٩٤).

وتأسيساًعلى هذه النتائج؛ نقترح التوصيات الآتية:

١. نرى ضرورة تعديل الدستور الأردني، وإضافة مادة تجيز لمجلس الوزراء بموافقة الملك إصدار أنظمة الضبط الإداري؛ لكي يكون أساسها دستورياً وبنص صريح أسوة بالأنظمة التنفيذية والتنظيمية.

٢. ينبغي تعديل الدستور الأردني؛ والنص صراحة على حق السلطة التنفيذية بإصدار التعليمات الإدارية؛ لكونها تشريعات فرعية تتضمن قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة، وتحتاج لدراية وخبرة وصياغة قانونية عند إصدارها.

٣. نقترح، تعديل المادة (٩٤) من الدستور؛ بإلغاء عبارة:- "عندما يكون مجلس النواب منحلاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة"، والاستعاضة عنها بعبارة:- "عندما يكون مجلس النواب غير منعقد، يدعو الملك المجلس لإنعقاد طارئ، وفي حال تعذر انعقاده أو إذا كان مجلس النواب منحلاً، يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة"، وهكذا نعتقد بأن المجلس إذا كان غير منعقد فإن الملك يدعوه للانعقاد، أما إذا كان غير قائم فيحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك إصدار قوانين مؤقتة، وعبارة:- "غير قائم" تمتد لتشمل حالة حل المجلس من ناحية، وحالة عدم مقدرته على الانعقاد إذا كان موجوداً من ناحية أخرى.

٤. نقترح أيضاً؛ إلغاء عبارة: "لمواجهة الأمور، الآتي بيانها: أ- الكوارث العامة. ب- حالة الحرب والطوارئ. ج- الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأخير"، الواردة في نص المادة (٩٤) من الدستور واستبدالها بعبارة: "لمواجهة أمور لا تحتمل التأخير". لأن المشرع الدستوري ينبغي أن يستخدم عبارات أو نصوص مقتضبة، بالإضافة إلى أن هذا النص وبهذه الصورة يزيد من الالتباس بين حالة الضرورة المقترنة بحل مجلس النواب وحالة الضرورة المقرنة بقرار سريان قانون الدفاع والأحكام العرفية.

٥. عند إصدار تعليمات عرفية في البلاد، ينبغي أن تكون القرارات الإدارية النهائية الصادرة استناداً لها -أياً كانت- غير محصنة؛ بحيث تصبح قابلة للطعن إلغاءً وتعويضاً؛ ويتم إخراجها من طائفة أعمال السيادة.

المراجع

أبو العثم، فهد عبد الكريم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

أبو يونس، محمد باهي، أحكام القانون الإداري، القسم الخاص، دار الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٦.

أبو يونس، محمد باهي، أحكام القانون الإداري، القسم العام، دار الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٦.

الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠١١.

الطماوي، سليمان، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠.

الكبيسي، رحيم سليمان، حرية الإدارة في سحب قراراتها، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠.

العتوم، منصور، القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.

العضايلة، أمين، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

الكبيسي، رحيم سليمان، حرية الإدارة في سحب قراراتها، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠.

الليمون، عوض، تطور النظام الدستوري الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.

بركات، عمرو فؤاد، الترقية وأثر الحكم بإلغائها، مجلة العلوم الإدارية تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة ٢٨، العدد الأول، ١٩٨٦.

بطيخ، رمضان محمد، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

بطيخ، رمضان محمد، والعجارمة، نوفان منصور، مبادئ القانون الإداري الأردني في المملكة الأردنية الهاشمية، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

حسانين، محمد فتحي، الحماية الدستورية للموظف العام، مطبعة الأهرام، القاهرة، ١٩٩٧.

حسبو، عمرو أحمد، القضاء الإداري، مكتبة قصر الزعفران، القاهرة، ١٩٩٠.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، القرارات الإدارية في فقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

رسلان، أنور أحمد، مبادئ القانون الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٥.

شطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء، الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

شيحا، إبراهيم عبد العزيز، النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٥.

شيحا، إبراهيم عبد العزيز، القضاء الإداري اللبناني، الجز الأول، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤.

عبد الباسط، محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٧٥.

فودة، رفعت، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

قبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.

كامل، نبيلة، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء،١٩٨١.

كنعان، نواف، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

كنعان، نواف، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٨.

ليلة، محمد كامل، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

ثانياً: المصادر:

الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

الدستور المصري لسنة ٢٠١٤.

قانون الأمن العام رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٥.

قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠١٦.

قانون الإجتماعات العامة رقم (٥) لسنة ٢٠١١.

قانون البلديات رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٧.

قانون الجامعات الأردنية رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٧.

قانون الجامعات الأردنية رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨.

قانون الدفاع رقم (١٣) لسنة ١٩٩٢.

قانون السير الأردني رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٨.

قانون الصحة العامة لسنة ١٩٧١.

قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

قانون المحكمة الدستورية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٢.

قانون المطبوعات والنشر رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦.

قانون الموازنة العامة المؤقت لسنة ٢٠١٣.

قانون المؤسسة العامة للغذاء رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٣.

قانون المؤسسة العامة للغذاء والدواء رقم (١٢) لسنة ٢٠١٣.

قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٩، بشأن العطاءات لأشغال الحكومية الفلسطيني.

قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

قانون منع الجرائم رقم (٧) لسنة ١٩٥٤.

نظام الأشغال العامة الحكومية رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦.

نظام التأمين الصحي للعاملين في الجامعة الأردنيةرقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٣.

نظام التقسيمات الإدارية رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٠.

نظام الخدمة المدنية رقم (١) لسنة ١٩٩٨.

نظام الخدمة المدنية رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢.

نظام الخدمة المدنية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

نظام الخدمة المدنية رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣.

نظام اللوازم رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٣.

نظام المشتريات الحكومية رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٩.

نظام تأديب الطلبة في الجامعة الأردنية رقم (٩٤) لسنة ١٩٩٩.

نظام ديوان التشريع والرأي رقم (١) لسنة ١٩٩٣

نظام فحص الأدوية رقم (٧) لسنة ١٩٩٤.

نظام مراقبة وتنظيم الباعة المتجولين والبسطات والمظلات والأكشاك ضمن حدود مناطق البلدية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٩.

نظام منح الدرجات العلمية والدرجات الفخرية والشهادات في الجامعة الأردنية رقم٥٨، لسنة١٩٨٤.

نظام وقاية الصحة العامة من أضرار التدخين رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٧.

تعليمات الإدارة العرفية لسنة ١٩٦٧.

تعليمات إلغاء الأحكام العرفية رقم(١) لسنة١٩٩١.

تعلبمات منح درجة البكالوريوس صادرة بموجب قرار مجلس العمداء رقم (٢٠٠٥/١٣٧).

أسس تسجيل الدواء لسنة ٢٠١٥.

الجريدة الرسمية.

أحكام محكمة العدل العليا والمحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا، منشورة في مجلة نقابة المحامين وعلى موقع مركز قسطاس الإلكتروني وموقع مركز عدالة الإلكتروني.

المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لحق الإنسان في الاسم كعنوان لموقع إلكتروني في القانون المدني الأردني

د. حامد حسن الحسنات الزيديين*

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/١١/٦م. تاريخ القبول: ٢٠٢٠/٢/٢٤م.

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على موقف القانون المدني الأردني، من استخدام أحد الأشخاص لاسم غيره كعنوان لموقع الكتروني، وتحاول معالجة الفرض القائم على أساس حجز المساحة الرقمية المجردة فقط، دون أن يباشر على الموقع الذي يتم انشاؤه أية حقوق أو تصرفات أو معاملات إلكترونية أخرى، وبالتالي التعرف على مدى كيفية الأحكام القانونية الواردة في القانون المدني الأردني لحماية صاحب حق الاسم من مثل هذا الاستخدام المجرد للاسم، أو لنقل حماية حق الشخص في الاسم في الإطار الإلكتروني، ومدى توفير الحماية الوقائية من فكرة الاسبقية في تسجيل العنوان الإلكتروني لا سيما إذا تم حجز مجالات نطاق الموقع الإلكتروني الثلاثة.

وقد حاولت الدراسة من خلال المنهج التحليلي لنصوص القانون الأردني ولا سيما المواد (٤٨،٤٩،٢٥٦،٢٥٧) أن تجد أساساً صالحاً لهذه الحماية يمكن للمعتدي على اسمه في الإطار الإلكتروني أن يلجأ اليها من أجل الذود علن من أي استخدام في المجال الإلكتروني، ولو على فرض الأسبقية في تسجيل عنوان الكتروني دون مباشرة أية حقوق على هذا العنوان وهو موضوع هذه الدراسة، أي معالجة فرض مجرد حجز المساحة الرقمية التي كان من المفروض أن تعود بالنفع على صاحب الاسم ولكنه لم يتمكن منها بسبب فكرة الاسبقية وحجز نطاقات الموقع الثلاث.

وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها كفاية النصوص المشار إليها أعلاه في توفير هذه الحماية، مع التوصية بضرورة وجود تشريع وطني خاص لمواجهة الفروض لا سيما مع اتساع العالم الافتراضي، وضرورة إعادة صياغة وتعديل نص المادتين (٤٨،٤٩) من القانون المدني رغم كفايتهما حالياً لمواجهة فرض الدراسة، وذلك من أجل توفير حماية أكثر شمولاً لصاحب الحق في الاسم المدني.

الكلمات الدالة: المسؤولية المدنية، المساحة الرقمية المجردة.

* ديوان الخدمة المدنية، عمان، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Civil Liability for the Unlawful Use of Third Parties for the Human Right to the Name as the Address of a Website in the Jordanian Civil Law

Dr. Hamed Hassan Muslim Alhasant Allzaedyeen

Abstract

This study aims to know the position of the Jordanian Civil Law regarding the use of a person's name by others as the title of a website. It tries to address the hypothesis based on reserving the digital space only, without initiating any rights, behaviors, or other electronic transactions on the created website, thus, identification of the adequacy of the legal provisions contained in the Jordanian Civil Law to protect the rights of the name holder of such use of the name only, or to say in another words, to protect the person's rights within the electronic framework, and the extent of providing preventive protection against the idea of taking precedence over the registration of an electronic address, especially if the three website domains are reserved.

The study attempted through the analytical method for the texts of the Jordanian civil law, especially articles (48/49, 256, 257), to find a valid basis for this protection, which enables the (victim) whose name was misused in the electronic framework by other parties, to protect it, and defend his name from any use in the electronic field.

Even if assuming the priority in registering an electronic domain without the use of any direct rights of it, and that is the subject of this study, which addresses the hypothesis that just reserving the digital space, which was supposed to be beneficial to the owner of the name, but he was unable to do so due to the idea of precedence and reservation of the site three domains.

The study concluded a number of results, most importantly the adequacy of the legal texts mentioned above, in providing this protection, while recommending the need for a special national legislation to address these assumptions, especially with the fast expansion of the virtual world, and the necessity of reformulating and amending the text of Articles (48, 49) of the Civil Law, despite their current sufficiency to face the imposition of the study to provide more comprehensive protection for those interested in the legal issue.

Keywords: Domain name rights, unlawful use of the website name.

مقدمة:

لما كان اسم الإنسان من الحقوق اللصيقة بشخصيته، وهو العلامة الفارقة التي تميزه عن غيره من الأشخاص، ولكونه وسيلة التواصل والتحاور مع الآخرين، كما أنه يربط الحقوق بصاحبها، حيث تضاف إلى اسمه جميع التصرفات القانونية، بالإضافة إلى أن المساس بالحقوق والأضرار بها تمس الاسم في البدء.

ولما كانت وسائل التعريف بالإنسان ونشاطاته من خلال الإنترنت، تثير مسألة الاعتداء على الاسم في استخدامه كعنوان إلكتروني، من هذه النقطة يثار التساؤل حول الحماية القانونية لاسم الإنسان واستخدامه في إطار غير مشروع كعنوان لموقع إلكتروني.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أن عالم الإنترنت أصبح يدخل كل منزل، وتباشر من خلاله الكثير من الأنشطة التي تثير العديد من المسائل القانونية التي تحتاج لمعالجة، إضافة إلى أن اهتمام البحوث القانونية قد انصب – في الغالب–على حماية الاسم كعلامة تجارية جرياً عما يحصل في الغرب، وإذا كان الاسم لا ينال الحماية القانونية في الغرب فيما يتعلق بتسجيل المواقع الإلكترونية، إلا إذا كان الاسم علامة تجارية، فالسؤال يثور حول حماية الاسم المدني عند استخدامه كعنوان لموقع إلكتروني ليس باعتباره علامة تجارية، وإنما الاستخدام المجرد لاسم أحد الأشخاص في الإطار الإلكتروني أو لنقل انتحال اسمشخص عبر السبل الإلكترونية.

مشكلة البحث:

تتحدد مشكلة البحث بالفرض التالي: ماذا لو أن شخصًا قام في صبيحة أحد الأيام بتسجيل موقع إلكتروني له مستخدمًا اسم شخص آخر معتمدًا على فكرة الأسبقية في التسجيل، وجاء صاحب الاسم الحقيقي وأراد في ذات اليوم تسجيل موقعًا إلكترونيا باسمه، غير أنه تأخر عن وقت التسجيل، حيث نلاحظ في هذا الفرض أن المستخدم الأول لم يباشر أي حقوق على الموقع بل كل ما فعله هو مجرد حجز المساحة الرقمية، الأمر الذي أدى بدوره إلى حجب صاحب الاسم الحقيقي من مباشرة حقوق استخدام اسمه من الانتفاع بالفضاء الإلكتروني. إن هذا الفرض يحيلنا بدوره إلى فرضين قانونين وهما:

١. استخدام شخص لاسم غيره كعنوان لموقع إلكتروني مع كونه مشابهًا لاسمه بالمصادفة.
٢. استخدام شخص لاسم غيره كعنوان لموقع إلكتروني مع كونه ليس مشابهاً لاسمه بالمصادفة.

بناء على تحديد فروض الدراسة أعلاه، يتضح أن أسماء المشاهير التي تشكل أسماؤهم علامات تجارية من نطاق الدراسة. لأن الغرض الأساسي لهذه الدراسة ينحصر في الاعتداء على حق الانسان في اسمه المدني لا باعتباره علامة تجارية وإنما باعتباره شخصاً عادياً، كما أن ذلك سينأى بي عن البحث في السياسة الموحدة لفض النزاعات عبر التحكيم الإلكتروني المستخدمة في دول أوروبا وأمريكا، حيث يلجأ إليها عندما يتعلق النزاع بأسماء المشاهير بشكل أكبر، لأن أسمائهم تتصف بصفات العلامة التجارية.

وبما أننا نتحدث عن مجرد استخدام اسم الغير كعنوان الكتروني، فإنه يخرج من نطاق الدراسة أيضاً حالة انتحال اسم الغير واستخدامه كعنوان لمباشرة بعض التصرفات، كما لو استخدم الشخص اسم غيره في إطار المنافسة غير المشروعة، كما يخرج أيضاً حالة قرصنة موقع الكتروني لشخص آخر. فهل هناك أساس قانوني لحماية حق الانسان في الاسم في القانون المدني الأردني من مجرد حجز المساحة الرقمية التي من المفترض أنها مخصصة للفضاء الرقمي؟ وإلى أي حد تسعف قواعد المسؤولية عن الفعل الضار، في حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء؟

وما هي طبيعة الضرر الذي يمكن أن يتعرض له صاحب الاسم المعتدى عليه؟ وهل الاعتداء في حد ذاته يجعل الضرر مفترضًا دون حاجة لإثباته أم أن الأمر يحتاج إلى إثبات الضرر الذي وقع جراء الاعتداء؟

منهج الدراسة: لقد ركزت الدراسة على القانون المدني الأردني وموقفه من الحماية التي يوفرها للاسم في الإطار الإلكتروني من خلال المنهج التحليلي للنصوص القانونية الواردة في القانون المدني، والتطرق الى موقف القضاء الأردني ما أمكن.

وعليه، وتأسيساً على ما تقدم، فإن طبيعة الدراسة تقتضي منّا تقسيمها إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الحق في الاسم والموقع الإلكتروني وطبيعتهما القانونية.

المطلب الأول: الحق في الاسم وطبيعته القانونية.

المطلب الثاني: الموقع الإلكتروني وطبيعته القانونية وارتباطه بحق الاسم.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للحق في الاسم في إطار الاستخدام غير المشروع كعنوان لموقع إلكتروني.

المطلب الأول: نطاق المسؤولية المدنية في حماية الاسم من الاعتداء عليه كعنوان إلكتروني.

المطلب الثاني: مجال تطبيق نظرية التعسف في حماية الاسم من الاعتداء عليه كعنوان إلكتروني.

المبحث الأول: الحق في الاسم والموقع الإلكتروني وطبيعتهما القانونية

سوف نحاول من خلال هذا المبحث، تحديد المقصود بحق الإنسان على اسمه وأهميته وطبيعته القانونية من خلال (المطلب الأول)، في حين سيتم التعرف على الموقع الإلكتروني وطبيعته القانونية وارتباطه بالحق في الاسم من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في الاسم وطبيعته القانونية:

سنتناولفي هذا المطلب الحق في الاسم وطبيعته القانونية من خلال فرعين، نخصص الأول لتحديد تحديد أهمية الاسم وضوابطه وحق الإنسان فيه، أما الثاني فنبين فيه الطبيعية القانونية لحق الاسم فقهًا وقانونًا.

الفرع الأول: الاسم واللقب والضوابط القانونية في اختياره:

لكل إنسان شخصية قانونية ينظر إليها من الجانب القانوني، وهذه الشخصية لا بد أن يكون لها علامة فارقة تميزها عن غيرها من الشخصيات لأجل استقرار العاملات[١]، هذه الوسيلة هي أن يكون للإنسان اسم خاص به. والاسم قد يطلق ويراد به معنى واسع بحيث يشمل اسم الشخص ولقبه، وقد يطلق ويراد به معنا ضيقاً وهو الاسم الشخصي دون اللقب[٢].

والذي يعنينا في هذه الدراسة هو الاسم بمعناه الواسع، لكونه أكثر دلاله من ناحية القانون والواقع على الفرض موضوع الدراسة، ذلك أن اسم (علي) مثلاً يطلق على آلاف الأشخاص، ومن ثم يصبح اللقب ذا أهمية بارزة في تحديد الاسم أو الإشارة إلى صاحبه دون غيره. ولا يخفى على أحد أن للاسم أهمية في تمييز الأشخاص عن سواهم، ومن شأنه إلحاق الحقوق بالشخص الذي تثبت له، وارتباطها باسمه إضافة إلى شخصيته، كما أنه له أهمية في التفاهم والتحاور بين الناس.

لقد اعتنى المشرع الأردني في المادة (١٥) من قانون الأحوال المدنية الأردني، باسم المولود منذ ولادته الأولى، حيث أوجب ضرورة التبليغ عن واقعة الولادة وتحديد يومها وتاريخها وساعتها ودقيقتها ومكانها، إضافة إلى عدد من القيود تتعلق باختيار اسم المولود، بحيث لا يكون مخالفها للقيم

(١) انظر: سعيد جبر، النظام القانوني للاسم المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٥.

(٢) انظر: بذات المعنى حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة معارف الإسكندرية، ط ٥، ١٩٧٤، فقرة ٢٧٧ ص٥٤٦، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٩.

الدينية والاجتماعية كأن يسمى شخص (الحق)، فهذا الاسم مثلاً لا يطلق إلا على الذات الإلهية، أما أن يقال عبد الحق فهذا جائز ولهذا دلالة في المعنى، كما ينبغي أن لا يكون للاسم مساسًا بالنظام العام[١].

والنظام العام في الأردن – في أغلبه – إما موروث اجتماعي أو إسلامي، أو قيم تم ترسيخها خلال ظروف ما؛ أو تلك المتعلقة بمخالفة نصوص دستورية أو قانونية، ومن ثم في حال اصطدام الاسم بهذه القيود فإن قانون الأحوال المدنية يقرر رفض تسجيل الاسم، كما يجب أن يكون لكل شخص اسم ولقب، ويلحق لقبه بأسماء أولاده[٢]. وعليه يتضح أن لكل شخصية اسم يميزها عن غيرها سواء داخل الأسرة، وإذا ما تظافر مع اللقب فإنه يميزها عن أفراد المجتمع، إذن لا بد أن يلحق بالاسم لقب لكي يميز شخصيته خصوصًا في محيطه الاجتماعي[٣]، وبالتالي فهو أحد الضوابط القانونية علاوة عن كونه ضابط اجتماعي لا بد من وجوده.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في الاسم

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للاسم والحق فيه، وسبب هذا الاختلاف في النظرة مرده اختلاف التكييف القانوني الذي ينطلق منه كل منهم: فجانب يراه واجبًا وآخر يراه حقًا.

فمن يراه واجبًا، يبرر ذلك بأن الدولة هي التي تفرض على الأشخاص اختيار أسماء لهم، بقصد ضمان استقرار المعاملات بين أفراد الجماعة، ومن غير شك بأن لتكيف الاسم على أنه واجب أثر قانوني مهم، إذ لا يمكن حماية الاسم في هذه الحالة إلا إذا وقع ضرر بشخص المعتدى عليه، وهذه النتيجة بدورها تفترض التفريق بين الاسم والشخصية، علمًا بأن الاسم وإلحاق الضرر به مرتبط ارتباط جذرياً بالشخصية، علاوة عن أن الاسم هو الذي تنسب إليه الحقوق نسبة تميزها[٤].

---

(١) تم نشر قانون الأحوال المدنية رقم (٩) لسنة ٢٠٠١، عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ تاريخ ١٨ /٢٠٠١/٣، حيث تم التعديل عليه بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠١١ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٠٩٠ تاريخ ٢٠١١/٥/٢.

(٢) انظر: المادة (٣٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور على الصفحة (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٦م.

(٣) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٧٥٥ لسنة ١٦ قضائية الصادر بجلسة ٢ ديسمبر ١٩٧٢، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥–١٩٨٠ ج١، ص ٦٤، أشار إليه سعيد جبر، النظام القانوني للاسم المدني، المرجع السابق، ص١٠، هامش رقم (١).

(٤) لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء، انظر: حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، فقرة ٢٧٨، ص٥٤٧.

هناك من يرى بأن حق الشخص على اسمه هو "حق ملكية" وهو مذهب القضاء العادي الفرنسي أساسًا [١]، حيث يمكن من خلال ذلك حمايته دون حاجة لوجود ضرر يلحق بالشخصية، إذ تكفي المنازعة دون مبرر عليه أو انتحاله دون وجه حق لتقرير المسؤولية القانونية. لكن ما يؤخذ على هذا الرأي أن حق الملكية يرد على الأشياء المادية، لكونه يفيد معنى الاستئثار والاستحواذ، والاسم ذو طبيعة معنوية علاوة على أن "حق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية"[٢]، ومن ثم تجري عليه جميع التصرفات القانونية ومنها حق التنازل عنه ويسري عليه التقادم، والاسم لا تجري بحقه مثل هذه التصرفات، ولكن الرأي الغالب يرى: بأن الحق في الاسم ذو طبيعة مزدوجة فهو حق من جهة وواجب من جهة أخرى، فهو حق لصيق بشخص الإنسان وواجب تفرضه الدولة[٣].

ويمكن رصد موقف المشرع الأردني من طبيعة حق الشخص في اسمه من خلالنص المادة (١٥) من قانون الأحوال المدنية المادة (٤٩) من القانون المدني، حيث يلاحظ بأنه أخذ بالرأي السائد في الفقه، والذي يعتبر الاسمذو طبيعة مزدوجة، ذلك أنه في المادة (١٥) المشار إليها، قد فرض عددًا من القيود عند تسجيل المواليد: كالتبليغ عن المولود، وضرورة تحديد وقت الولادة بدقة، بالإضافة إلى القيود المتعلقة بالنظام العام. كما أن المادة (٤٩) المشار إليها، تحدثت عن حماية الاسم حتى لمجرد المنازعة عليه، مما يعني أنه اعتبره حقًا شخصيًا واجب الحماية من كل صور الاعتداء الواقعة عليه، وواجبًا من ناحية إلزام كل شخص بتسمية المولود.

المطلب الثاني: الموقع الإلكتروني وطبيعته القانونية وارتباطه في الحق بالاسم:

تجدر الملاحظة ابتداء أن العنوان الإلكتروني لا يعرف إلا من خلال الموقع، حيث يطلق أحدهما للدلالة على الآخر في العالم الافتراضي؛ لذا فقد آثرت الحديث عن الموقع وليس العنوان، لأن العنوان جزء في الموقع، حيث سيتم تناول تعريف الموقع الإلكتروني في (الفرع الأول) ثم طبيعته القانونية في (الفرع الثاني).

(١) انظر: سعيد جبر: النظام القانوني للاسم المدني، مرجع سابق، ص ٧١.

(٢) انظر: محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ١٩٦٩، ص ٤٢٠، أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، ١٩٨٧، ص ٦٢.

(٣) انظر: حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، فقرة ٢٧٨، ص ٥٤٩ – ٥٥٠.

الفرع الأول: تعريف الموقع الإلكتروني:

اختلفت الآراء الفقهية والقضائية حول تعريف الموقع الإلكتروني كل بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها للموقع الإلكتروني:

أ. منهم من نظر إليه من زاويته الفنية، وإنه لا يعدو أن يكون ترجمة أو تحويل مجموعة من الأرقام إلى حروف تُشكّل مصطلحًا يرتبط باسم مشروع أو مؤسسة ما عبر شبكة الإنترنت(١).

ومن الواضح أن هذا التعريف لم يحدد المقصود بالموقع الإلكتروني، لكنه حدد آليته الفنية في العمل وطريقة الوصول إليه، وهو بنظري لا يعرف الموقع بقدر ما يبرز بعض ميزاته وآلياته العملية الفنية، كما أن الإشارة إلى كونه مرتبط باسم مشروع ليس إلا إشارة لما بعد التكوين دون النظر إليه بتجريد.

ب. منهم من نظر إلى شكل الموقع وعرفه من خلال الشكل فقالوا أنه: " يتكون من جزأين: جزء ثابت وجزء متغير"(٢):

http://www.wto.org فالمقطع الثابت هو (http://www) وهو يعني أن الموقع يتواجد على شبكة الاتصالات العالمية، وأما الجزء المتغير هو ما تبقى من العنوان ويشير إلى المشاريع والمؤسسات والأشخاص ويميزها، من الواضح أن هذا التعريف يحدد وصف الموقع وعنوانه باعتباره جزءًا من الموقع لكنه لا يعرف الموقع (٣).

ج. منهم من يعرف الموقع من خلال الوظيفة التي يؤديها، فيقولون بأنه وسيلة تنوب مكان العنوان البريدي، وبذات المعنى عرفته محكمة استئناف باريس بقولها أنه "عبارة عن مجرد عنوان افتراضي"(٤).

---

(١) انظر: شريف، محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، الفقرتان ٧، ٨، ص ٩ وما بعد.

(٢) انظر: علي كحلول، المسئولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات مسئولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها: مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٥، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) انظر: شريف غنام، حماية العلامات التجارية، مرجع سابق، ص ١٠.

(٤) أشار إليه: ضياء علي أحمد نعمان، العناوين الإلكترونية بناء على ميثاق التسمية في مجال الإنترنت في المغرب، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد٣، مايو ٢٠١٠، ص١٠٢: تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٠/١١م https: anibrass.blogot,.

من المعلوم أن تعريف الشيء بوظيفته، لا يدل على الشيء ذاته، كما أن التعريفات السابقة لم تورد تعريفًا جامعًا ولا مانعًا، ولم تعرف الموقع مجردًا مما يعلق به من حقوق، بل تعرفه من خلال هذه الحقوق، لذا فإني أرى بأن الموقع الإلكتروني: عبارة عن فضاء رقمي على الشيوع غير قابل للحيازة وله أجزاء محددة لا يعرف كنهه إلا بأداء دور ما، فحتى شركات تسجيل المواقع لا تملك الفضاء الرقمي، ولكنها تملك وسيلة الوصول إليه، وبالتالي فهي تقوم باستغلال منفعة هذا القضاء الرقمي فقط.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للموقع الإلكتروني وارتباطه بحق الإسم

نتناول في البداية الطبيعة القانونية للموقع الإلكتروني (أولاً)، ثم الارتباط القانوني بين الحق في الاسم والموقع الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: الطبيعة القانونية للموقع الإلكتروني

إذا كان تعريف الموقع الإلكترونيقد أثار خلافًا بين الفقه والقضاء، فإن طبيعة الموقع الإلكترونية هي بدورها أثارت جدلاً أكثر، كيف لا؟ وطبيعة الشيء تتحدد من تعريفه، وما دام أنه لم يتفق على التعريف، فإنه لا يمكن الاتفاق حول الطبيعة ولذا فقد تفرق الفقه إلى اتجاهين[١]:

الأول: يرى بأن الموقع الإلكتروني ليس من عناصر الملكية الصناعية.

الثاني: يراه عنصرًا من عناصر الملكية الصناعية.

الاتجاه الأول: ينقسم أنصار الاتجاه الأول إلى ثلاثة آراء رئيسية هي:

أ. يرى الرأي الأول أن الموقع الإلكتروني ما هو إلا موطن افتراضي على شبكة الإنترنت، وهذا الرأي مستقى من أحكام القضاء الفرنسي، وقد أشرنا في معرض التعريف بالموقع إلكتروني إلى حكم محكمة استئناف باريس[٢]، حيث يقابل هذا الرأي الموقع الإلكتروني بالمقر القانوني للشخص ولجميع مصالحه ونشاطاته، وما يتعلق به من أسرار شخصية وهوايات وأعمال، فإذا ما تم الاعتداء على هذا الموقع، كان من حق صاحبه حمايته، وإجبار غيره على منع هذا الاعتداء [٣]، ما دام أنه يمثل موطنًا أو مقرًا قانونيًا له وإن كان افتراضيًا.

(١) انظر تفصيل هذين الاتجاهين: شريف غنام، حماية العلامات التجارية، مرجع سابق فقرة ٢٧٥، ص ٤٠.
(٢) أشار إليه: ضياء علي نعمان، العناوين الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٠٢.
(٣) أنظر: ضياء علي نعمان، المرجع السابق، ص ١٠٢.

ب. يرى الرأي الثاني بأن الموقع الإلكتروني "لا يعتبر علامة أو إشارة مميزة وهم يعتبرون الموقع شبيهًا برقم الدخول إلى الخدمة المعروف في فرنسا (المنتل) وبما أن أحكام المحاكم الفرنسية لا تعتبر رقم الدخول إلى الخدمة من حقوق الملكية الفكرية، وهذا ما ذهبت إليه "محكمة مرسيليا الابتدائية في حكم صادر لها عام ١٩٩٨" فقد أشارت في هذا الحكم إلى العنوان الإلكتروني على الإنترنت حيث تطبق عليه نفس الأحكام التي تطبق على رقم الدخول لخدمة المنتل[١]، وبالتالي فالموقع ما هو إلا وسيلة من أجل الأنشطة التجارية.

ج. يرى الرأي الثالث أن الموقع هو فكرة قانونية مستقلة وجديدة، ولا يمكن إلحاقه بنظام قانوني معين، وإنما تنطبق عليه القواعد العامة [٢].

ويمكن للباحث أن يورد الملاحظات التالية على هذه الآراء الفقهية:

إن هذه الآراء حاولت أن تجد طبيعة خاصة للموقع الإلكتروني غير تلك المتعلقة بالملكية الفكرية، غير أنها لم تفلح؛ ذلك أن الرأيين الأول والثاني حاولا تشبيه الموقع بأنظمة قانونية أخرى: الأول ربطه بالمقر القانوني للشخص، والثاني ربطه برقم الدخول إلى الخدمة[٣]، واعتقد أن تشبيه نظام بنظام قد يؤدي إلى إبراز بعض المزايا لكنه لا يحدد طبيعة الشيء ذاته، أما الرأي الثالث فقد بدأ برأي يتلمس الحاجة إلى تحديد الطبيعة القانونية للموقع الإلكتروني، فذكر أنها فكرة قانونية مستقلة، لكنه لم يحدد طبيعة هذه الفكرة، وهناك كثير من الأفكار القانونية المستقلة التي تثير بذات الوقت مشكلة حول طبيعتها القانونية.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى اعتبار الموقع الإلكتروني عنصرًا من عناصر الملكية الصناعية وملخص هذا الاتجاه: أن الموقع الإلكتروني ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية كالعلامة التجارية والاسم والعنوان التجاري، فالموقع يؤدي وظيفة العنوان التجاري ويميز المشروعات[٤].

---

(١) انظر: شريف غنام، حماية العلامات التجارية، مرجع سابق، فقرة ٢٣، ص ٤٠.

(٢) بذات المعنى انظر: شريف غنام، المرجع السابق، ص ٢٨-٤١.

(٣) انظر: ضياء علي نعمان، العناوين الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٠٢؛ شريف غنام، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص٤٠.

(٤) انظر: شريف غنام، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٤٧ وما بعدها، وقد اختلف الفقه حول مدى التشابه بين عناصر الملكية الصناعية والموقع الإلكتروني، وتحديد مكانته بين هذه العناصر منهم: من قاربه مع العلامة التجارية، ومنهم من قاربه مع الاسم والعنوان التجاري، ومنهم من يرى بأنه عنصر جديد من عناصر الملكية الصناعية.

هذا وقد اتفق الفقه والقضاء، على أن الحق على الموقع الإلكتروني ليس حق ملكية، على الرغممن أن أغلب التصرفات القانونية تجري عليه، فيمكن بيعه وتأجيره والتنازل عنه، مع ملاحظة أن حق الملكية يرد في الغالب على أشياء قابلة للحيازة المادية وتكون لشخص معلوم، أما التنازل عن الموقع الإلكتروني فأمر مختلف حيث يجعله حرًا من جديد ومتاحًا للكل وهو غير قابل للحوالة، كما ينبغي دفع الاشتراكات للشركة المسجلة سواء كانت سنوية أو شهرية، وإلا سقط الحق على الموقع ومن ثم رجع متاحًا للكافة من جديد، بل أن الشركة المسجلة ذاتها لا تملك المواقع الإلكترونية ولكنها تملك وسيلة الوصول إليها.

وقد أكدت على هذه المدلولات القانونية أحكام القضاء الأمريكي، ومن بينها اعتبار محكمة استئناف ولاية فرجينيا أن تسجيل العنوان الإلكتروني هو نتيجة عقد بين الشركة المسجلة والشخص أو المشروع الذي له حق الاستخدام خلال فترة معينة وهو بعيد عن حق الملكية ومرتبط بخدمة التسجيل للشركة[١]، حيث يلاحظ من خلال قراءة الاتجاه الثاني ما يلي:

١. هناك محاولة من قبل أهل هذا الاتجاه، لتحديد مفهوم الموقع وطبيعته، وذلك بوضعه تحت لواء عناصر الملكية المعنوية وإن كانت الفكرة لوحدها لا تكفي.
٢. إن تشبيه الموقع سواء بالعلامة التجارية، أو بالاسم والعنوان التجاري فيه إجحاف قانوني واضح، ذلك أن لتسجيل الموقع إجراءات تختلف عن إجراءات تسجيل العلامات أو الأسماء والعناوين التجارية، بل وإجراءات التنازل مختلفة كذلك.
٣. بالنظر إلى الاتجاهين السابقين تتحد إشكالية تحديد طبيعة الموقع بالأمور التالية:
   أ. إنه حق على فراغ رقمي ذو طبيعة شائعة.
   ب. إن ما من أحد يستطيع الادعاء بإمكانية تملك هذا الفراغ الرقمي، سواء شركات التسجيل أم المسجلين، لأن حيازته والاستحواذ عليه ليست بالمقدور من الناحية المادية.
   ج. إنه موقع وهمي أو مفترض لا يمكن تحديد مكانه في الفضاء الرقمي حتى بعد التسجيل، لكن يمكن تصفح محتواه بفضل جهاز الحاسب خلال الاتصال بشبكة الإنترنت والعنوان الذي يبرز سماته.

(١) أشار إليه: شريف غنام، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٤٧.

د. إن جميع الآراء السابقة لا تتحدث عن الموقع الإلكتروني مجردًا من أي حقوق مرتبطة به، وذلك لكون تحديده مجردًا من الحقوق ربما رآه هؤلاء الفقهاء لا يعدو أن يكون ترفًا فكريًا أو فلسفة لا طائل منها.

ومهما كانت رؤيتهم وهم ربما محقين بها، فأن عدم النظر إلى الموقع مجردًا من الحقوق المرتبطة به لا يمكن أن يقدم حلولاً قانونية يمكن الركون إليها من وجهة نظري.

من خلال التحليل السابق يمكن الاجتهاد حول طبيعة الموقع الإلكتروني، إذ لا بد لتحديد طبيعته من التمييز بين ثلاثة مراحل هي:

المرحلة الأولى: الموقع قبل التسجيل: حيث يعتبر فيها الموقع عبارة عن حيز مفترض في الفضاء الرقمي على الشيوع، ويكون قابلاً لأن يؤدي وظيفة ما.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد التسجيل: وهذه المرحلة هي عبارة عن فرز وهمي لمساحة في الفضاء الرقمي من أجل استغلال ما يقدمه هذا الفضاء من وظيفة، تتحدد بطبيعة الاستخدام، فقد يكون موقعًا علميًا أو تجاريًا أو.... الخ، وهنا لا يمكن القول بإمكانية الفرز أو التعيين بالمعنى الدقيق للكلمة، وأنه يمكن عزله عن غيره في هذا الفضاء الرحب، ولكن يمكن القول إنه من خلال شبكة الإنترنت والكمبيوتر يمكن تأطيره ومعرفة محتواه وذلك من خلال عنوانه الذي يميزه.

المرحلة الثالثة: بعد الانتهاء من فترة الاستخدام، حيث يعود مساحة وهمية في فضاء يعتبر مشاعًا بالنسبة للكافة، ولا يمثل أي قيمة مادية أو معنوية.

من هذا كله نخلص إلى أن الطبيعة القانونية للموقع الإلكتروني، ما هي إلا حق استغلال لمنفعة معنوية في الفضاء الرقمي لأداء وظيفة ما، أو بعبارة أخرى هو وسيلة حديثة للتعبير عن الحقوق، ومن ثم يفقد قيمته القانونية بدون الاستخدام، ويصبح ذو قيمة قانونية بالاستخدام تتحدد قيمته وتقوم بما لهذا الاستخدام والمحتوى من قيمة، وهذا التقسيم المرحلي الطابع له نتائج قانونية مهمة منها:

١. لا يستطيع شخص رفع دعوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ما لم يباشر في هذا الموقع جملة من الحقوق المرتبطة به.
٢. أن امتناع الموقع من التسجيل أو اعتذاره لكون شخص آخر قد سبق بالتسجيل يجعل من طبيعة النزاع ذو شقين قانونيين:

الأول: أن ما باشره السابق بالتسجيل ما هو إلا حرمان شخص من التمتع بحقه، لا باعتبار الموقع مجرداً ولكن لأنه ارتبط باسم هذا الشخص، ومن ثم فإن الحماية تكون للاسم وللحقوق المرتبطة به، وليس للموقع بما هو موقع مجرد.

الثاني: دعوى تتعلق بالحقوق التي تم الاعتداء عليها، ومن ثم وفي إطار البحث الذي نحن بصدده، فإن هذا التكيف سيسهل علينا تحديد الدعوى، هل هي دعوى لرفع المنازعة الحاصلة من قبل السابق بالتسجيل؟ أم هي دعوى اعتداء على حقوق معينة بالذات؟

ولتقريب الأمر لنفترض أن شخصًا قد سجل موقعًا إلكترونيا باسم شخص آخر، وفي ذات اليوم أراد صاحب الاسم الحقيقي أن يسجل موقعًا باسمه، نلاحظ في هذا الفرض أنه لم يتم الاعتداء بعد على حقوق في الموقع، ولكن تم استخدام الاسم فقط، ومن ثم فإن الدعوى هي لتفويت منفعة مفترضة وليست لدفع ضرر محقق[١]، وهناك فرق كبير بين تفويت المنفعة المفترضة وبين الضرر المحقق، فإذا سلمنا بهذا الأمر فإن مجرد وقف الموقع وإلغاء التسجيل لمن سبق كاف بحد ذاته كجزاء.

ثانيًا: الارتباط القانوني بين الحق في الاسم والموقع الإلكتروني:

ثمة إشكالية تحيط بهذا العنوان، تتمثل في أن الحق في الاسم هو حق لصيق بشخص الإنسان كما حدد آنفًا، ومن ثم لا يمكن التنازل عنه، فهو ينشأ مع الإنسان منذ الولادة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن دعوى تغيير الاسم في بعض الحالات لا تشكل مساسًا بالقول أنه لا يمكن التنازل عنه، لأن مجرد تغير الاسم يصبح هو الآخر لصيق بشخص الإنسان ومن ثم لا يمكن التنازل عنه، في حين أن الموقع الإلكتروني يمكن تأجيره وبيعه والتنازل عنه،ومن هنا تختلف حقيقة كلا المفهومين عن بعضهما، وبالتالي يمكن القول: أن الحق في الاسم هو حق أصيل في حين أن الحق في الموقع الإلكتروني هو صورة من صور الاستخدام التي يملكها الاسم.

كما لا يمكن وصف هذا الارتباط بينهما بارتباط التابع بالمتبوع، فالأصل حينها أن يدور الموقع الإلكتروني وجودًا وعدما مع الاسم، وبالتالي الأصل عدم التنازل عنه ليس باعتباره حق من الحقوق، ولكن لأنه يحمل اسم الشخص فهو هويته نحو الجمهور، من هنا يمكن القول بحق: أن الموقع

(١) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، منشأة المعارف بالإسكندرية، تنقيح أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤، فقرة ٥٧٤، ص٧١٧، وانظر أيضًا: نقض مدني مصري رقم ٣٢٥، جلسة ١٩٦٥/٦/١٠، مجموعة أحكام محكمة النقض، البوابة الإلكترونية، تمييز حقوق أردني رقم ٢٠١٥/٣١٦٤، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠١٥/١٢/٧، منشورات مركز عدالة.

الإلكتروني–كما حدد سابقًا– هو حق استغلال لمنفعة معنوية مرتبطة بالاسم حضورًا إذا اتجهت إرادة الشخص للحضور، اقصد أن الاسم يستخدم الموقع للتعريف به والتعبير عن إرادته، ويستغله من أجل تحقيق منافع مادية وأخرى معنوية، حتى إذا ما قضى الاسم وطره، أنهى حياة الموقع باعتباره أداة استغلال، أو أداة للتعبير عن الإرادة لا تنال من الاسم الحقيقي.

كما أن الاسم المستعار والذي يطلقه الشخص على نفسه(١)، يحض بذات الحماية لأن الاسم المستعار قد يكون في أحوال كثيرة أكثر في الدلالة على الشخص من اسمه الحقيقي بسبب التداول، ومن ثم من حق كل شخص له اسم مستعار أن يسجل موقع إلكترونيا بهذا الاسم، كما إن اسم الشهرة هو الآخر من الأسماء التي تدل على الشخص أكثر بكثير من اسمه الحقيقي، ومن ثم يمكن تقرير حمايته قانونًا، بل يمكن تقرير الحقيقة القانونية التالية: إن الضرر الناجم عن تسجيل موقع إلكتروني باسم شهرة مرتبط بشخص آخر، أكثر ضررًا من استخدامه للاسم المستعار، وهذا بدوره أكثر ضررا من الاسم الحقيقي، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذا ما اختلط الاسم الحقيقي باسم الشهرة بالاسم المستعار وهذا متصور قانونًا وواقعاً. إذن فالارتباط القانوني قائم بين الاسم بصورة الثلاثة والموقع الإلكتروني، والمنفعة أو الضرر تدور بين الاستخدام المشروع وغير المشروع لهذه الأسماء.

المبحث الثاني: الحماية المدنية للحق في الاسم في إطار الاستخدام غير المشروع له كعنوان لموقع إلكتروني

تتمحور الدراسة حول فكرة الأسبقية في التسجيل (٢)، فالقاعدة الموجودة في عالم الإنترنت هي أن من يسبق أولا يسجل أولاً، وفي الواقع ليس هناك ما يمنع قانونًا من أنيسجل شخص موقعًا إلكترونيا، ما دام أنه يقوم بالالتزامات المترتبة عليه قانونًا فيما يتعلق بعقد التسجيل، إذ كل ما على الشخص هو الاتصال بالشركة من خلال شبكة الإنترنت والاطلاع على العقود، وتقديم المعلومات اللازمة من قبله، والعوض المالي الذي تطلبه الشركة لقاء هذه الخدمة، بالإضافة إلى ما تريده من الموقع، فإذا ما سجل الموقع باسمه أصبح من حقه استغلال الموقع بالوجه الذي يريده فيما لا يخالف القواعد المعمول بها في هذا العالم الجديد، والمتعلقة بمراعاة النظام العام والآداب مع ما يتطلبه عقد التسجيل من التزامات حول طريقة الاستخدام.

(١) انظر: عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مطبعة كتابكم، ١٩٨٥، ص ١٢٦.
(٢) انظر: شريف غنام: المرجع السابق ص ١٩.

والفرض في الاستخدام غير المشروع الذي يعنينا هنا، ليس الاستخدام غير المشروع للموقع من قبل صاحبه الحقيقي، إنما هو الاعتداء على اسم شخص واستخدامه كموقع شخصي يعود بالنفع على المستخدم وبالضرر على صاحب الاسم الحقيقي، بمعنى آخر الاعتداء على موقع مفترض لم يسجل باسم صاحبه بعد، وهو عندما اختمرت الفكرة لديه بتسجيل موقع باسمه، وجد أن شخصًا آخر قد سبقه بالتسجيل مما حرم صاحب الاسم الحقيقي من التمتع بهذه الميزة.

وتحاول هذه الدراسة الإجابة على فرض أساسي – وكما أشير بمقدمتها –وهو: في ذات اليوم الموعود قام شخص في الساعة التاسعة صباحًا بتسجيل موقع إلكتروني مستخدمًا اسم غيره، وفي الساعة الرابعة مساء أراد صاحب الاسم الحقيقي أن يسجل موقعًا باسمه، فتفاجأ بأنه لا يستطيع ذلك، لأن هذا العنوان سجل من قبل. أن هذا الفرض يثير احتمالين:

الأول: أن المستخدم السابق يحمل ذات الاسم (التشابه التام بين الأسماء لدى الشخصين).

الثاني: أن المستخدم الأول (المعتدي) قد استخدم اسما لا يشابه اسمه. بحيث يقوم المعتدي بحجز المجال الموقعي بجميع نطاقاته الثلاث عند استخدام اسم الغير كعنوان لموقع إلكتروني[١].

وعليه فإن هذا المبحث سوف يتطرق إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: نطاق المسؤولية المدنية في حماية الاسم من الاعتداء عليه كعنوان إلكتروني.

المطلب الثاني: مجال تطبيق نظرية التعسف في حماية الحق في الاسم عند استخدامه كعنوان إلكتروني.

المطلب الأول: نطاق المسؤولية المدنية في حماية الحق في الاسم عند استخدامه كعنوان إلكتروني:

تنص المادة(٤٨) من القانون المدني الأردني على أن: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، كما أن المادة (٤٩) من ذات القانون قالت: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه منضرر" وتنص المادة (٢٥٦) على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، كما تنص المادة ٢٥٧ على أنه "١- يكون الإضرار بالمباشرة أو

(١) انظر: نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية – الملكية الصناعية – دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، ص ٣٧٧.

التسبب، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"، حيث يلاحظأن المشرع الأردني في المادة (٤٨) قد أعطى الحق لكل من وقع عليه اعتداء أن يطلب وقف هذا الاعتداء، هذا الوقف يعالج حالتين:

الأولى: أن ينجم عن الاعتداء ضرر سواء كان هذا الضرر معنويا أو ماديا، وفي هذه الحالة لا بد من جبر الضر بالتعويض(١).

والثانية: أن لا ينجم عن الاعتداء على الحقوق الملاصقة لشخصية الإنسان ضرر، وفي هذه الحالة فإنه لا يمكن الحكم بالتعويض إذا لا أساس له، وأساسه تحقق الضرر.

كما يلاحظ أن المشرع الأردني استخدم لفظة اعتداء وأردفها بعبارة غير مشروع ونتساءل – بحق – أليس الاعتداء يفترض عدم المشروعية، ومن هنا نعتقد بأن هذه العبارة لا لزوم لها في النص، إذن في هذه المادة يتحدث عن جميع الحقوق الملازمة لشخص الإنسان والمرتبطة به (٢).

أما المادة (٤٩) فقد تناولت ذات الاسم وهو مسلك محمود للمشرع، إذ إن جميع الحقوق ترتبط بالاسم ومن ثم فالأصل حماية هذا الاسم وإفراد نص خاص به هذا من جهة، ومن جهة أخرى يدل على ما للإنسان من أهمية في نظر المشرع، أما بخصوص المادة (٢٥٦) فهي تتحدث عن حصول الضرر المحقق، حيث أنه يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، وباعتقادي لا يصار إلى إعمال هذه المادة فيما يتعلق بفرض الدراسة ما لم يتحقق الضرر فعلاً(٣)، تجدر الإشارة إلى أن نص المادة (٢٥٧) يتحدث عن الفعل غير المشروع، حيث أن غالبية الفقه يرون بأن المشرع الأردني يأخذ بفكرة الإضرار ولا يقيم المسؤولية على أساس الخطأ(٤)، ومن ثم سوف نتطرق إلى صور المسؤولية عن

(١) وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية انظر: تمييز حقوق أردني رقم ٢١٧١/ ١٩٩٧، هيئة خماسية، تاريخ ١٩٩٧/٢/٧ منشورات مركز عدالة، وانظر أيضًا: رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص٣٢١ وما بعدها.

(٢) انظر: علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٤، ص٥٢، محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي الأمريكي الفرنسي المصري والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر، ص ٦٥.

(٣) انظر: محمود عبد الرحمن، نطاق الحق في الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص٦٥.

(٤) انظر تفصيل ذلك: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات"، دراسة مقارنة، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٣، فقرة ٤٢٣، ص ٣٧٧.

الفعل الضار في فرض الدراسة انطلاقاً من هذا الموقف،علماً بأن فكرة الخطأ الموضوعي المأخوذ بها في قواعد المسؤولية التقصيرية تقترب من فكرة التعدي في القانون المدني الأردني[١]، وإذا ما أبحرنا في هذه النصوص وفق الفروض الموجودة في البحث، فإننا سنكتشف وجود حالتين سوف نتناولهما في الفرعين القادمين:

الفرع الأول: حالة تشابه الاسمين (اسم السابق بالتسجيل والمسبوق):

إن من حق كل شخص أن يتخذ اسما له ولقبا خاصا به ولو تشابه مع اسم غيره، وهذا ما أشار إليه النص ضمناً حينما تحدث عن الاستعمال غير المبرر، وبالتالي ومن باب المخالفة إذا قام الشخص باستخدام اسمه وكان بالمصادفة متشابها مع اسم آخر، فلا يملك هذا الآخر أن ينازعه على اتخاذه الاسم، ذلك أن هناك تشابه بالمصادفة وهذا يحصل في كثير من الأحيان.

وبالذهاب إلى استخدام الاسم في هذا الفرض كعنوان لموقع إلكتروني، فإن من سبق بالتسجيل هو صاحب الحق بالموقع، ومن ثم لا يملك صاحب الاسم المشابه أن يعتبر هذا اعتداء موجبًا للوقف، لأن الآخر الذي يملك ذات التسمية له أن يؤسس موقعًا إلكترونيا باسمه، فهذا حقه الطبيعي ولا يشكل اعتداء على اسم هذا الآخر المشابه، فالاعتداء منتفٍ هنا، من جهتي اعتقد إن قواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن تنتصب في هذا الفرض لحماية المسبوق بالتسجيل للأسباب التالية:

١. إن من قام بالتسجيل إنما يستخدم حقًا، وهذا لا يشكل منازعة، أو انتحال فضلاً عن كونه ليس اعتداء غير مشروع.
٢. إن أركان الفعل الضار باعتبار السابق بالتسجيل يباشر حقاً من حقوقه وهو استخدام اسمه المشابه لاسم الغير بالمصادفة من أجل تسجيل موقع الكتروني، يعتبر من باب الأفعال المشروعة، ولكي يكون المباشر بالتسجيل هنا ضامناً في مثل هذه الأحوال لابد أن يكون الفعل بذاته مفضياً الى الضرر من دون أن يتدخل ظرف آخر لإيقاع الضرر أو يتصل به فعل الغير، وبرأيي أن الظرف الآخر موجود وهو التشابه بين الأسماء بالصدفة، وبالتالي فإن تقرير المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار لا يمكن أن يتحقق في هذا الفرض، لكون الفعل حتى يكون ضارًا ينبغي ابتداء أن لا يصدر منصاحب الحق في فعله، إذ لا يمكن أن يشكل استخدام الحق فعلاً ضاراً بذاته، إلا في فرض وحيد هو التعسف في استعمال الحق- وسوف يأتي الحديث عن ذلك.

(١) انظر: عدنان السرحان، نوري خاطر، المرجع السابق فقرة ٤٤٥ ص ٢٩٢.

٣. كيف يمكن القول بتوافر واثبات علاقة السببية بين الفعل الذي هو مشروع، وبين الضرر الذي هو في أقوى فروضه احتماليًا؟

لكن هل يتصور حصول ضرر في الفرض محل الدراسة، حيث السبق في التسجيل لم يمتد زمانيا سوى بضع سويعات؟ علاوة عن أن السابق بالتسجيل لم يباشر أي حق من الحقوق خلال الموقع من شأنه إيذاء المسبوق؟

وللإجابة عن ذلك فقد يحصل الضرر بحق المسبوق بالتسجيل في بعض الفروض، مثل: أن يكون المسبوق بالتسجيل شخصًا مشهورًا – لا كعلامة تجارية – وأن مجرد حجز الموقع لهذه السويعات فوت منفعة على المسبوق(١)، بل وأكثر من ذلك قد لا يكون مشهورًا ويؤدي هذا السبق بالتسجيل إلى الإضرار بصاحب الاسم المشابه، رغم أن المستخدم الأول قام بالحجز فقط لأجل الحجز وليس لديه ما يفعله بالموقع، كأن يحرمه من التواصل مع جهة أعلنت عن وظائف، وسبيل التقديم له وجود موقع إلكتروني باسم الشخص المتقدم(٢).

ولابد من التفريق بين الاستخدام بحسن نية، والاستخدام بسوء نية لكي نستطيع تقرير مسؤولية السابق، وسوء النية لا يتحقق إلا في حال أقدم السابق بالتسجيل بحجز جميع المجالات الثلاثة التي يتمتع بها الموقع الإلكتروني، إذ قد تعد هذه قرينة على سوء النية أما في حال قام الشخص بحجز نطاق واحد من النطاقات، فاعتقد أن بإمكان المسبوق بالتسجيل أن ينشأ موقعًا في نطاق آخر، ومن ثم يصبح لنطاقات الموقع الثلاثة علاوة على وظائفها الفنية وظيفة لفض اشتباك قانوني.

إن الذي تم ذكره سابقًا، من أن يكون الاستخدام بسوء النية، أشار إليه نص المادة (٤٩) حينما تحدث عن المنازعة غير المبررة، وبالتالي فإن عبارة غير المبررة هذه تستدعي معنى الاستخدام بسوء نية، أما إذا كان الاستعمال للاسم مبررًا فلا مجال لتقرير مسؤولية السابق بالتسجيل في كل حال، على أنه لا بد من التنويه هنا، بأن تقرير المسؤولية في الفرض الأخير ينبع من الاتكاء على نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي أحد صور المسؤولية التقصيرية كما يشير بذلك جانب كبير من الفقه(٣)، كما

(١) انظر: خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن اعماله الصحفية، مرجع سابق، ص٤٦٩.
(٢) المسؤولية المدنية تتوافر بغض النظر عن النية، ووجودها يؤثر في مقدار التعويض، انظر تمييز حقوق أردني، رقم١٩٩٣/١١٩٨ هيئة خماسية تاريخ ١٩٩٤/٢/١٥ منشورات مركز عدالة.
(٣) انظر: محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص١٤٧.

تجدر الإشارة إلى أن الخطأ في مثل هذه الحالة لا يمكن افتراضه وإنما واجب الإثبات من المسبوق بالتسجيل أو الشخص المدعي باستخدام اسمه.

الفرع الثاني: حالة استخدام اسم الغير عنوانًا لموقع إلكتروني مع عدم وجود التشابه

دعونا لا ننسى، بأن الأمر لا يتعدى عن كونه حرمان من التسجيل، ولم يباشر في الموقع أي حقوق بعد. في هذا الفرض بالذات تظهر صورة المنازعة المشار إليها بنص المادة (٤٩) بأبهى حلتها، بل أكاد اجزم بأنها تأخذ معنى الانتحال الذي يرتب بالإضافة الى الجزاء المدني جزاءً جنائيًا، وعملاً بأحكام المادة (٢٥٧) فإن استعمال المستخدم لاسم الغير دائماً يقع بالمباشرة، لأن المستخدم الذي قام باستعمال اسم الغير هو في مركز المباشر وليس المتسبب، والأصل بحسب نص المادة المشار إليها، أنه لا شرط لضمان المستخدم لنتيجة استخدامه هذا، وقد ذكرنا سابقاً، أنه لكي يكون المستخدم أو المباشر ضامناً فيجب أن لا يتدخل أي ظرف آخر بوقوع الضرر، وحيث أن المستخدم يعتبر فعله بحد ذاته إضرار، فالأصل أنه يضمن(١).

ونرى بأن مسؤولية المباشر في هذه الحالة مفترضة، أو يقع عليه عبء اثبات عدم حصول الضرر، لأن أساس المسؤولية موضوعي يعتمد على فعل التسجيل غير المشروع الذي ارتكبه المستخدم، باعتبار أنه غير مجاز قانونياً لأن يستخدم اسم الغير(٢).

ويأخذ الاستعمال غير المشروع أحد صورتين بالنظر إلى حدوث الضرر من عدمه وهما:

الصورة الأولى: أن لا ينشأ عن فعل المستخدم لاسم غيره كعنوان لموقع إلكتروني ضرر، ويقتصر الأمر عند حد الاستعمال غير المشروع، أخذ صورة الانتزاع المجرد للاسم – اقصد بالانتزاع المجرد استعمال اسم الغير بلا مبرر. هنا نلاحظ أن المادة (٤٩) قد نهضت لحماية الاسم من هذا الاعتداء غير المبرر، ذلك أنه في هذا الفرض بالذات تكون قرينة سوء النية مرافقة للاعتداء، وبالتالي فإن الإضرار مفترض من جانب المستخدم، وعليه في هذه الحالة أن ينفي المسؤولية عن نفسه، ولكن في هذه الصورة لا يمكن أن نحكم بالتعويض عن الضرر سواء كان

(١) انظر: عدنان السرحان ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، مرجع سابق، فقرة ٤٢٨، ص٣٨٠.

(٢) حول المسؤولية الموضوعية، والمباشرة في الفعل الموجب للضمان، انظر: حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض بمقتضياته الغائبة ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، فقرة ٢٦١، ص٣٧٥ وما بعدها.

ضررًا ماديًا أو معنويًا إلا إذا تحقق[1]، إذ إن المادة المشار إليها لا تفترض أن جميع الاعتداءات تخلف ضرراً، ومن ثم في حال عدم تحقق الضرر فإن الحماية القانونية تكون على صورة إغلاق الموقع وإعادة تسجيله باسم صاحب الاسم الحقيقي، وبرأي يكفي أن تقوم الشركة المسجلة بالإشارة على صفحة الموقع بأن الموقع المذكور يعود لصاحبه فلان، وأن المعتدي على اسم الغير لا حق له بمباشرة أي أمر على صفحات الموقع المعنونة بالعنوان المدون عليه.

الصورة الثانية: أن ينشأ عن مجرد التسجيل ضرر، كأن تكون هذه السويعات القليلة قد فوتت منفعة على صاحب الاسم الحقيقي، كما لو أنه يريد أن يسجل في جامعة في آخر يوم للتسجيل مثلاً، أو فوتت عليه صفقة تجارية ما[2]. في هذا الفرض أيضًا تنهض كل من المواد (٤٨،٤٩،٢٥٦،٢٥٧) المشار إليها لحماية الاسم، وتقرير التعويض عن الضرر الناشئ، باعتباره فعلاً غير مشروع أي وفق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار.

ولكن لماذا نؤسس هذه الحماية على أساس المسؤولية التقصيرية وليس وفقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق؟ من المعروف أن استخدام السابق بالتسجيل (المعتدي) إنما يستخدم اسم غيره، وأما الحق بتسجيل موقع إلكتروني فما هو إلا رخصة استدعتها التكنولوجيا الحديثة، وإذا ما تصارع أمران أحدهما حق والآخر رخصة فالحق أولى بالحماية من الرخصة، إذ إن حدود استخدام الرخص عدم الأضرار بحقوق الغير.

إذن فعل التسجيل هو فعل اعتداء في هذا الفرض، وقد ألحق بالغير ضررًا، فلولا هذا التسجيل لما حرم الغير من المنفعة التي يسعى إليها، ومن ثم تقوم جميع أركان المسؤولية عن الفعل الضار، وتتحقق مسؤولية السابق بالتسجيل[3]، لكن ينبغي على القاضي أن يفرق بين مستخدم حسن النية، ومستخدم سيء النية ليس من أجل تقرير المسؤولية التقصيرية من عدمها، وإنما من أجل تقرير مبلغ التعويض باعتبار أن مبلغ التعويض سوف يختلف في الحالتين، وفي هذه الصورة أيضاً يعتبر

(١) انظر: تمييز حقوق أردني رقم ٢٠١٥/٣١٦٤، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠١٥/١٢/٧، منشورات مركز عدالة الحقوقي.

(٢) انظر: نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٩٩، لسنة ٢٥ من جلسة ١٩٥٩/١٢/٣، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، البوابة الإلكترونية.

(٣) انظر: محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص٥٥٣.

الاضرار مفترض، وليس على المسبوق إلا اثبات أن الاسم المدون كموقع إلكتروني يعود له، وبالتالي على السابق بالتسجيل أن يدفع عن نفسه المسؤولة، كأن يثبت أنه يحمل ذات الاسم وهذا ما يحيلنا إلى المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مجال تطبيق نظرية التعسف في حماية الحق في الاسم عند استخدامه كعنوان إلكتروني

ذكر سابقًا بأن أركان المسؤولية التقصيرية لا تنهض قانوناً لتأسيس الحماية لصاحب الاسم المسبوق بالتسجيل في حال كان السابق يحمل ذات الاسم، لأن السابق إنما يمارس حقًا، وهنا يثار تساؤلين هامين هما: هل يعتبر استخدام الاسم في حال وجود التشابه تعسفاً في استعمال الحق؟ وإذا كان من الممكن اعتبار هذا الاستخدام تعسف، فهل تنهض جميع معايير التعسف الواردة في القانون المدني الأردني للحماية في هذا الفرض؟

لقد أوردت المادة (٢/٦٦) من القانون المدني الأردني أربعة معايير، بحيث يكون الشخص متعسفًا في استعمال حقه إذا رافق استعماله هذا أحد هذه المعايير وهي:

الأول: توافر قصد التعدي:

إن قصد التعدي هو ذات قصد الإضرار بالغير، والوصول إلى قصد الإضرار يتم من خلال المعيار الذاتي والشخصي[١]، حيث يرجع إلى الشخص المباشر لفعل التعدي، وهو لا يكاد يخرج عن حالتين:

الأولى: أن يقوم المباشر بتسجيل الموقع (السابق بالتسجيل) بقصد الحصول على منفعة معينة، لكنه فضل أن يحققها من خلال الإضرار بالغير باعتباره الأجدى نفعًا لتحصيل المنفعة.

الثانية: أن يتوافر قصد التعدي والأضرار بالغير بشكل أصيل من قبل من قام بالتسجيل، وأن المنفعة التي أرادها ثانوية، حيث يتم التفريق بين الحالتين من خلال مقارنة المصلحة التي يتوخاها السابق بالتسجيل مع ما يمكن أن يصيب الغير من ضرر، فإن رجحت المصلحة بالضرر الممكن الوقوع في فرض الدراسة، فلا نكون أمام تعسف من قبل المسجل أولاً، وهنا نلاحظ أن

(١) انظر: محمد رشدي، المرجع السابق، ص١٤٧، عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة في الفقهين الإسلامي والوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦ هـ -١٩٩٥، ص ١٤٦ وما بعدها، أحمد شوقي عبد الرحمن الدراسات البحثية في المسئولية المدنية، المجلد الأولى، المسئولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٢.

المصلحة بالتسجيل أمر واقع والضرر ما هو إلا احتمالي غير محقق الوقوع، ومن المنطق القانوني ترجيح المصلحة المحققة على الضرر الاحتمالي الذي لا يعتبر أساساً للمساءلة القانونية وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية(١).

أما في الحالة الثانية، فقصد الأضرار بالغير هو الباعث وراء قيام السابق بالتسجيل إلى فعل التسجيل، ومن ثم نكون أمام تعسف في استعمال الحق، ذلك أن قصد الإضرار والذي يفترض سوء النية هو الدافع إلى التسجيل، وإن السابق بالتسجيل استغل هذا التشابه للنيلمن شبيهه، ولكن يفترض بالقاضي أن يتحقق من سوء النية، وأن ما قام به هذا الشخص (المعتدي) لا يعدو أن يكون عبثًا لا يرقى إلى مسؤولية الشخص العادي في مباشرة الحقوق(٢)، والذي من علاماته – برأي– علم السابق بالتسجيل بوجود شخص آخر يحمل ذات الاسم، وأنه قد استخدمه بقصد الإضرار، لكن هل يمكن تقديم ضرر احتمالي على حق محقق الوجود؟

لقد ذهب جانب من الفقه المصري في تبريره لدعوى المنافسة غير المشروعة إلى فكرة الضرر الاحتمالي لا باعتبارها فكرة أصيلة في القانون المدني، ولكن من أجل تكييف دعوى المنافسة غير المشروعة (٣).

وعلى الرغم مما ذهب إليه الفقه المصري بخصوص تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس الضرر الاحتمالي، إلا أن ذلك يصعب تطبيقه على الفرض محل الدراسة، ذلك أن الفقه المصري وإن قبل بالضرر الاحتمالي في هذه الدعوى، إلا أن ذلك فيه مصلحة واضحة للتاجر المتضرر على اعتبار أن الأعمال التجارية يؤثر فيها الكثير من الأشياء والتي يصعب تدارك آثارها

(١) الأصل أن يكون الضرر محقق الوقوع سواء وقع فعلاً أو سيقع حتمًا، والضرر الاحتمالي يجب أن يكون مؤكد الوقوع، انظر: بشر علي، مسئولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ج١، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠١م-١٤٢٢هـ، ص٤٦٩، وقد أخذ القضاء الفرنسي بمعيار عدم الاكتراث بحقوق الغير كما في ضآلة المصلحة، حيث قضت به محكمة (كولمار) بهدم مدخنة بنيت فقط لحجب الضوء عن عقار الجار، أشار اليه عبدالله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة في الفقهين الإسلامي والوضعي، دار النهضة العربية، ١٤١٦هـ -١٩٩٥م، ص٢٣٧.

(٢) انظر: عبد الهادي العوضي، الحق في الدخول في طي النسيان على شبكات الإنترنت، دراسة قانونية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣، ص٥٥ وما بعدها؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص١.

(٣) انظر: ماهـر حمدان، حماية العلامات التجارية، دراسـة مقارنة، ط١، مطبعة الجامعة الأردنية، ١٩٩٩، ص٨٢-٨٣.

في حال وقوعها كما لو تعلق الأمر بالسمعة التجارية، فالضرر وإن كان احتمالياً إلا أنه محقق الوجود على المدى البعيد وهذا ما دفع الفقه المصري إلى تبني هذا الحل.

وعوداً على البدء فإن الإجابة من جهتي بخصوص قبول فكرة الضرر الاحتمالي كأساس لمنع الشخص من مباشرة حق له لا يمكن أن يكون معيارًا صالحًا لتبرير مسؤولية السابق بالتسجيل، وأنه برغم قول المشرع قصد الإضرار، فإن هذا لا يعني أن الضرر لم يتحقق بل يقصد المشرع أن الضرر قد تحقق نتيجة هذا القصد، ولا مجال باعتقادي لمحاسبة شخص لمجرد توافر النية لديه، إذن لا بد لكي يقوم هذا المعيار أن يثبت لدى المباشر أولاً بالتسجيل قصد التعدي، وأن يترتب على ذلك ضرر محقق لكي يستطيع المضرور المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر ووقف الاعتداء، كأن يؤدي مجرد التسجيل إلى حرمان المسبوق من صفقة تجارية أو حرمانه من منحة دراسية[١].

الثاني: إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة[٢]:

يعتبر هذا المعيار من المعايير الموضوعية، وإن كان لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال ضابط شخصي وهو نية الشخص المباشر للحق، فلا يمكن الوصول إلى أن المصلحة مشروعة أم غير مشروعة، إلا إذا باشر صاحب الحق حقه. وبالتالي علينا التفريق بين مستخدم قام بالتسجيل لأجل مصلحة مشروعة، وآخر قام بذات الأمر لمصلحة غير مشروعة، لكن المشكلة في هذا المعيار أن على السابق بالتسجيل مباشرة بعض الحقوق حتى يتم استظهار نيته في الاستخدام، وهذا لا يأتلف مع فرض الدراسة الذي لا يعدو أن يكون مجرد حرمان صاحب الاسم المشابه من التسجيل، ومن ثم لا يصلح هذا المعيار لتقرير مسؤولية السابق بالتسجيل، إلا إذا اعتبرنا مجرد التسجيل هو مصلحة مرجوة وهو أمر من الصعب تقبله، وإذا ما نجم ضرر وكان يقصده فإنه يدخل في المعيار الأول، وإذا كان لا يقصده فهو إنما يباشر حقه في تسجيل عنوان إلكتروني باسمه.

---

(١) تجدر الإشارة الى أن نية الأضرار هو المعيار الذي تبنته محكمة النقض المصرية بين المعايير الثلاث وهي تلك المتعلقة بقصد التعدي أو المصلحة غير المشروعة أو عدم التناسب، نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٨٥، لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ م، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، البوابة الالكترونية، وفي ضرورة ثبوت الانحراف في استعمال الحق، تمييز حقوق أردني رقم ٢٠١٥/١٦٤٧، هيئة عامة، تاريخ ٢٠١٥/٦/٩ منشورات مركز عدالة.

(٢) انظر: رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار النهضة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٤٨ وما بعدها، فيصل ذكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسئولية عنها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص ٣٩١ وما بعدها.

الثالث: إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر[١]:

هذا معيار موضوعي بحيث ينظر إلى سلوك الرجل العادي[٢]، ويتم قياس المنفعة التي تم الحصول عليها أو المتوخى الحصول عليها بمدى الضرر المحقق للغير، فإذا كانت غير جدية أو ضئيلة إذا ما قورنت بالضرر الذي يمكن أن يصيب الغير، فيكون الشخص فيها متعسفًا[٣]، لكن ما المقصود بالمنفعة، هل تلك المحققة أم المنفعة المحتملة؟ وما المقصود بالضرر هل الضرر المحقق الوجود أم الضرر المحتمل الوقوع؟

في واقعة التسجيل من قبل السابق بالتسجيل، نلاحظ أنه لم يباشر أية حقوق على الموقع، ومن ثم تقتصر المنفعة في السبق في التسجيل بحد ذاتها، ولذا فالمنفعة رغم كونها احتمالية إلا أنها محققة، ويمكن أن نطلق عليها المنفعة المجردة. أما الضرر فهو غير محقق ولكنه يأخذ صورة الحرمان من التسجيل، فهل الحرمان وحده يشكل ضررًا؟ للإجابة عن هذا السؤال اعتقد من جهتي، بأن الضرر لا يتحقق إلا في حال فوات منفعة كما أشير إلى ذلك بخصوص رغبة الشخص في التسجيل بجامعة مثلاً أو عقد صفقة تجارية فيكون الضرر محقق الوجود، ومن ثم تجري المقارنة في ذهن القاضي بين المنفعة من التسجيل وما تحقق في حق الغير من ضرر[٤]، فإذا ما رجحت كفة المنفعة بالضرر فلا مجال للقول بتوافر التعسف، وإذا ما رجح الضرر بالمنفعة فنكون أمام تعسف، لكن ينبغي التأكيد أنه حتى في حال رجحان الضرر فلا مسائلة قانونية برأي للسابق بالتسجيل، إلا إذا تحقق القاضي من أن جميع النطاقات المتعلقة بالموقع قد تم حجزها هي الأخرى بذات الاسم المشابه.

---

(١) انظر: أحمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية، المجلد الأول، مرجع سابق، ص٥٢.

(٢) انظر: سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في العقل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المجلد الأول، ط ٥، تنفيع حبيب إبراهيم الخليلي، فقرة ١٤٥، ص ٣٧١ وما بعدها، محمد سعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص١١٦.

(٣) انظر: تمييز حقوق أردني رقم ٢٠١٤/٥٢٢ هيئة عامة، تاريخ ٢٠١٤/٤/٢٩، منشورات مركز عدالة.

(٤) انظر: إبراهيم أمين النفياوي، التعسف في التقاضي، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٠، عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، مرجع سابق، ص ٢٤١.

الرابع: تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة[١]:

يقتضي هذا المعيار نشوء عرف ملزم في ممارسة حق ما، ومن ثم فإن مسألة نشوء أعراف وعادات مستقرة من غير اليسير، وإن كانت فكرة التحكيم الإلكتروني قادرة على إرساء الكثير من الأعراف في هذا الجانب، غير أن الإشكالية تثار إذا كان العرف الناشئ يخالف النصوص القانونية الإلزامية أو خالف النظام العام والآداب عندئذٍ نكون أمام إشكالية قانونية من نوع آخر، ولما كان العرف يحتاج إلى وقت لكي يستقر في ضمير الجماعة، ولكون هذا النوع من الأعراف ذا صبغة فنية مما سيحيل إلى التحكيم ونحن ومن خلال البحث نحاول التأصيل لدعوى قضائية بعيدًا عن التحكيم، مع أن المشكلة تبقى قائمة كون القضاء في كثير من جوانبه ليس لديه الدراية الكاملة بهذه القواعد الفنية مما يدفع إلى التحكيم حتى إذا رغب القاضي بالبت في القضية المثارة أمامه فإنه مضطر للاستعانة بمجموعة من الخبراء[٢]، إذن وإن كان بالإمكان أن نؤسس دعوى حماية الاسم، إلا أن هذا المعيار لا يصلح في كل الأوقات، إلا إذا وجد العرف.

من خلال ما سبق، يتضح بأنه من الصعوبة أن نؤسس الحماية القانونية لحق الإنسان في اسمه في كل فروضها على أساس قانوني واحد؛ أي بالاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية أو معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، هذا مع التأكيد بأن نصوص القانون المدني من الاتساع والشمول، بحيث تحفظ لصاحب الاسم حقه في الذود عنه لدى المحاكم حتى في إطار الاستخدام الإلكتروني.

بقي أمر لا بد من الإشارة إليه، وهو حق الورثة في حماية اسم مورثهم من استخدامه كعنوان لموقع إلكتروني، فهل ينعقد الحق لهم بذلك؟ غني عن القول هنا أنه في حال تشابه اسم المستخدم واسم المتوفى فحق الأحياء مقدم على الأموات، ولا أرى في هذا الفرض أي ضرر لا بالصورة المحققة الوقوع ولا بصورة الضرر الاحتمالي[٣].

---

(١) انظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط١، ١٩٨٧، فقرة ٤٧٥، ص ٣٢٧؛ فيصل زكي عبد الواحد وأحمد عبد العال أبو قرين، مبادئ القانون، ج ١، دار نصر للطباعة المدنية، العام الجامعي ٢٠٠٥، ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) انظر: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، طبعة أولى، ١٩٩٨، ص ٦١؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة ٤٧٥، ص٣٢٧؛ فيصل عبد الواحد وأحمد أبو قرين، مبادئ القانون، ج١، مرجع سابق، ص١١٥ وما بعدها.

(٣) في الجدل الفقهي حول مدى انتقال الحق للورثة في المطالبة بحق مورثهم عما يلحق به من ضرر معنوي، انظر: خالد فهمي، المسئولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٣، ص١٦٣ وما بعدها؛ حسن حسين البراوي، تعويض الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن الضرر المعنوي، دراسة تطبيقية بصور الضرر المعنوي الحديثة، دار النهضة الحديثة، ط١، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٧ وما بعدها.

أما في حالة اختلاف اسم المستخدم فيكون بلا شك اعتداء، وقد يلزم التعويض إذا تحقق عنه ضرر أدبي لحق بالورثة وهو ضرر محقق لأن مجرد استخدام اسم مورثهم يثير في أنفس الورثة شعورًا مؤلمًا يلزم جبر الضرر فيه أيا كان نوعه وإن كان في غالبه ضرر أدبي(١).

خاتمة:

بعد أن انتهينا من دراسة المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لحق الإنسان في الاسم كعنوان لموقع إلكتروني في القانون الأردني فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١. إن الحماية المقررة في نصوص القانون الأردني، قررت بشمول وخصت الاسم أيضًا، لذا يمكن الاستناد إلى نصوص القانون المدني لحماية الاسم من استخدامه المجرد كعنوان لموقع إلكتروني، إما بالاعتماد على قواعد المسؤولية المدنية عن الفعل الضار أو بالاستناد إلى معايير التعسف في استعمال الحق، على أن الدعوى المرفوعة قد تكون لرفع المنازعة على الاسم، وقد تكون الدعوى رفع المنازعة مع التعويض بحسب الأحوال.
٢. إن الحماية المقررة ليست للموقع بما هو موقع، وإنما للعنوان الإلكتروني وذلك لارتباطه باسم أحد الأشخاص، ومن ثم أن مناط الحماية القانونية متأت من الحق الأصيل للإنسان في الاسم، وليس من الحق التابع له وهو عنوان الموقع الإلكتروني، علماً بأن هذا الموقع الإلكتروني ما هو إلا فضاء رقمي، لا يمكن أن تكون له قيمة قانونية دون مباشرة أي حقوق عليه، وأن القيمة القانونية التي يمكن أن تضاف له هي من خلال اقترانه باسم شخص أو من خلال الحقوق التي تباشر به.
٣. إن الدعوى المرفوعة في حال الاعتداء على الاسم من خلال استعماله كعنوان إلكتروني تأخذ صفة الاستعجال، وللقاضي من خلال المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية كإجراء وقائي أن يأمر بوقف الموقع مؤقتًا أو حجبه، بالإضافة إلى أنه قد يكون في فروض معينة مصحوبة بضرر تمكن المضرور من المطالبة بالتعويض.

(١) انظر: حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، فقرة ١٠٧، ص١٦٧.

٤. إن طبيعة حق الإنسان على الموقع الإلكتروني هو حق استغلال منفعة معينة لكنه استغلال من نوع خاص، ذلك أن إزالة الاسم من الموقع أو شطبه، يجعل الموقع حرًا من جديد لأي مستخدم الحق في ملء هذا الحيز الرقمي وهو غير قابل للاستهلاك أو الهلاك إلا بوجود كارثة كونية توقف كل هذا الفضاء.

٥. إن الطبيعة القانونية للإضرار الصادر عن المستخدم لاسم غيره كعنوان لموقع الكتروني، يختلف بحسب ظروف هذا الاستخدام،حيث يعتبر المستخدم دائماً في مركز المباشر وليس المتسبب، فإذا تبين وجود تشابه في الأسماء بين المستخدم واسم الشخص الآخر، فلا يعتبر فعل المستخدم هذا من باب الاضرار، إلا إذا أثبت المضرور وجود الضرر من جهة، وكان المستخدم قد أقدم على الفعل دون مبرر مشروع وهو ما يستدعي تطبيق نظرية التعسف في هذه الأحوال لوجود التشابه بين الاسمين من جهة أخرى، وعلى صاحب الاسم في هذه الحالة أن يثبت وجود الضرر، وذلك بإثبات توافر سوء النية لدى المستخدم، أما في حال عدم التشابه بين الاسمين، فإن استخدام اسم الغير يعتبر من باب الاضرار المفترض، لأن الأصل عدم لجوء المستخدم لاسم غيره لغايات إنشاء موقع إلكتروني له، وبالتالي ينقلب عبء إثبات نفي وجود الضرر على المستخدم، الذي عليه أن يثبت عدم وقوع ضرر بحق الشخص المعتدى على اسمه نتيجة هذا الاستخدام، وحينها يكتفي بوقف الموقع أو العنوان، وإلا فأن وجود الضرر يستدعي التعويض عن هذا الاستخدام غير المشروع أو غير المبرر.

٦. اختلاف حضور معايير التعسف في استعمال الحق لغايات حماية حق الإنسان في الاسم في إطار الاستخدام الإلكتروني وعدم صلاحيتها في أحيان أخرى لحماية هذا الحق، ولاسيما عند الحديث عن فكرة الأسبقية المجردة في التسجيل؛ أي مجرد حرمان المسبوق من استخدام الواجهة الإلكترونية، حيث تبين بأن هناك ثلاثة معايير تصلح للذود عن حق الإنسان في الاسم في حالة تشابه اسم السابق والمسبوق وهما: توافر قصد التعدي، وكون المنفعة لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر، في حين أن معيار المصلحة غير المشروعة من الصعب تصوره في بعض الأحوال، إذ إن فكرة الضرر الاحتمالي لا تصلح كأساس لاعتبار السابق بالتسجيل مسؤولاً عند استخدامه في كل الأحوال، كما أن معيار وجود عرف تمت مخالفته يقتضي نشوء عرف ملزم للأشخاص في إطار الاستخدام الإلكتروني، ومن الصعوبة في هذا الوقت نشوء اعراف في هذا الحقل، لأن العرف يستدعي وجود قيم مشتركة في مجتمع متجانس في غالبه وهو أمر ليس من السهولة في عالم الإنترنت.

ثانياً: التوصيات:

١. على الرغم من كفاية النص الحالي في توفير الحماية القانونية من استخدام اسم الغير كعنوان لموقع إلكتروني فإن الباحث يوصي المشرع الأردني بتعديل نص المادة (٤٨) من القانون المدني بحيث تصبح كما يلي: لكل من وقع عليه اعتداء يأتي وسيلة كانت في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

٢. على الرغم من كفاية نص المادة (٤٩) من القانون المدني الأردني في توفير الحماية من استخدام اسم الغير في الإطار الالكتروني، إلا أن الباحث يوصي المشرع ضرورة إعادة صياغة هذه المادة وإدخال تعديل عليها بحيث تصبح كما يلي:

أ. لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بأي وسيلة كانت بلا مبرر مشروع أو انتحل اسم غيره أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

ب. مع مراعاة احكام الفقرة (١) من هذه المادة، إذا كان الاستخدام أو الانتحال للاسم أو اللقب في الإطار الإلكتروني، فيجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر وقف أو حجب العنوان الإلكتروني مؤقتاً إلى حين البت في الموضوع.

٣. ضرورة وضع تشريع وطني يحمي حق الإنسان في الاسم في إطار الاستخدام الإلكتروني على المستوى الوطني، ذلك أنه وإن كان القانون المدني يوفر الحماية القانونية لحق الإنسان في الاسم، إلا أن مثل هذا الاستخدام الحديث يوجب وجود نظام قانوني خاص بالاسم في الإطار الإلكتروني، لأنه قد تبين أنه ليست كل معايير نظرية التعسف تصلح لحماية الحق في الاسم في حال كان الاعتداء من قبل مستخدم يحمل نفس اسم المعتدى عليه، كما أن فكرة الأسبقية بالتسجيل ذاتها والتي يقابلها الحرمان للطرف الآخر من التمتع بميزة استخدام القضاء الرقمي في حال عدم وجود التشابه بين الاسمين قد يصعب معه تبين أوجه الضرر.

المراجع

الكتب القانونية العامة:

إبراهيم أمين النفياوي، التعسف في التقاضي، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة، ٢٠٠٦.

أحمد شرف الدين، مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، ١٩٨٧م.

أحمد شوقي عبد الرحمن الدراسات البحثية في المسئولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧م.

أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط١، ١٩٨٧.

حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

حسن حسين البراوي، تعويض الأشخاص الطبيعية والمعنوية عن الضرر المعنوي، دراسة تطبيقية بصور الضرر المعنوي الحديثة، دار النهضة الحديثة، ط١، القاهرة، ٢٠٠٩.

حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة معارف الإسكندرية، ط ٥، ١٩٧٤.

حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض بمقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.

خالد فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٣م.

رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار النهضة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.

سعيد جبر، النظام القانوني للاسم المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، المجلد الأول، ط ٥، تنقيح حبيب ابراهيم الخليلي.

شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الحديث للنشر، ٢٠٠٧.

عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مطبعة كتابكم، ١٩٨٥ عمان.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، منشأة المعارف بالإسكندرية، تنقيح أحمد المراغي، ٢٠٠٤.

عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دراسة فقهية مقارنة في الفقهين الإسلامي والوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦ هـ -١٩٩٥م.

عبد الهادي العوضي، الحق في الدخول في طي النسيان على شبكات الإنترنت، دراسة قانونية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ٢٠١٣.

علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٤م.

علي كحلول، المسئولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها: مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٥م.

فيصل زكي عبد الواحد وأحمد عبد العال أبو قرين، مبادئ القانون، ج١، دار نصر للطباعة المدنية، العام الجامعي ٢٠٠٥.

بشر علي، مسؤولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠١م – ١٤٢٢هـ.

ماهر حمدان، حماية العلامات التجارية، دراسة مقارنة، ط١، مطبعة الجامعة الأردنية، ١٩٩٩.

محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.

محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشرة الإسكندرية، ٢٠٠٣.

محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ١٩٦٩م.

محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي الأمريكي الفرنسي المصري والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر.

مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، طبعة أولى، ١٩٩٨.

نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية – الملكية الصناعية – دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.

الرسائل الجامعية:

بشر علي، مسؤولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠١م -١٤٢٢ هـ.

فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسئولية عنها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٩.

الأبحاث الإلكترونية:

ضياء علي أحمد نعمان، العناوين الإلكترونية بناء على ميثاق التسمية في مجال الإنترنت في المغرب المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد٣، مايو ٢٠١٠. https: anibrass.blogot

مدى سلطة محكمة التمييز في الرقابة على وقائع الحكم

دراسة تحليلية مقارنة

أ.د محمد حاتم البيات *

أ د. ناديا قزمار

تاريخ تقديم البحث: ١٢/٥ /٢٠١٩م. تاريخ القبول: ٢٥/٢ /٢٠٢٠م.

ملخص

هنالك تسميات متعددة لمحكمة التمييز في التشريعات العربية، ففي التشريع الأردني تسمى بمحكمة التمييز، وفي مصر وسوريا وبعض الدول العربية الأخرى تسمى محكمة النقض، وفي التشريعات الإماراتية تسمى بالمحكمة الاتحادية العليا. ومهما يكن من أمر فإن هذه المحكمة حينما تكون السلطة العليا، كمحكمة التمييز الأردنية، فإنها تعمل على توحيد الاجتهاد ومراجعة الأحكام وحصراً من الناحية القانونية في حالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، دون بحث مسائل الواقع، لكن هناك استثناء لهذه القاعدة، وذلك عندما توسع اختصاصها لتضم الرقابة على بعض الوقائع. الأصل أن محكمة التمييز هي محكمة قانون، وبالتالي لا رقابة لها على محكمة الموضوع بتقديرها للوقائع حسب قناعتها، ويقتصر دور محكمة التمييز في الرقابة على مسائل القانون، من حيث صحة الإجراءات القانونية، وحُسن تطبيق القانون، وتفسيره تفسيراً سليماً مطابقاً للغاية التي توخاها المشرع عند سن هذا التشريع، فإذا صدر القرار موافقاً للقانون، فإن دور محكمة التمييز يكون تأييد الحكم، أما إذا صدر الحكم مخالفاً للقانون، فتنقض الحكم.

* كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن.

** كلية القانون، جامعة جرش الأهلية، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Extent of the Power of the Court of Cassation in Controlling the Facts of the Judgment: A comparative and Analytical Study

Dr. Mohammed Haat Al-Bayyat

Prof. Dr. Nadia Qazmar

Abstract

There are multiple names for the Court of Cassation in Arab legislation. In Jordanian legislation, it is called the Court of Cassation; in Egypt, Syria, and some other Arab countries it is called the Supreme Court; in Emirati legislation it is called the Federal Supreme Court. Whatever the case, the Cassation Court, the supreme authority, like the Jordanian Court of Cassation, works to unify the jurisprudence and review the rulings from exclusively a legal point of view in case of violating the law or mistake in its application, without examining the issues of reality, but there is an exception to this rule, when it expands its jurisdiction to include oversight of some facts.

The basic principle is that the Court of Cassation is a court of law. Therefore, it has no control over the court of merits by its assessment of the facts according to its conviction. The role of the court of Cassation is exclusively judicial review for the legislation process and the correct application of the rule and the correct interpretation in accordance with the legislation. Thus, if the decision was issued in accordance with the law, the role of the Court of Cassation is to uphold the ruling, but if the decision was inconsistent with the law, the ruling must be abrogated.

المقدمة:

إن مسائل الواقع تشكل العماد الأساسي الذي تقوم عليه الدعوى أمام محكمة الموضوع، إلا أنه إذا أخطأت محكمة الموضوع في نقطة واقعية، ومن ثم طعن بالقرار أمام محكمة التمييز، فلا تستطيع الأخيرة معالجة الخلل المتعلق بمسألة الواقع، لخروج ذلك عن نطاق اختصاصها بنص القانون، وعدم إمكانية تدخل محكمة التمييز في تصحيح ذلك العيب أو القصور إذا ما تعلق بوقائع.

فمسائل الواقع هي من الأمور التي تخضع لقاضي الموضوع، ولا يكون لمحكمة التمييز أي سلطة فيها إذا تقيد بالقواعد القانونية، فاستماع القاضي للشهود ومن ثم هدره لبعض الشهادات وأخذه بأخرى هو أمر خاص به وبقناعته. وتخضع هذه المسائل لسلطة قاضي الموضوع بشكل مطلق وليس لمحكمة التمييز التعقيب عليها، وعلة ذلك أن ما يطلع عليه قاضي الموضوع لا يمكن لمحكمة التمييز أن تحيط به بشكل كامل، فالعوامل والوقائع مجتمعة تسهم في بناء وتكوين قناعته التي يستند إليها عند الفصل في الدعاوى المنظورة أمامه، وقد ذهب بعض الفقهاء القانونيين أبعد من ذلك فاعتبروا أن لا وجود للواقع البحت في الحياة القانونية، ولهذا الرأي نتائج وآثار كثيرة تستوجب البحث المعمق في الطبيعة القانونية للوقائع وماهيتها، وبالأخص عند طرحها على القضاء لتطبيق أحكام القواعد القانونية عليها، فمحكمة التمييز لا تراقب الواقع البحت مطلقاً، وإنما تراقب بعض الوقائع المكيفة والتي فصلت فيها محكمة الموضوع، أي الوقائع التي أخرجها قضاء الموضوع من نطاق الواقع البحت. ولكن الإشكالية هي كيف نفرز المسائل فنقول أن هذه من الوقائع وتلك من المسائل القانونية، فالأمر محل خلاف، و كل طرف يسعى لتوسيع سلطته على حساب الآخر، فيكيّف الأمر من وجهة نظر خاصة به عند نظر المسألة، فنكون أمام حلين إما إيجاد معيار موحد للتمييز بين الوقائع والقانون، أو حصر جميع مسائل الواقع وإخراجها من نطاق الرقابة وهذا متعذر كون الوقائع لا تخضع لحصر، إلا أنه من الممكن وضع قواعد استناداً إلى عدد من الدراسات والنظريات القائمة، مع الاستعانة باجتهادات قضائية لمحاكم النقض بغية استنباط معيار للتمييز من خلال فرز وتحليل الاجتهادات القضائية الحديثة، بهدف الوصول إلى معيار قابل للتطبيق في المجال العملي، لتحديد نطاق سلطة التمييز بشكل دقيق.

وترتكز هذه الإشكالية على التداخل بين الأسباب الواقعية والأسباب القانونية، وخصوصاً عند اختلاطهما بحيث يصعب التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون، مما يجعل اختصاص محكمة التمييز من عدمه أمراً محل نقاش في بعض الحالات المختلفة، فلا يجوز للخصوم إثارة أسباب جديدة أمام تلك

المحكمة. ويستثنى من ذلك الأسباب القانونية البحتة[١] والمسائل المتعلقة بالنظام العام، وبشرط ألا تكون مختلطة مع الواقع. ومن غير الممكن أيضاً الفصل بين الأمور الواقعية والقانونية استناداً لنص قانوني كون الوقائع لا حصر لها، فلا يمكن تقنينها في مواد جامدة لا تتواءم مع طبيعتها التي تتطلب الإدراك المادي والواقعي الملموس لها. ويتجلى الاختلاط خصوصاً عند تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات. ففي حين يرى البعض أن وجود الاختلاط بين الواقع والقانون في الاستثناءات الواردة على حظر الأسباب الجديدة يعدّ مسوغاً لتقليص رقابة محكمة التمييز على قاضي الموضوع، يعتبر بعض المختصين أن الأمر لا يزال محل نقاش، ولا يمكن فرز الأمور أو القول إن هذه المسألة تخضع لرقابة التمييز أو لا تخضع، بل لابد من تكييف الأمور على الوجه الصحيح والأنسب، لإيجاد معايير سليمة ودقيقة وعدم ترك الأمر لآراء واجتهادات شخصية دون دليل أو سند. إن وظيفة محكمة التمييز، النظر في الطعون التي تُرفع إليها في أحوال معيّنة، ادرجتها قوانين الاصول أو المرافعات، كما سنرى، على سبيل الحصر، وترجع كلها إلى أصلٍ واحد، هو مخالفة القانون بمعناه الواسع[٢]. ومحكمة التمييز وهي تقوم بوظيفتها هذه، تحقق غرضاً أساسياً، هو تقويم ما يقع في الأحكام من مخالفة للقانون، وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل، وكأن ما يعرض عليها في هذه الحالة هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر فيها[٣]. حيث يصعب في كثير من الأحيان التمييز بين مسائل الواقع والقانون، فبعض الفقه يجزم بعدم وجود تفرقة بين الواقع والقانون، ولا يرى إمكانية للفصل بينهما، بل ويرى أنّ كل محاولة للفصل بينهما ينتج عنها فشل[٤]. ويرى جانب آخر من الفقه، أنّ التمييز بين الواقع والقانون أمرٌ ضروري، حتى وإن كان صعباً، فكل ما يتعلق بإعلان القانون وتفسيره، هو من مسائل القانون، وكل ما يتعلق بإثبات العناصر الواقعية وتحصيلها، هو من مسائل الواقع [٥]. ولعل الهدف الأهم من التمييز بين الواقع والقانون، برأينا، هو تحديد ما إذا كان هذا الطعن أو ذاك يخضع إلى رقابة محكمة التمييز، من عدمه. فإذا كان الطعن من أمور الواقع، فإنّه لا يخضع

(١) وقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم ١٣ لعام ١٩٤٧وتعديلاته لعام ٢٠١٤ عليها بشكل صريح في المادتين ٦١٩ و٦٢٠.

(٢) وهو ما يتشابه تماما مع موقف المشرع الفرنسي في المادة ٦٢٠ قانون الاجراءات المدنية، حيث أرجع الأخير اسباب الطعن امام النقض لمخالفة القانون

(٣) تجدر الإشارة بان دعوى المخاصمة لم يتبناها المشرع الأردني على غرار المشرع الفرنسي والمصري والسوري حيث أن الغاية من هذه الدعوى هي ابطال القرار القضائي القطعي لوقوع الهيئة الحاكمة بالخطأ المهني الجسيم.

(٤) أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية الدار الجامعية بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٩ص١٠٥٧ وما

(٥) نهاد الرملاوي أسباب الطعن بالنقض، رسالة دكتوراه من الأزهر ٢٠١٤، ص٧٤.

إلى رقابة محكمة التمييز، وإذا كان من الأمور القانونية التي تخضع إلى رقابة محكمة التمييز، فإن من حقها التعرض له، ومعرفة ما إذا كانت تلك الأمور موافقة للقانون أم لا، ويكون قرارها نقضاً للحكم أو تأييداً له، ناتجاً عن مدى موافقة الحكم للقانون، بمعناه الواسع، فإن كان موافقاً للقانون، تؤيده، وإن كان مخالفاً له، تنقضه.

ويهدف هذا البحث إلى دراسة السلطة القانونية الممنوحة لمحكمة التمييز، ونطاق رقابتها على وقائع الحكم عند نظر الطعون المقدمة أمامها. ويمكننا تلخيص هدف البحث إجمالاً وإشكاليته القانونية في طرح السؤالين التاليين:

١) هل اختصاص محكمة التمييز الممنوح لها كافٍ لبسط سلطتها على جميع جوانب القرارات التي تنظر بها، وبالتالي صدور أحكام عادلة؟

٢) هل تستطيع محكمة التمييز بسط سلطتها على قرارات قضاة الموضوع في حال أثار الطاعن أمامها أسباباً جديدة تختلط فيها مسائل الواقع والقانون؟

وبناء على ما تقدم يمكننا معالجة دراستنا وفق المنهج العلمي التحليلي المقارن في محورين اثنين:

نكرس الأول منهما لإبراز الدور الأصيل لمحكمة التمييز في الرقابة على التكييف والتسبيب (المبحث الأول). أما المحور الثاني فنتناول من خلاله الدور الاستثنائي لمحكمة التمييز في الرقابة على مسائل الواقع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الدور الأصيل لمحكمة التمييز في الرقابة عل التكييف والتسبيب

تستطيع محكمة التمييز أن تبسط رقابتها على الواقع دون التدخل فيه فأصبحت رقابتها لا تقتصر على مخالفة القانون فقط[١]، بل امتدت لتشمل حالتي التكييف والتسبيب، وتدخل هاتان الحالتان في إطار القانون كونهما مستمدتان من نصوص قانونية تسبغ عليهما الطابع التشريعي، فما لا تستطيع مراقبته من حيث التكييف تستطيع مراقبته من زاوية التسبيب بحسب رأي الفقه الحديث[٢]، وهاتان الحالتان تشكلان المدى الأكبر والذي يتيح لمحكمة التمييز التحرك في إطارهما لتكون ذات سلطة أوسع، ويؤخذ

(1) **J.-L Aubert,** La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, Intervention publié dans l'officielle web site de Cour de cassation français, 2005. https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._aubert_8104.html, date de la visite 12-2-2017.

(٢) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلا بالقانون رقم ٧٦ لعام ٢٠٠٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨-٢٠١٠ ص ١٠٨٦

على هذه المحكمة في التطبيق العملي القضائي في الأردن ومصر وسوريا عدم استخدام هاتين الوسيلتين بالشكل الأمثل، واستبدال غاية تطبيق القانون بغاية العدل، ويجب أن تكون الأخيرة هي الوسيلة في تحريك عجلة القضاء.

المطلب الأول: الرقابة على التسبيب

يعتبر التسبيب مدخلاً واسعا لتبسط محكمة التمييز سلطتها على وقائع الدعوى، فهي محكمة قانون ولا يحق لها التدخل في الوقائع، إلا أنها وإن كانت تسلم بالوقائع كما جاءت أمام محكمة الدرجة الأخيرة مازالت تحاول فرض رقابتها على الوقائع. ومن أفضل الطرق لتفادي عقبة حصر الصلاحية بمسائل القانون هي التعليل، وأول من شرّع ذلك محكمة النقض الفرنسية في القرن التاسع عشر والتي استعملتها في فترة بداياتها، فكانت باكورة امتداد رقابتها بعد أن كانت تقتصر على المخالفة الصريحة لنص قانوني، إذ يمكن لمستشار النقض الغوص في الوقائع دون التدخل بها وتحديد الخلل ونقضه، ويشكل أسلوبه في المعالجة والتعامل مع الطعن والقرار مدخلاً لرقابة القرار القضائي بإطار وصلاحية كبيرة، وقد تبنى المشرع السوري فكرة انعدام الأساس القانوني كحالة طعن بالنقض في المادة ٢٥١ من قانون الأصول.

ويجدر بالذكر أن أهمية التسبيب لا تقتصر على مساعدة المحاكم العليا على رقابة صحة الأحكام، بل أيضاً تبعث الطمأنينة في نفوس الخصوم وتبرر لهم سبب صدور القرار بهذا الشكل، وتساعدهم في استعمال حقهم في الطعن[١]، وتجعل القضاة يولون العناية بقراراتهم قبل إصدارها، لعلمهم المسبق برقابة المحاكم الأعلى على تبريرهم لقراراتهم، ويساعدهم التسبيب أيضاً في تخفيف الضغوط عليهم.

وللتسبيب أهمية كبيرة نحت بالمشرع الوضعي لوضع قواعد ملزمة للمحاكم بها على اختلاف فئاتها ودرجاتها، وجعل جزاء عدم وجودها البطلان ويستثنى من ذلك الأسباب الزائدة غير المنتجة[٢] أو الأسباب القانونية إن كان بالإمكان استبدالها بأسباب صحيحة مادام المنطوق سليما وموافقا لحكم القانون، ويجب أن تشتمل ديباجة الحكم على عرض الأسباب بنوعيها الواقعي والقانوني والكافية لحمل

(١) د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية – الطبعة الأولى، ١٩٨٣ دار الفكر العربي ص ٢٣.

(٢) نقض مدني مصري – طعن رقم/٥٨٠/ – تاريخ/٢٠٠٩/ – سنة قضائية /٦٩/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

القرار[١] وفق ترتيب متسلسل وسليم ومترابط لتمكين المحكمة الأعلى من فرض رقابتها على جميع زوايا القرار[٢].

ويعرّف التسبيب بأنه: "احتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت لصدوره"[٣].

بينما يعرف انعدام الأساس القانوني للحكم بأنه: "يكون الحكم منعدم الأساس القانوني في الوقت الذي لا يقوم فيه قاضي الموضوع بوصف دقيق للمعطيات الواقعية التي تسمح لمحكمة النقض بممارسة رقابتها"[٤].

وبالرجوع إلى التعريفين السابقين نلاحظ أن هناك فرقاً بين انعدام الأسباب وانعدام الأساس القانوني على اعتبار أن الأول هو عدم ذكر الأسباب أو إنقاص الأسباب التي حذت بالمحكمة لاتخاذ قرارها، بينما انعدام الأساس القانوني يعني على وجه الدقة عدم إيراد الأسباب الواقعية بالشكل السليم أو عدم كفايتها، فالأسباب على نوعين أسباب واقعية (Les motifs de fait) وأسباب قانونية (Les motifs de droit).

---

(١) نقض سوري – قرار/١٨٧٤/ – أساس/١٩٢٣/ – تاريخ/٢٠١٢/ – الغرفة المدنية الثانية – منشور في مجلة المحامون السورية – الأعداد ٧حتى ١٢ لعام ٢٠١٣ – السنة ٧٨ – ص٥٢٨.

(٢) المادة ٢٥١ فقرة د والمادة 206 من قانون أصول المحاكمات السوري رقم ١ لعام ٢٠١٦ تنصان على:

((يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها والرد على جميع الدفوع التي آثارها الخصوم تحت طائلة الطعن بها))

وتنص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ على أنه

((والقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم))

والمادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمأخوذة عن قانون الاجراءات الفرنسي كما وردت بالنص بالفرنسية:

Article 455

Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. **Le jugement doit être motivé.**

Il énonce la décision sous forme de dispositif.

حيث ألزم قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد القاضي بالتسبيب٢ تحت طائلة البطلان٢.

(٣) عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط.١ القاهرة دار الفكر العربي،١٩٨٣ص١٥.

(٤) وهو تعريف الفقيه الفرنسي مارتي – وقد ورد في مؤلف محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات دار الفكر العربي،١٩٨٢

وتعرّف الأسباب الواقعية بأنها:" الهيكل المادي المكوّن من الوقائع البحتة التي يطرحها الخصوم على القضاء بهدف الحصول على حكم يحسم النزاع الناشب بينهم"(١).

وهي أيضاً: "إيراد الوقائع المادية التي بناء عليها يشرع القاضي في البحث عن التدليل القانوني"(٢).

فانعدام الأساس القانوني أو القصور في التسبيب يشكّل خلل موضوعي، أما انعدام الأسباب أي عدم وجودها فهو عيب شكلي(٣) يورّث البطلان.

ولكن في الإطار العملي لم تفرق المحاكم العليا في مصر(٤) وسورية وفرنسا بين هذين المفهومين إذ جعلت انعدام الأساس القانوني شاملاً لجميع حالات الخلل في التسبيب أياً كان مصدره أو صورته، ويمكننا أن نلمس ذلك في الاجتهاد القضائي لمحاكم النقض الثلاثة للدول آنفة الذكر. ونعرض هنا –

أولاً– عيوب التسبيب (Défaut de base légal):

توجد عدة صور للخلل في التسبيب منها ما يتعلق بالتعليل القانوني الذي يفسر بمقتضاه القاضي سبب تطبيق القاعدة القانونية المحددة على النزاع، ومنها تسبيب واقعي من خلال ربط الوقائع وإيراد الأسباب التي دفعت بالمحكمة لإصدار القرار، فعدم إسناد القرار القضائي لنص قانوني ضمن الأسباب يشكل خللاً في تعليل الحكم.

ففي حالة انعدام التسبيب تتوفر هذه الحالة عند عدم وجود أسباب تحمل الحكم القضائي، ولانعدام الأسباب نوعان انعدام أسباب كلي أي غياب الأسباب بشكل نهائي، أو أن تكون الأسباب موجودة ولكنها متعارضة ومتناقضة مع بعضها وهو ما يعرف بالتهاتر(٥) ويؤدي لتلاشي الأسباب فلا يبقى منها

(١) محمد رعدون، رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع ط.١ المكتبة القانونية، دمشق ٢٠١٠ص٩٤ و٩٥.

(٢) نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠ص١٩٠.

(٣) عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٣ص١٧.

(٤) تطلق محكمة النقض المصرية على جميع عيوب التسبيب مصطلح القصور في التسبيب وترجع إليه جميع حالات الخلل في التعليل – ورد لدى. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص ٨٤٠.

(٥) نقض مدني مصري – طعن رقم/٣٩٣٥/ – تاريخ/٢٠١٥/ – سنة قضائية /٧٥/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

ما يكفي لحمل الحكم، أو أن تكون متعارضة مع منطوق القرار، والنوع الثاني هو انعدام التسبيب بشكل جزئي كما في حالة تجاهل القرار القضائي الرد على طلبات أو دفوع جوهرية[١]، فقد يسهو القاضي عن ذكر الأسباب في بعض الحالات أو لبعض الدفوع الجوهرية أو أن تكون الأسباب عامة مجملة لا تبرر الحكم بالشكل الأمثل، أو أن بين القاضي حكمه استناداً لأسباب احتمالية غير جازمة. أما حالة النقص في التسبيب فبإمكاننا القول إن عبارة النقص في التسبيب لها ذات مدلول انعدام الأساس القانوني أي أنها متعلقة بالنقص في الأسباب الواقعية (Insuffisance les motifs du fait) أو عدم ذكرها كالاستناد لبينة مادية واحدة غير كافية بحد ذاتها لبناء القرار عليها كشهادة شاهد غير دقيقة، حيث يشكل قصور هذه الأخيرة خللاً شكلياً يعيب الحكم ويؤدي لبطلانه.

وعدم كفاية الأسباب يعني أن الأسباب موجودة ولكنها لا تفي بالغرض ولا تؤدي عقلاً للوصول إلى النتيجة النهائية، كأن يورد القاضي الأسباب بشكل متشابك ومعقّد لا يمكن من خلاله الوصول لفهم الواقعة، أو أن يسهو القاضي عن ذكر البيان الواقعي الكافي المؤدي للوصول لفهم الترابط بين الوقائع والأسباب التي حذت به لإصدار نتيجته بناء عليها، أو أن يعتمد على سبب غير منتج في إصداره لقراره، أو سبب مبهم أو عدم ذكر الدليل الذي استندت عليه المحكمة في إصدار القرار النهائي، أو أن تكون بعض الأسباب ظنية أو منحرفة عن المعنى الظاهر للوثائق المستند إليها في إصدار القرار، أو أن تكون عامة ويعبر عنها بأنها مجرد تأكيدات كأن تعتبر المحكمة شخصاً ما غير مسؤول دون ذكر الأسباب التي تعتبره بموجبها غير مسؤول، أو عدم ذكر الأسباب التي جعلت المحكمة تغفل الرد على دفاع جوهري[٢] تقدم به الخصم.

ولم تميز المادة ٢٥١ من قانون أصول المحاكمات السوري بين الأسباب الواقعية والقانونية:

((د. إذا لم يبن الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة النقض أن تمارس رقابتها.))

فجاءت عبارة أساس قانوني مطلقة والقاعدة أن المطلق يجري على إطلاقه، وهذه الحالة تعد مدخلاً واسعاً لتفرض محكمة النقض سلطتها على الواقع، دون أن تتدخل فيه بشكل كبير فهي تسلم بالواقع كما جاء من محكمة الموضوع، وليس لها التدخل في إثباته.

(١) المستشار عبد العزيز فتحاوي – مرجع سابق – ص ٨٥.

(٢) نقض مدني مصري – طعن رقم/١٣٠١٥/ – تاريخ/٢٠١٤/ – سنة قضائية /٨٠/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

أما عدم منطقية الأسباب أو الفساد في الاستدلال، يقوم الخصوم عادة بتقديم الوقائع لقاضي الموضوع ويطلبون الحكم لهم وفق مطالبهم، ويقوم الأخير بتلقي الوقائع ويقوم بفهمها وتكييفها ومن ثم إنزال حكم القانون عليها من خلال المطابقة بين مفترض القاعدة القانونية والواقع المعروض عليه في الدعوى، فينطلق من فهمه للواقع في إصدار حكمه، فإذا بنى قراره استناداً لمسألة أو حالة غير ثابتة على وجه اليقين كان قراره مشوباً بعيب الفساد في الاستدلال(١)، أو إذا بنى حكم استناداً لفهم خاطئ للواقع أو العقد يمكن أن نقول أنه وصل لاستدلال فاسد من مجموع العناصر الواقعية والقانونية المعروضة عليه(٢)، فالأسباب التي بني عليها الحكم لا تؤدي عقلاً(٣) إلى النتيجة التي وصل إليها القاضي في حكمه.

ونقض الأحكام للفساد في الاستدلال منفذ أنشأه الاجتهاد القضائي، تفرض من خلاله محكمة النقض سلطتها على مسائل واقعية، تخرج عن سلطتها بنص القانون إذ ليس لها إلا بحث سلامة اعمال القانون دون الواقع، ومن الممكن إدراج هذه الحالة لامتداد سلطة محكمة النقض في نظر الوقائع في إطار التسبيب، فقانون أصول المحاكمات المدني السوري قد نص على اعتبار الخلل في الأسباب القانونية التي تحمل الحكم موجباً لنقض القرار، إذ لا يوجد نص قانوني في التشريع السوري ينص على حالة الفساد في الاستدلال، ومن الممكن ردّها لحالة الخلل في أسباب الحكم القضائي الذي نصت عليه المادة٢٥١ في الفقرة د من قانون أصول المحاكمات السوري الجديد لعام ٢٠١٦ ويتم التعرف على الفساد في الاستدلال ضمن قرار قضائي من خلال بحث الأسباب القانونية التي تعلل فيها محكمة الموضوع قراراها في المنطوق، أي أن الفساد في الإستدلال هو جزء من الخلل في السبب القانوني

(١) نقض إيجاري مصري – طعن رقم/١١٦٧٢/ – تاريخ/٢٠١٣/ – سنة قضائية /٨٢/ – منشور في المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الإيجارات – محكمة النقض المصرية – المكتب الفني – في الفترة من أول أكتوبر٢٠١٢ لغاية آخر سبتمبر٢٠١٣ – ص١٥ و١٦ – وفي هذا القرار تذهب المحكمة إلى أن إعمال محكمة الموضوع للشرط الفاسخ الصريح في العقد لعدم دفع الأجرة رغم إبراز الخصم ايصالات تفيد قبض الأجرة بما يعني تعديل ضمني لموعد السداد بحسب دلالة الايصالات، فيكون ذلك مبرراً لفسخ القرار البدائي الذي أعمل الشرط الفاسخ الصريح للقصور والفساد في الاستدلال.

(٢) نقض سوري – قرار/١٩١٦/ – أساس/١٩٤٦/ – تاريخ/٢٠١٢/ – الغرفة المدنية الثانية – منشور في مجلة المحامون السورية – الأعداد ٧حتى ١٢ لعام ٢٠١٣ – السنة ٧٨ – ص٥٤٢ – وفي هذا القرار تذهب محكمة النقض السوية إلى أن عدم الردّ على الدفوع الشكلية والموضوعية يجعل القرار قاصراً ومشوباً بعيب الفساد في الاستدلال.

(٣) د. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص٨٥٧.

لصدور الحكم القضائي، فمعظم فقهاء القانون يبحثون حالة الفساد في الاستدلال عند بحث تسبيب الحكم القضائي.

إلا أن حالة الفساد في الاستدلال ممكن أن تكون موجودة بحد ذاتها، ويمكن أن تحدث دون أن تتضمنها أسباب الحكم القضائي المتظلم منه، فهي موجودة خصوصاً في الأحكام القضائية للدول التي تعطي الأهمية لمنطوق الحكم بذاته، أي عندما يكون منطوق الحكم موافقاً للقانون من حيث النتيجة.

ومن صور الفساد في الاستدلال الفساد في النتيجة التي توصل إليها القاضي أو الخطأ في الأسباب القانونية(١) أو في تفسير مسائل الواقع، ويكون الفساد في الاستدلال عند الوصول لنتيجة استناداً لواقعة لا يؤدي فهمها إلى الوصول لهذه النتيجة إلا بشكل احتمالي(٢)، وعلة ذلك ما جاءت به القاعدة الفقهية بأن ما طرأ عليه الاحتمال بطل به الإستدلال، فلا يجوز لقاضي الموضوع بناء حكمه على فهم فاسد أو على أمر محتمل غير يقيني أو على انحراف في التفسير لمحرر مما يترتب عليه الخطأ في تكييفه(٣)، ومن صور الفساد في الاستدلال عدم منطقية الأسباب أو التعارض بين أسباب الحكم القضائي ومنطوقه، أو الاستناد لأدلة غير مقبولة أو أسباب احتمالية، وكذلك الاستنباط غير الصحيح للنتائج، أو عدم منطقية تقرير الوقائع (التقريرات الواقعية) أي وجود تسلسل منطقي وترابط زماني ومكاني بين الوقائع بحيث تكون كل واقعة نتيجة لما سبقها ومقدمة لما سيأتي بعدها من وقائع(٤)، وتقدير الأدلة في الدعاوى منوط بحسن الإستدلال(٥).

فاستدلال القاضي على أن عقداً ما معروض عليه بأنه صوري من خلال بنوده فقط دون وجود ما يثبت ذلك، أمر غير سليم، فلا بد من دليل على صوريته إذ أن بنوده ترجح احتمالية كونه صورياً، ولا تجزم بذلك.

---

(١) المستشار عبد العزيز فتحاوي – مرجع سابق – ص ٨٧.

(٢) المستشار أنور طلبه الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، ط.١، منشورات المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية،٢٠٠٤ ص٤٨ و٤٩.

(٣) نقض مدني مصري – طعن رقم/٣٣١٤/ – تاريخ/٢٠١٥/ – سنة قضائية /٧٠/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

(٤) د. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص١٠٨١.

(٥) نقض سوري – قرار/٢٠٠٨/ – أساس/٢٠٣١/ – تاريخ/٢٠١٢/ – الغرفة المدنية الثانية – منشور في مجلة المحامون السورية – الأعداد ٧حتى ١٢ لعام ٢٠١٣ – السنة ٧٨ – ص٥٧٠.

وأخيراً حالة التناقض بين الأسباب حيث نجد أن التعارض بين الأسباب التي تعلل الحكم ينقسم إلى ثلاث أنواع، الأول هو التناقض بين الأسباب القانونية وهذا النوع من التناقض بين الأسباب لا يؤدي لبطلان الحكم إذ يمكن لمحكمة النقض استبدال الأسباب الخاطئة مادام المنطوق سليماً، والنوع الثاني هو التناقض بين الأسباب الواقعية، وهذا النوع من التناقض يترتب عليه البطلان ويشكل حالة للطعن بالنقض على أساس انعدام التسبيب لاستبعاد الأسباب المتعارضة، فالأسباب الواقعية تشكل البنيان الهيكلي الواقعي للحكم وتعارضها يعني التعارض في وصف القاضي للوقائع ويؤدي للخطأ في التكييفات اللاحقة، أما التناقض بين الأسباب الواقعية والقانونية فيشكل صورة للخطأ في التكييف[١] الذي يمكن إسناده للخطوة الأولى في التكييف وهو الخطأ في فهم الواقع، وتعتبر محكمة النقض الفرنسية التعارض بين الأسباب حالة للخلل في التسبيب[٢] (Défaut de motifs).

ثانياً: الخلل في التسبيب الذي لا يترتب عليه البطلان:

لا يترتب على الخلل في الأسباب القانونية دون الواقعية[٣] بطلان القرار القضائي، وتقوم محكمة النقض أو التمييز بموجب النص القانوني بإسناد القرار للأسباب القانونية الصائبة متى كانت النتيجة النهائية صحيحة[٤] إذ تستطيع محكمة النقض هنا إنشاء أسباب جديدة لحمل القرار، وكذلك لا تؤثر الأسباب الزائدة الخاطئة في الحكم متى كانت هناك أسباب كافية لحمل الحكم، أما حالة عدم وجود الأسباب أو عدم كفايتها أو انعدام الأساس القانوني فيترتب على غيابها البطلان، ولا يعد ذكر مادة غير صالحة للتطبيق على الواقعة[٥] سبباً لبطلان الحكم متى كانت النتيجة النهائية صحيحة. ولمحكمة النقض رقابة كاملة على التسبيب إلا انها عند طرح أسباب أو تسبيب متعلق بوقائع غير مؤثرة في مجرى الدعوى، فلا تعتبرها سبباً لفسخ القرار القضائي رغم أنها واردة ضمنه إلا أنها لا تؤثر في النتيجة النهائية لمنطوق الحكم، وذلك مهم جداً لعدم إطالة التقاضي وتضييع الحقوق، أما بالنسبة للأسباب القانونية فيختلف الأمر ولمحكمة النقض عندها نطاق رقابة مختلف المدى، وتنص المادة ٢٦٠ فقرة ه قانون الأصول السوري:

---

(١) د. نبيل عمر – مرجع سابق – ص١٩١.

(2) **Cass. soc.,** 26 janvier 2017, n° de pourvoi: 15-23837, (http://www.legifrance.gouv.fr), date de la visite 5/2/2017.

(٣) محمد رعدون – مرجع سابق – ص ٩٣.

(٤) نقض مدني مصري – طعن رقم/٢٠٥/ – تاريخ/٢٠٠٩/ – سنة قضائية /٧٠/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/١/٦ – (http://www.cc.gov.eg).

(٥) د. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص ٨٣٤.

"ه .إذا وجدت محكمة النقض أن منطوق الحكم المطعون فيه موافق للقانون بحسب النتيجة رفضت الطعن".

ويتوجب أن يكون المنطوق موافقاً للقانون وقت صدور القرار لا وقت الطعن فيه، لتتمكن محكمة النقض من إسناده لأسباب صحيحة.

المطلب الثاني: الرقابة على التكييف

يتوجب على القاضي قبل إصدار حكمه أن يتفحص ما عرضه الخصوم عليه، وأن يدقّق جميع الوثائق المبرزة للوصول إلى إلمام شامل بوقائع الدعوى، ومن ثم اسباغ حكم القانون على هذه الوقائع[١] في ضوء ما خلص إليه من رؤية واستنتاج، وتسمى هذه العملية بالتكييف، ويكون توصيف القاضي للوقائع أو الوثائق كالعقود مقدمة لهذا التكييف. ونعرض هنا –

أولاً: التكييف القانوني: "عملية ذهنية تعتمد على تكوين القاضي ومؤهلاته العلمية والعملية، ترمي إلى وضع الوقائع في إطارها القانوني"[٢].

ويعرف أيضاً: "همزة الوصل بين الوقائع المطروحة والقانون المنطبق عليها فهو مفتاح يمسكه القاضي يفتح به القانون إلى الطريق الصحيح"[٣].

ويذهب البعض إلى اعتبار التكييف مزيجاً من الواقع والقانون، وبذلك يكون من غير الوارد اعتباره من مسائل القانون البحتة، فهو عملية ذهنية[٤] تربط بين الوقائع المقدمة والقواعد القانونية،

(١) نقض مدني مصري – طعن رقم/٩٤٠٥/ – تاريخ/٢٠١٢/ – سنة قضائية /٨٠/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg). وفيه تعرّف محكمة النقض المصرية التكييف على أنه:

"هو إلحاق واقعة بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيفها وردها إلى الفئة القانونية التي تنظمها وتنطبق عليها، مؤدى ذلك أنه يخضع لرقابة محكمة النقض."

(٢) المستشار عبد العزيز فتحاوي – مرجع سابق – ص٥٥.

(٣) د. محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات – دار الفكر العربي – ١٩٨٢ – ص٤ وصفحة ٢٤.

(٤) المستشار عباس الداقوقي – الاجتهاد القضائي – مفهومه، حالاته، نطاقه – الطبعة الأولى – المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – ٢٠١٥ – ص٤٠٣ وما يليها – عن طريق الموقع الالكتروني:
(https://books.google.com/books?id=SGmtDQAAQBAJ&pg=PA1&lpg=PA1&dq)

وتبرز الإشكالية هنا في أن محكمة النقض عندما تعرض عليها أسباب جديدة لا تنظرها ما لم تكن قانونية صرفه أو متعلقة بالنظام العام.

ويعتبر التكييف مسألة قانون استناداً لاجتهاد القاضي في القانون[١]، فمحكمة النقض تسلم بالوقائع

كما جاءت في الوثائق المعروضة عليها، وتتأكد من التطبيق السليم للقانون على الوقائع كما جاءت[٢]، وتتأكد من أن قاضي الموضوع قام بالتكييف الصحيح للواقعة القانونية، كأن اعتبر فعلاً ما هو فعل ضار يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني، أو كحالة اسباغه وصف للعقد المعروض عليه فاعتبره هبة رغم أن الخصوم أفادوا بكونه بيع (إلا أنه بيع صوري)، فيخضع عندها لرقابة محكمة النقض في تكييفه، فالتكييف مسألة قانون حسب الرأي الراجح فقهاً وقانوناً[٣]، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي في كثير من الدول ومنها سورية[٤] ومصر[٥] ولبنان وفرنسا، وهذا لا ينفي وجود رأي مخالف يقول بأن التكييف أمر واقعي يجب أن يكون لقاضي الموضوع وحده الكلمة الفصل فيه دون معقب، ويردّ على هذا الرأي بأن محكمة النقض لا تتدخل في الواقع، فكما ذكرنا هي تسلّم به كما جاء، ومن ثمّ تتأكد من أن القاضي توصل لبسط التكييف الصحيح على الوقائع المعروضة، وغالباً يكون التسبيب الذي تقدمه محكمة الموضوع ملجأً لمحكمة النقض لرقابة أوسع وأشمل على تكييف محكمة الموضوع للواقعة أو العقد.

(١) د. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص١٠٨٥.

(٢) د. عبد الوهاب العشماوي – محمد العشماوي – قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن – الجزء الثاني – المطبعة النموذجية – ١٩٥٨ – ص٩٩٤.

(٣) يذكر الدكتور نبيل إسماعيل عمر أن اعتبار التكييف مسألة قانون يرجع إلى الربط بين التكييف واعمال القانون، وهم بذلك يخلطون بين وسيلة الشيء والشيء نفسه في مذهبهم – مرجع سابق – ص١٤٩.

(٤) نقض مدني سوري – قرار/١٢٦/ – أساس/١٤٢/ – تاريخ/٢٠١٥/ – سجلات محكمة النقض – ديوان الغرفة المدنية الأولى – وفي هذا القرار نلاحظ أن محكمة النقض السورية قد خرجت عن اعتبار التكييف مسألة قانونية وهي حالة نادرة، فقد ذكرت: "وكان تكييف الدعوى وإنزال حكم القانون على واقعة النزاع يعود إلى قناعة المحكمة" وهذا الاجتهاد يدل على السلطة الواسعة لمحكمة النقض في فرز المسائل لواقع أو قانون دون معيار محدد.

(٥) نقض مدني مصري – طعن رقم/١٢٧٤٥/ – تاريخ/٢٠١٢/ – سنة قضائية /٧٧/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

وعملية التكييف عملية إلزامية على القاضي أن يقوم بها من تلقاء نفسه ويعالج بموجبها الطلبات والوقائع المنتجة[١] في الدعوى ودون انتظار لأي طلب من الخصوم للقيام بذلك، للوصول إلى فض النزاع المعروض عليه، وبذلك يتم الانتقال بالقاعدة القانونية من حالة العمومية والتجريد إلى حالة التخصيص[٢] لتطبيقها على واقع النزاع. ولكن ما هو موقف المشرع الفرنسي من مسألة التكييف، كونه مصدر قوانين الاصول والمرافعات في غالبية الدول العربية.

ثانياً: موقف المشرّع الفرنسي من التكييف:

لم تنظر محكمة النقض الفرنسية في بدايتها الفعلية مسألة التكييف على الرغم من أنها مسألة قانون، ولكنها بدأت ذلك تدريجياً في القرن التاسع عشر، حيث ابتدأت بتوسيع نطاق سلطتها فأصبحت تنظر الخطأ في تكييف فهم الواقع بحكم القانون ثم تكييف الواقع بحكم العقد[٣]، ونلاحظ أن رقابتها على التكييف لم تكن موحدة الشكل أو الطريقة فكان هناك عدم استقرار في رأيها وطريقة رقابتها، وذلك حتى تاريخ صدور قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد عام ١٩٧٥، والذي تضمن مواداً تعالج عملية التكييف أمام القضاء الفرنسي.

وتنص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[٤]:

"يفصل القاضي النزاع وفق قواعده القانونية القابلة للتطبيق عليه.

ويتوجب عليه إعطاء أو إسباغ التكييف القانوني الصحيح على وقائع ومجريات النزاع بدون الوقوف على التسمية التي يقترحها الخصوم.

ومع ذلك ليس له تغيير التسمية أو الأساس القانوني عندما يضعه الخصوم باتفاق صريح وبموجب الحقوق المعطاة لهم بموجب الحرية التعاقدية، ويرتبط بالتكييف ومسائل القانون في حدود الاتفاق المشترك بينهم.

---

(١) د. محمد محمود إبراهيم – مرجع سابق – ص ١٩ وما يليها.

(٢) د. علي أحمد حسن – مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين – مجلة علمية محكمة صادرة عن كلية الحقوق في جامعة النهرين – المجلد١٣ – العدد ٢ – ١٤٣٢ ه / آذار– ٢٠١١ – بغداد – ص١٩.

(٣) د. محمد فهمي والمستشار حامد فهمي، النقض في الواد المدنية والتجارية لجنة التأليف والطباعة والنشر مصر بدون تاريخ ص٤٦ وص١٨٧.

(٤) لا تتضمن ترجمة المادة الواردة ترجمة حرفية للنص الفرنسي كونها لا تستقيم مع المعنى الحقيقي الذي تدل عليه الاصطلاحات القانونية. وهذا النص بالفرنسية:

بإمكان أطراف النزاع الناشئ بنفس المواد وتحت نفس الشروط إسناد مهمة التسوية ليفصل بها القاضي كوسيط، وتكون قابلة للاستئناف مالم يتم التنازل عنه خصوصاً."[1]

ومن أهم القواعد المثيرة للجدل التي تضمنها القانون الفرنسي إلزام القاضي إلى حد ما بالتكييف القانوني الذي يسبغه الأطراف على عقودهم في الدعوى وفق اتفاق صريح بينهم، ولا يوجد نص مماثل في التشريعات العربية، إذ أن القضاء غير ملزم بتكييف الخصوم وتوصيفهم لتصرفاتهم التي ينشؤونها، ويقوم القاضي بتقديم التكييف الصحيح للعقد المبرز أمامه فيطلق عليه الوصف الصحيح كأن يكون عقداً مسمى في القانون المدني كعقد البيع أو الايجار بعد التحقق من أركانه وشروطه وهو بذلك يخضع لرقابة محكمة التمييز عليه باعتبار توصيفه العقد عملية قانونية.

ثالثاً: التكييف مسألة قانون حسب اجتهاد محكمة التمييز:

يتضح من الخطوات المنهجية الأربعة للتكييف التي يقوم بها قاضي الموضوع أنها مسألة قانون وليست واقع باستثناء الخطوة الأولى المتمثلة باستيعاب القاضي للنزاع وفهمه، حيث أن توصيف الوقائع يكون بطرح وصف قانوني من التشريع المقنن، وإن أي خطأ في هذه المرحلة هو خطأ في القانون، أما المرحلة الثالثة وهي اختيار القاعدة التي يطابق مفترضها الواقع هي عملية قانونية بحتة، ويكون عندها اختيار القاعدة غير المناسبة بمثابة مخالفة صريحة للقانون، أما تطبيق القاعدة الخاطئة على الوثائق أو العقد تشكل حالة الخطأ في تطبيق القانون، لذلك فإن مسألة التكييف وفق هذا التحليل والتفصيل تعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز بطبيعتها، إذ أنها محكمة قانون والتكييف بخطواته هو عملية معالجة قانونية تستند للمنطق ولفهم المحكمة لموضوع النزاع، ولا تتقيد بالتكييف المقدم من الخصوم[2]، إلا أنه يخرج حيز بسيط من عملية التكييف عن نطاق الرقابة وهو ذلك المختلط بالواقع، أو بالأحرى في الخطوة الأولى وهي فهم القاضي للواقع فهذا الفهم لا يدخل في

(1) **Article 12**

Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

(٢) نقض مدني مصري – طعن رقم/٦١٧١/ – تاريخ/٢٠١٢/ – سنة قضائية /٧٦/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

نطاق رقابة محكمة التمييز، مادام التزم قاضي الموضوع بالضوابط الأساسية في فهمه للواقع، وكذلك تخرج بعض حالات التكييف الفردية عن نطاق الرقابة كتكييف ما يعتبر حسن أو سوء النية[١] وذلك بحسب بعض اجتهادات النقض، ويخضع تقدير حسن النية[٢] للسلطة التقديرية المطلقة لقاضي الموضوع بحسب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية. آنف الذكر.

وينص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة ١٩٨منه على أنه "لا يقبل التمييز إلا للأسباب التالية، منها، وما يهمنا في موضوع دراستنا، "إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله". وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية أنه: (يعتبر الطعن بإعادة المحاكمة طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية بناء على أسباب محددة في القانون على سبيل الحصر وذلك لوقوع المحكمة في خطأ غير عمدي عند تقديرها لمسائل الواقع في النزاع المطروح عليها أما إذا أخطأت في مسائل القانون عمداً أو سهواً أو أخطأت عمداً في مسائل الواقع فإن طريق الطعن الواجب الإتباع هو طريق الطعن بالتمييز).

حيث ترجع حالات التمييز بأكملها إلى أصلٍ واحد؛ وهو مخالفة الحكم القضائي للقانون بمعناه الواسع، أما المقصود بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون أو الخطأ في التطبيق أو التأويل، فهو مخالفة الحكم للقانون بمعناه الضيق، وهو الحكم بعكس القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ذلك أنه لو أخذناها بمعناها الواسع، لشملت معظم أسباب النقض، وهذا ما لم يقصده المشرع عندما وضع هذه الفقرة، وإنما قصد هنا مخالفة النص القانوني واجب التطبيق، بالمعنى الضيق، أو مخالفة مبدأ قانوني عام، لم يذكر سبباً من أسباب النقض الأخرى، وهذا هو الخطأ في التكييف القانوني للواقعة محل النزاع .

وهذا ما سنتناول بيانه في النقاط التالية:

١- مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون: يرى أحدهم أنّ المقصود بمخالفة القانون وجود قاعدة قانونية واجبة التطبيق على النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، وأن يصدر الحكم خلافاً لها، وأن ترد هذه المخالفة وتؤثر على منطوق الحكم[٣]. بينما يرى آخر أنه يقصد بمخالفة القانون، كون الحكم المطعون فيه قد أنكر وجود قاعدة قانونية موجودة، أو أكد وجود قاعدة لا وجود لها، أو

---

(١) د. أحمد السيد صاوي – مرجع سابق – ص١٠٨٧.

(2) **Cass. civ.,** 17 **mars** 2-16, n° de pourvoi : 15-12159, (http://www.legifrance.gouv.fr), date de la visite 13/2/2017.

(٣) احمد السيد صاوي الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية القاهرة، دار النهضة العربية،٢٠٠٨، ص٨٠٠.

رفض تطبيق القاعدة القانونية الموجودة[١]. ويضيف أحدهم أن المخالفة للقانون حسب الفقرة الأولى من المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات المصري، التي تقابلها المادة ١/١٩٨ من قانون الأصول المدنية الأردني، يُنظر إليها بالمعنى الضيق، فهي تشمل الحالات التي يمتنع فيها القاضي عن تطبيق القاعدة القانونية واجبة التطبيق، أو أن يخالف الحكم مبدأً قانونياً عاماً، أو أن يخالف الحكم القواعد الشكلية التي تنظم مجريات المحاكمة والحكم، كأن يصدر الحكم دون تعليل، أو دون ذكر للأسباب التي توصلت بها المحكمة إلى هذه النتيجة، فإذا كان الحكم معللاً، إلا أنّ هذا التعليل كان غير كافٍ، أو كان التعليل متناقضاً، نكون أمام سبب آخر من أسباب الطعن [٢].

٢- الخطأ في تطبيق القانون: الخطأ في تطبيق القانون هو أن يقوم القاضي بتطبيق قاعدة قانونية خلاف القاعدة واجبة التطبيق على الوقائع التي توصل إليها، كأن يطبق القاضي على عقد المقايضة قواعد عقد البيع، فتكون المحكمة قد خالفت قواعد عقد المقايضة، وأخطأت في تطبيق قواعد عقد البيع على عقد المقايضة. وهناك من يرى بأن المقصود بالخطأ في تطبيق القانون، هو حالة تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها، أو تطبيقها على نحو يخالف ما يريده المشرع عندما وضع القاعدة القانونية، ويخالف ما تريد القاعدة القانونية نفسها حمايته، بحيث يسيء القاضي الفهم الصحيح للنص. فكلما تم العمل بقاعدة قانونية لا تنطبق على النزاع، نكون بصدد الخطأ في تطبيق القانون، مثل تطبيق قواعد البيع على عقد الهبة [٣].

٣- الخطأ في تأويل القانون: يحدث الخطأ في تأويل القانون عندما يسيء القاضي فهم النص القانوني المبهم أو الغامض، ويفسره تفسيراً يخرجه عن الغاية التي توخاها المشرع من وضعه، أو أن يخرجه عن روحه. ولا تكون لتفسير النص القانوني الذي تقوم به محكمة التمييز حجية إلا بالنسبة للخصومة التي صدر بمناسبتها هذا الحكم، وبالتالي فإن التفسير المخالف لتفسير سابق لأحد قرارات محكمة التمييز، لا يوجب النقض من قبلها[٤].

---

(١) نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية منشاة العارف بالإسكندرية، ط.٦٤٣.

(٢) احمد السيد الصاوي المرجع السابق، الموضع السابق.

(٣) محمد حاتم البيات اصول المحاكمات المدنية٢، طرق الطعن في الأحكام، منشـــورات الجامعة الافتراضية الســـورية ٢٠٠٨ ص٣١٣.

(٤) احمد سيد صاوي المرجع السابق، ومحمد حاتم البيات، المرج السابق في الموضع السابق.

ونضيف أيضا أن ذلك يعني أن لا يفهم القاضي القاعدة القانونية بالشكل الصحيح الذي أراده المشرع وابتغاه عندما وضع هذه القاعدة القانونية، أو أن يطبقها، إلا أن تطبيقه لهذه القاعدة القانونية على النزاع كان على خلاف ما أراد المشرع من وضعها، أو ما أراد المشرع من حماية للمصلحة العامة عند سن هذه القاعدة، كأن يطبق أحكام الهبة على عقد البيع.

وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه: (١- استقر اجتهاد محكمة التمييز على أنّ عدم توجيه التحفظات الخطية المنصوص عليها في المادة ٢١٨ المذكورة لا يؤدي إلى سقوط الحق بالمطالبة، وإن الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك ليس هو عدم سماع الدعوى بل مجرد قيام قرينة على تسلم المرسل إليه البضاعة سالمة وكما هي مبينة في وثيقة الشحن، بمعنى أنّ المرسل إليه يمكنه على الرغم من عدم توجيه التحفظات في المواعيد المحددة رفع الدعوى ضد الناقل وإثبات ما أصاب البضاعة من تلف أو هلاك، وحيث أنّ محكمة الاستئناف فسرت المادة ٢١٨ المذكورة تفسيراً يخرج عن مفادها الصحيح فيكون حكمها مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض)[١]. يكاد يكون الخطأ في تأويل القانون وتفسيره من أهم أسباب الطعن بالتمييز (النقض)، ذلك أنّ هذا التأويل والتفسير يؤدي إلى توحيد الاجتهاد القضائي في المحاكم، وتوجيه هذه المحاكم نحو اجتهاد واحد، وتفسير واحد للقاعدة القانونية، ذلك أنّ المحاكم قد تختلف في تفسير القاعدة القانونية أو تأويلها، سواءً أكانت محاكم الدرجة الأولى ذاتها، أو محاكم الدرجة الأولى مع محاكم الدرجة الثانية. وتصدر بالتالي عدة أحكام، بناءً على تأويل أو تفسير مختلف للقاعدة القانونية الواحدة، وتختلف فيما بينها بناءً على اختلاف التفسير أو التأويل لهذه القاعدة؛ مما يؤدي بمحكمة التمييز إلى أن تنعقد بهيئتها العامة، لتوحيد مفهوم المحاكم الأدنى لهذه القاعدة، ترسيخاً لمبدأ عام تسير على هداه المحاكم الأدنى عند تفسير هذه القاعدة، فتقرر مبدأً عاماً يستقر عليه اجتهاد القضاء في تفسير هذه القاعدة أو تلك، بما يؤدي إلى التطبيق السليم للقانون على الوقائع، محققاً الغاية التي توخاها المشرع من وضع هذا النص القانوني.

وخلاصة القول؛ نجد أنّ هذه الحالات الثلاث، التي تنصرف إلى السبب الأول من الأسباب الموجبة لقبول نقض الحكم من جانب محكمة التمييز، هي صور ثلاث، لحالة واحدة، وهي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيق القانون، فهي مترادفات لمعنى واحد، فالحالات الثلاث: مخالفة القانون، الخطأ في تطبيقه، والخطأ في تأويله، تتداخل فيما بينها، وتشير إلى معنى قانوني واحد، وهو مخالفة

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠٠٠/٢٩٧٣، تاريخ ٢٠٠١/٤/٣، منشورات مركز عدالة.

الحكم للقانون بشكله العام، فمحكمة التمييز لا تختص إلا في الرقابة على القضية من منظور ما إذا كان القاضي قد خالف القانون أو لم يخالفه، ولا رقابة لها على تقرير الوقائع، أو وزن البينة، أو اعتمادها من محكمة الموضوع من عدمه، وتقرير فيما إذا كانت واقعة ما حدثت أم لم تحدث، إلا ما تعلق منها في حكم القانون، فمحكمة التمييز لها رقابة من الناحية القانونية بصفتها محكمة قانون تضمن حسن تطبيق المحاكم الأدنى (محاكم الموضوع) للقانون، بمعناه الواسع، وبشكل سليم، على النزاع المنظور أمامها.

ونؤكد أن جميع أحكام محكمة التمييز تنصب على حالتين: إما تأييد الحكم لموافقته للقانون، أو نقض الحكم لمخالفة القانون. وبالتالي؛ فإن هذا السبب يشمل جميع أسباب التمييز، إذا أخذناه بمعناه الواسع. إلا أن إجماع الفقهاء، كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقاً، اجتمعت على أن يفسر هذا السبب كسبب من أسباب التمييز بمعناه الضيق، وتفسيره كذلك ليشمل جميع الحالات التي لا تشملها الأسباب الأخرى من أسباب التمييز، أو تتسع لها. وبالتالي، فإن الطعن بسبب مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه، أو تأويله، هي صور ثلاث، لحالة واحدة، هي الخطأ في القانون، أي الخطأ في التكييف القانوني الصحيح للوقائع، ويجب لقبولها سبباً للطعن ما يلي:

أ- أن تكون هناك قاعدة قانونية يُرد إليها الخطأ في تطبيق القانون.

ب- أن يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق هذه القاعدة، سواءً أكان باستخلاص الوقائع، أو بتقديرها، أو بتكييفها، أو أخطأ في تطبيق القانون، بعد إجراء عملية التكييف.

ج- أن تكون المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ فيها قد عُرضت على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، والتفتت عنها بدايةً واستئنافاً، وأثيرت مرة أخرى أمام محكمة التمييز، ما لم تكن من النظام العام، فيجب على المحكمة إثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، حتى ولو كانت أمام محكمة التمييز لأول مرة.

د - أن يستند حكم القاضي على هذا الخطأ في القانون، وتكون العبرة في الخطأ الذي يشوب الحكم المطعون فيه، أما الأحكام التي تسبق هذا الحكم الذي أخطأ، فلا يصح أن تكون بذاتها سبباً للطعن، إلا إذا كان الحكم الاستئنافي قد بنى عليها حكمه

المبحث الثاني: الدور الاستثنائي لمحكمة التمييز في الرقابة على مسائل الواقع

تتكون كل دعوى من شق قانوني وشق واقعي (الوقائع)، فالدعوى في الأصل تقوم على الوقائع التي يقدمها الخصوم للمحكمة، ويلتزم القاضي بتكييف الوقائع وتطبيق القانون عليها بعد المطابقة بينها وبين مفترض القاعدة القانونية، ولكن يمكن أن يحدث تداخل بين الواقع والقانون، ويكون من المتعذر أحياناً نظر أحد الشقين دون التدخل في الآخر. ولا يجوز لمحكمة النقض نظر المسائل المختلطة، مالم تتم إثارتها لدى محكمة الموضوع، سواء قدمها الطاعن على شكل طلب أو دفع، على اعتباره سبب جديد مختلط لا تجوز إثارته حتى لو تعلق بالنظام العام.

سوف نعرض في هذا المبحث أن القاعدة العامة لدى محكمة التمييز هي محكمة قانون تقوم على مراقبة حسن تطبيق القوانين وليس لها أي تدخل في الوقائع (المطلب الاول). ومن جهة اخرى نعالج الحالات الحصرية التي يجوز فيها لهذه المحكمة التدخل في الوقائع والتي هي في الأصل من إطلاقات قاضي الموضوع الناظر في النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأصل العام: محكمة التمييز محكمة قانون

إن وظيفة محكمة التمييز، النظر في الطعون التي تُرفع إليها في أحوال معيّنة، بينها القانون على سبيل الحصر، وترجع كلها إلى أصلٍ واحد، هو مخالفة القانون بمعناه الواسع. ومحكمة التمييز وهي تقوم بوظيفتها هذه، تحقق غرضاً أساسياً، هو تقويم ما يقع في الأحكام من مخالفة للقانون، وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل، وكأن ما يعرض عليها في هذه الحالة هو مخاصمة الحكم النهائي الذي صدر فيها. حيث يصعب في كثير من الأحيان التمييز بين الواقع والقانون، فبعض الفقه يجزم بعدم وجود تفرقة بين الواقع والقانون، ولا يرى إمكانية للفصل بينهما، بل ويرى أنّ كل محاولة للفصل بينهما ينتج عنها فشل[١]، ويرى جانب آخر من الفقه، أنّ التمييز بين الواقع والقانون أمرٌ ضروري، حتى وإن كان صعباً، فكل ما يتعلق بإعلان القانون وتفسيره، هو من مسائل القانون، وكل ما يتعلق بإثبات العناصر الواقعية وتحصيلها، هو من مسائل الواقع[٢]. ولعل الهدف الأهم من التمييز بين الواقع والقانون، هو تحديد ما إذا كان هذا الطعن أو ذاك يخضع إلى رقابة محكمة التمييز، من عدمه. فإذا كان الطعن من أمور الواقع، فإنّه لا يخضع إلى رقابة محكمة التمييز، وإذا كان من الأمور القانونية التي تخضع إلى رقابة محكمة التمييز حسب أحكام المادة ١٩٨ من قانون

(١) احمد هندي المرجع السابق، ٢٠٠٣، ص١٠٥٨.

(٢) الرملاوي، المرجع السابق، ٢٠١٤، ص٧٤.

الأصول المدنية الأردني، فإن من حق محكمة التمييز التعرض له، ومعرفة ما إذا كانت تلك الأمور موافقة للقانون أم لا، ويكون قرارها نقضاً للحكم أو تأييداً له، ناتجاً عن مدى موافقة الحكم للقانون، بمعناه الواسع، فإن كان موافقاً للقانون، تؤيده، وإن كان مخالفاً له، تنقضه(١).

وفي تطبيق ذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: (من المقرر إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة المقدمة في الدعوى بمقتضى المادتين ٣٣ و ٣٤ من قانون البينات ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ما دامت البينة المعتمدة في قضائها بينة قانونية والنتيجة التي انتهت إليها لها أصلها الثابت في أوراق الدعوى ومستخلصةً استخلاصاً سائغاً ومقبولاً، ولها بحث وتمحيص سائر الأدلة والمستندات المطروحة عليها واستخلاص الواقع الصحيح منها وصولاً إلى ما تراه متفقاً مع وجه الحق في الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه، وحسبها في ذلك أن تبين الحقيقة التي اطمأنت إليها وأوردت دليلها من واقع ما استخلصته من الأوراق ورأت فيها ما يستقيم به وجه الحق في الدعوى ،وهي غير ملزمة من بعد بأن ترد بأسباب خاصة على كل ما أبداه الخصوم من مطاعن، لأن في أخذها بما اقتنعت فيه من أدلة محمولةً على أسبابها ما يفيد أنها لم ترَ في دفاع الخصوم ما ينال من سلامة النتائج التي انتهت إليها ولا ما يستحق الرد بأكثر مما أوردته، وذلك بما لها من صلاحية تقديرية في وزن وتقدير البينات)(٢). كما قضت ذات المحكمة في حكم أخر لها بأنه: (إذا عالجت محكمة الاستئناف أسباب الطعن جميعاً بوضوح وتفصيل كما تقضي المادة (٤/١٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية وكان ردها موافقاً للواقع والقانون، فإن تكرار الرد عليها يصبح لغواً لا يتفق مع جدية الطعن التمييزي، وبالتالي فإن محكمة التمييز لا تملك إلا أن تؤكد على صحة الاستخلاص الواقعي لعناصر الدعوى وسلامة التطبيق القانوني عليها إذ إن الثابت من الأوراق أن هناك اتفاقية بناء مبرمة بين أطراف الدعوى تلتزم المدعية بالمباشرة بأعمال البناء وعلى أن يلتزم المدعى عليه بدفع الدفعات المستحقة للمدعية بمواعيدها وإن المدعية التزمت ببنود هذه الاتفاقية وحسب المخططات الهندسية وبتنفيذ أعمال المقاولة المتفق عليها بالاتفاقية إلا أن المدعى عليه لم يلتزم بما هو واجب عليه بموجب عقد المقاولة وبالتالي فهو ملزم بتعويض المدعية عما تستحقه في مبالغ ترصدت

(١) أبو شنب، مدى التزام محكمة التمييز باختصاصها المحدد في قانون أصول المحاكمات المدنية رسالة دكتوراه من جامعة عمان العربية في الاردن،٢٠١٢، ٢٠١٢، ص٢٠٩.

(٢) (قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم ٢٠١٨/١٤٦٩ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٣/٢٠، منشورات مركز عدالة).

بذمة المدعى عليه).[١] وتعليقا على القرارين السابقين نجد أن محكمة التمييز الأردنية هنا تؤكد على نظرية عامة وهي أنه إذا كان الطعن من أمور الواقع، فإنّه لا يخضع إلى رقابة محكمة التمييز، وإذا كان من الأمور القانونية، فإنه يخضع إلى رقابة محكمة التمييز حسب أحكام المادة (١٩٨) من الأصول المدنية الأردني. وقد بحثت محكمة التمييز عن مدخل لاختراق حاجز الصلاحية المسندة إليها بحكم القانون للوصول للعدل، ولقد لعب الاجتهاد القضائي الذي أنجزته دوراً هاماً في ذلك، فقد استطاعت إلى حد ما أن تراقب الوقائع قدر الإمكان مع مراعاة عدم كسر نطاق صلاحيتها، ومع ذلك هي قد تجاوزت نطاق سلطتها أحياناً، وقد يكون ذلك مُبرَراً إلى حد ما إذا كان يهدف لخدمة العدالة؛ ومدخلا التسبيب والتكييف واسعان للولوج للأمور الواقعية (الوقائع)، ولا نستطيع أن نقول أن محكمة النقض حصّلت سلطة كاملة بل حصّلت أداة ووسيلة لتصيُّد مواطن الخلل في الدعوى أو الطعن المعروض عليها، فهي تراقب وتتدخل في مدى التوافق والتلاؤم[٢] بين الوقائع المعروضة والقانون المطبق من طرف محكمة الموضوع عليها. وتستطيع محكمة النقض أن تبسط رقابتها على الواقع كما ذكرنا سابقاً دون التدخل فيه فأصبحت رقابتها لا تقتصر على مخالفة القانون فقط[٣]، بل امتدت من خلال التسبيب والتكييف. ويؤخذ على محاكم النقض في ميدان العمل القضائي عدم استخدام هاتين الوسيلتين بالشكل الأمثل، واستبدال غاية تطبيق القانون بغاية العدل، ويجب أن تكون الأخيرة هي الوسيلة في تحريك عجلة القضاء.

ويرى الفقه كما أسلفنا سابقاً، أنّه لا يجوز أن تكون استحالة التمييز بين الواقع والقانون سبباً لرفض محكمة التمييز (النقض)، متى كانت لازمة لعمل نظام معين وبالمقابل لا يمكن مطلقاً أن يُترك لمحكمة التمييز زمام الامور في مسالة بسط رقابتها على محاكم الموضوع، أي لتحدد الأسباب المقبولة للطعن أمامها، فالقاعدة العامة هي اقتصار رقابة محكمة التمييز على محاكم الموضوع في حالات حددها القانون حصراً في المادة (١٩٨) أصول مدنية أردني، والمادة (٢٤٨) مرافعات مصرية، والمادة٢٥١ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لعام ٢٠١٦

(١) (قرار محكمة التمييز الأردنية، مدني رقم ٢٠١٥/١٦٦٧ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٦/٢/٧، منشورات مركز عدالة).

(٢) المستشار عبد العزيز فتحاوي – مرجع سابق – ص٤٢.

(3) **J.-L Aubert,** La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, Intervention publié dans l'officielle web site de Cour de cassation français, 2005. https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._aubert_8104.html, date de la visite 12-2-2017.

وكذلك الامر المادة ٦٠٤ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[١]، وهي حالات تخضع في إطارها العام إلى مخالفة القانون بمعناه الواسع، ولا شك أنّ لهذه القاعدة مجالاً واسعاً تنطبق فيه بسهولة ووضوح، وما يرد على هذه القاعدة من استثناءات، لا يغير من صحة الاعتراف بها، كرقابة لمحكمة التمييز أو النقض على بعض مسائل الواقع، مثل مدى صحة الخبرة من الناحية القانونية، إلا أنّه يندر وضع تعريف نظري لما هو واقع، ولما هو قانون. إذ تمتد رقابة هذه المحكمة العليا على الواقع عند عدم كفاية الأسباب الواقعية، وانعدام الأساس القانوني للحكم، أو في حالة النسخ والتحريف عند تفسير العقود، أو في حالة عدم منطقية التقديرات الواقعية للدعوى.

ونستخلص مما سبق؛ أن القاعدة العامة هي استقلال محكمة الموضوع ببحث المسائل الواقعية بعيداً عن رقابة محكمة التمييز، إلا أنّ ذلك يقتصر على التحقق من الوجود المادي للواقع، لأنّه نشاط ذهني يقوم به القاضي لمعرفة ما إذا كانت أدلة الإثبات كافية لإثبات الواقعة من عدمه، ما دام القاضي يراعي القانون في كيفية استخلاص واقعة ما وإثباتها، فما لا يصح إثباته بشهادة الشهود قانوناً مثلا، ولا يجوز للقاضي إثباته بشهادة الشهود، فإذا فعل ذلك، فإنّه يخالف القانون، ويكون لمحكمة التمييز الرقابة عليه، ونقض حكمه بالنتيجة. كذلك الأمر فإن تقدير القاضي للواقع وفهمه له، ليس سلطة مطلقة لمحكمة الموضوع، بل يجب أن يكون هذا التقدير منطقياً وسائغاً، لا يخالف الظاهر لهذا الواقع، فتفسير العقود مثلاً، حق لمحكمة الموضوع لا رقابة عليها فيه، على أن تراعي بأن يكون هذا التفسير وفق القواعد القانونية التي تحدد سلطة القاضي بتقدير ما هو مكتوب في العقد، لا أن تخرج عن المعنى الظاهر لعبارات العقد، أو بصحة تقدير ما إذا كان العقد عقد مقاولة أو عقد بيع، فيخضع في ذلك إلى

---

(٢) تقضي المادة ٦٠٤ على انه:

Article6

Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit.

ويرُدُّ الفقهاء الفرنسيون جميع حالات الخلل في القرارات القضائية لمخالفة القانون، ويميزون بين مخالفة القانون الشكلية ومخالفة القانون الموضوعية١، فمخالفة الشكل هي: "**تجاهل القاضي نص قانون لصالح العدالة عند التحقيق أو الفصل**".

أما مخالفة القانون الموضوعي حسب هذا التقسيم الفرنسي القديم فهي: " **عبارة عن قيام القاضي بتجاهل حكم القانون في منطوق الحكم ذاته، وليس مجرد مخالفة الإجراءات اللازمة للتحقيق أو الحكم**، وكذلك يميزون بين العيب في الإجراء والعيب في القضاء، ومخالفة القانون تكون في القواعد الموضوعية أو الإجرائية على حد سواء. انظر في تفصيل ذلك:

J. Habscheid, M. Walther, Les cours supérieures en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions suprêmes en France et en Allemagne, revue internationale de droit comparé, vol. 20, n°1, Janvier-mars 1968, p.83

رقابة محكمة التمييز[١]. وعموما الخطأ في تطبيق القانون يختلف عن حالة مخالفة القانون بأن القاضي قد اتجه للقاعدة القانونية الصحيحة ولكنه لم ينتج الأثر بشكل صحيح فيصدر القرار عنه معتلاً ومستحقاً للفسخ، والسبب في ذلك تجاوز القاضي لنطاق سريان القاعدة القانونية عند تطبيق النص على الوقائع[٢]، فهو تطبيق نص قانوني على وقائع لا تطابق مفترض القاعدة القانونية الواردة في النص، أو أن يكون التطبيق مؤدياً لظهور نتائج مخالفة للغاية المفترضة من القاعدة القانونية وفق نظرة المشرع عند صياغتها والتي وضعت من أجلها[٣]. ويذهب اتجاه أخر إلى ربط مفهوم الخطأ في تطبيق القانون مع عملية التكييف، أي أن مفترض القاعدة القانونية لا يطابق الواقعة عند تكييفها، بينما يذهب البعض إلى أن الخطأ في تطبيق القانون يكون بقيام القاضي بتطبيق قاعدة قانونية لا تنطبق على وقائع الدعوى[٤]، كإخضاع فعل ضار لقواعد المسؤولية العقدية في حين كان يجدر به تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، أو تطبيق قواعد الهبة على تصرف بالبيع لعقار وما يستلزم ذلك من قواعد شكلية.

وفيما يؤيد ذلك؛ العديد من قرارات المحكمة العليا، منها ما قررته محكمة التمييز الأردنية في حكم حديث لها بأنه: (من المستقر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة المقدمة في الدعوى بمقتضى المادتين (٣٣ و٣٤) من قانون البينات ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ما دامت البينة المعتمدة في قضائها بينة قانونية والنتيجة التي انتهت إليها لها أصلها الثابت في أوراق الدعوى ومستخلصةً استخلاصاً سائغاً ومقبولاً، ولها بحث وتمحيص سائر الأدلة والمستندات المطروحة عليها واستخلاص الواقع الصحيح منها وصولاً إلى ما تراه متفقاً مع وجه الحق في الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه، وحسبها في ذلك أن تبين الحقيقة التي اطمأنت إليها وأوردت دليلها من واقع ما استخلصته من الأوراق ورأت فيها ما يستقيم به وجه الحق في الدعوى وهي غير ملزمة من بعد بأن ترد بأسباب خاصة على كل ما أبداه الخصوم من مطاعن لأن في أخذها بما اقتنعت فيه من أدلة محمولةً على أسبابها ما يفيد أنها لم تر في دفاع الخصوم ما ينال من سلامة النتائج التي انتهت إليها ولا ما يستحق الرد بأكثر مما أوردته، وذلك بما لها من صلاحية تقديرية في وزن وتقدير البينات. كما أن المستقر عليه قانوناً وقضاءً بأن الخبرة وفقاً لأحكام المادة (٦/٢) من

(١) محمد حاتم البيات المدخل الى علم القانون، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق ٢٠٠٩ ص ١١٣ وما بعدها. انظر ايضا احمد سيد صاوي المرجع السابق،٦٢١.

(٢) المستشار أنور طلبه – الطعن بالنقض – مرجع سابق – ص٣٨.

(٣) د. منصور حاتم محسن – د. هادي حسين الكعبي – مرجع سابق – ص٤٩.

(٤) تمييز لبناني – قرار رقم ٥٩ تاريخ ١٩٩١/١١/٢٨ – لدى د. عفيف شمس الدين – مرجع سابق – ص٢٨٧.

قانون البينات من وسائل الإثبات التي ترك المشرع أمر اعتمادها والأخذ بما جاء فيها لمحاكم الموضوع وفقاً للصلاحيات الممنوحة لها بالمادة (١/٣٤) من القانون ذاته دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ما دام أن ذلك قد تم بشكل يتفق وأحكام المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية، ولما كان ذلك، وحيث إن محكمة الاستئناف وبما لها من صلاحية في وزن وترجيح البينات أخذت بالبينات المقدمة من المميز ضدها والتي تمثلت برخصة اقتناء المركبة ومخطط الحادث (الكروكي) وعقد تأمين المركبة المتسببة بالحادث والخبرة الفنية التي قامت بإجرائها محكمة الدرجة الأولى ولما كان مخطط الحادث مستنداً رسمياً لا يطعن فيه إلا بالتزوير وطالما لم يرد ما يفيد تزويره أو خلاف ما جاء فيه، وحيث إن نقصان قيمة المركبة وفوات الكسب يثبت بالخبرة الفنية، وطالما أن الخبرة جاءت موافقة للمعادلة التي أرستها محكمة التمييز في التقدير مما يجعل من تلك البينات كافية لإثبات دعوى المدعية (المميز ضدها)، ما لا يجوز معه معاودة البحث بالموازنة والترجيح في تلك البينات من قبل محكمة التمييز طالما أن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بهذا الخصوص له أصله الثابت في الأوراق وأدى إلى نتائج سائغة ومقبولة، ما يجعل هذه الأسباب غير واردة على الحكم المطعون فيه ولا تنال منه ويقتضي ردها)[1]. كما قضت ذات المحكمة في حكم أخر لها بأنه: (إن المستقر عليه فقهاً وقانوناً أن لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها، ولها أن تأخذ بتقرير الخبير محمولاً على أسبابه متى اطمأنت إلى سلامة الأسس التي قام عليها وكان ذلك سائغاً ومقبولاً كافياً لحمل قضائه كما أنه من المقرر قضاءً أن لمحكمة الموضوع أن تأخذ بكل ما جاء بتقرير الخبير أو بعضه لاقتناعها بصحة أسبابه التي تضحى عندئذ جزءاً من أسباب حكمها ولا تلتزم بالرد استقلالاً على الطعون الموجهة إليه، ...، فيكون ما توصلت إليه محكمة الموضوع بما لها من صلاحية في وزن وتقدير البينات في محله وموافقاً للقانون سيما وأن تقرير الخبرة جاء واضحاً وموفياً الغرض منه مما يجعل من اعتماد محكمة الموضوع له واقعاً في محله ولا يخالف القانون طالما لم يرد عليه أي مطعن قانوني أو واقعي يؤدي إلى استبعاده من عداد البينة مما يجعله بينة صالحة للحكم، وحيث أن الخبراء راعوا عند قيامهم بتقدير التعويض الأخذ بعين الاعتبار التعليمات الصادرة عن هيئة تنظيم قطاع الكهرباء ونوع الخط وعرضه ونوع قطعة الأرض وفئة

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم ٢٠١٨/١٣٢٤ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٣/١١، منشورات مركز عدالة.

تنظيمها وشكلها وطبوغرافيتها وموقعها ونوعية استخدامها ومدى قربها من الخدمات وأسعار القطع المجاورة)[١] .

وفي ذلك ايضا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما مفاده: (لئن كان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع، إلا أنّه متى استخلصت المحكمة ذلك، فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد، هو مسألة قانونية تخضع إلى رقابة محكمة النقض[٢]. وفي قرار آخر لذات المحكمة أن الانحراف بالتفسير يكون ناجماً عن تفسير خاطئ لوثائق أو مستندات مبرزة بملف الدعوى، وسواء أبرزها الخصوم كعقد أو أدلة كتابية، أو وثائق رسمية كضبوط الشرطة أو تقارير الخبراء[٣]. وبدورها أيضا محكمة النقض السورية قضت في هذا المعنى من أنه "الانحراف ينتج عندما يكون المستند واضحاً لا لبس فيه ولا غموض فيه ومعناه لا يحتمل أكثر من دلالة، ورغم ذلك فسّره قاضي الأساس بشكل لا يتفق مع النص الصريح الواضح في متن السند، والمبرز أمام محكمة الموضوع، إذ لا يجوز تقديم أسباب جديدة أو أوجه دفاع جديدة أمام محكمة النقض من حيث الأصل ما لم تأذن هي بذلك. إذ أن قاضي الموضوع في هذه الحالة لم يكن مضطراً لتفسير الوثيقة المبرزة أمامه، فهي واضحة لا تحتاج لشرح، وأن تفسيره المغلوط لهذه الوثيقة فيه انحراف كبير يوجب تدخل محكمة النقض لتصحيح اتجاه الدعوى، وخصوصاً إذا ما كان هذا التفسير مؤثراً وبشكل مباشر في منطوق الحكم أو بني عليه[٤]. كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن رقابتها لا تشمل مطابقة الأحكام لنص القانون بل لغاية وروح القانون فهي بذلك خففت من القيد المفروض على المحاكم والذي يهدف لمطابقة الأحكام

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم ٢٠١٨/١٣٢٣ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٣/٧، منشورات مركز عدالة. وقد تم الرجوع الى هذا الموقع بتاريخ الاول من كانون الثاني ٢٠١٩.

(٢) نقض مدني مصري – الهيئة العامة للمواد المدنية – طعن رقم/٨٧/ – تاريخ/٢٠١٤/ – سنة قضائية /٧٢/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg).

(٣) نقض مدني مصري – طعن رقم/٣٣١٤/ – تاريخ/٢٠١٥/ – سنة قضائية /٧٠/ – الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية – تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٢/٣ – (http://www.cc.gov.eg). ونص هذا القرار هو:

"وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن ما تضمنه المحرر سالف الذكر هو عقد هبة باطل لعدم إفراغه في ورقة رسمية فإنه يكون قد انحرف في تفسير عبارات المحرر انحرافاً أدى به إلى الخطأ في تكييفه وإضفاء وصف قانوني عليه يخالف الوصف القانوني الصحيح عليه مما يعيبه بالفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون".

(٤) نقض مدني سوري – قرار/٣٢٦٣/ – أساس/٤٣٨٤/ – تاريخ/١٩٩٩/ – الغرفة المدنية الثالثة – منشور لدى محمود زكي شمس – شرح قانون أصول المحاكمات المعدل بالقانون رقم ١ لعام ٢٠١٠ – مرجع سابق – ص٣٨٧٨.

للنصوص الجامدة، حيث قبلت النقض الفرنسية الطعن لمخالفة روح القانون[1]، ولم تأخذ محكمة النقض السورية بذلك فالقضاء في سورية مازال يلتزم بحرفية النص ولا يعير اهتماماً لغاية وروح النص.

وتفسير العقود والمستندات يعود بالأصل إلى محكمة الموضوع دون معقب عليها، إلا أن محكمة النقض قد وسعت نطاق رقابتها ليشمل حالة الانحراف أو المسخ في اجتهاداتها القضائية لمواجهة حالة تعسف قاضي الموضوع باستعمال السلطة الممنوحة له بالتفسير، والأصل التاريخي لمدّ رقابة النقض في حالة المسخ أو الانحراف يعود إلى أن المحاكم الفرنسية قد قامت في عام ١٨٧٠ وبسبب كثرة عقود الإذعان بالميل بما يتفق مع روح العدالة والإنصاف لتصحيح الاختلال التعاقدي[2]، ولكن محكمة النقض الفرنسية لاحقاً، منعت أي تفسير مخالف للوثائق في الدعاوى، ومن المعلوم أنه تم وضع قواعد خاصة بالنسبة لعقود الاذعان لتصحيح التوازن في العقود، وذلك لا يقتضي تشويه مضمون هذه الوثائق والعقود.

وبالتالي نجد من النتائج المستخلصة من القرارات السابقة بأنّه لا توجد لدى القانون أو الفقه قاعدة تحدد ما يمكن اعتباره من مسائل الواقع، وما يمكن اعتباره من مسائل القانون. وبالتالي ينبغي معرفة المراحل التي يقطعها قاضي الموضوع في سبيل الحكم في الدعوى، ثم ننظر في كل مرحلة على حدة، لتقرير ما إذا كانت مسألة ما واقعية لا تخضع بالنتيجة إلى رقابة محكمة التمييز، أو أنها مسألة قانونية تخضع إلى رقابة محكمة التمييز.

وبالتالي تأتي مسألة مشروعية رقابة محكمة التمييز (النقض) على الواقع إذاً، من اعتبار هذه الواقعة أو تلك مسألة قانونية، من حيث تقدير القاضي للواقع وفهمه، فلا تكون الواقعة عديمة الوجود، أو متناقضة لم تثبت في حكمه، أو محصلة من غير طريق الخصوم أنفسهم، أو مخالفة لما هو ثابت في الحكم (أي عدم كفاية الأسباب الواقعية)، فتستند رقابة محكمة التمييز على الواقع عند عدم كفاية الأسباب الواقعية.

فيجب على قاضي الموضوع، بالنتيجة، بيان الواقعة التي استخلص حكمه منها، وكما استقرت في ضمير المحكمة من مصادر الواقع التي بُنيّ عليها الحكم، وأن يبين الأدلة التي استند إليها، فلا يستند إلى غير الأدلة المقدمة في الدعوى من الخصوم، وبالطريقة التي حددها القانون مسبقاً، ولا أن يقضي بعلمه الشخصي للوقائع في الدعوى، كما يجب على قاضي الموضوع بيان مضمون كل دليل من أدلة

(١) د. محمد فهمي والمستشار حامد فهمي – النقض – مرجع سابق – ص٤٦.

(٢) محمد رعدون – مرجع سابق – ص٢٦١.

الدعوى، فلا يحق له أن يستند إلى أدلة تخالف قواعد الإثبات، ويجب عليه أن يتبع إجراءات قانونية مفروضة في تقديم الحكم وتحقيقه، واستنباطه منها، وأن لا يخالف الثابت في الأوراق، وأن يرد على دفوع الخصوم الجوهرية التي من شأنها أن تغير الحكم لو صحت.

وعلى القاضي كذلك، أن يبتعد في حكمه عن حالات البطلان، سواءً أكانت لعيبٍ في الإجراء من قبيل مخالفة إجراءات إصدار الحكم، أو وجود عيبٍ في تدوين الحكم، والذي نص عليه القانون، أي أن يصدر الحكم بالطريقة التي حددها القانون. كما ويكون لمحكمة التمييز أو النقض سلطة في الرقابة على الوقائع، من حيث التثبت من مصدر الواقعة، فلا تكون وهمية أو لا وجود لها أو مستحيلة عقلاً، أو مناقضة لما أثبته الحكم. وتهدف هذه الرقابة إلى تحقيق العدالة، خاصة مع النظرة إلى محكمة التمييز من جانب المتداعين، على أساس أنها رأس مال الهرم القضائي، وأنها هي التي تتولى تحقيق العدالة في قضائها، كما يدخل حكمها الطمأنينة في نفوس الأطراف بصفتها المحكمة الأعلى وحكمها هو الأصوب .ونجد اخيرا أنه تتألف الدعاوى والطعون من شقين هما القانون الصرف والوقائع المختلطة مع القانون فعلى اعتبار أن الواقع البحت غير موجود (على الأقل في النطاق القضائي)، فمحكمة النقض تراقب القانون الصرف دائماً ولا تراقب مطلقاً الواقع الصرف أما بالنسبة للوقائع المختلطة بالقانون فأحياناً تخضع للرقابة وأحياناً لا تخضع.

المطلب الثاني: الاستثناء: محكمة التمييز محكمة واقع

إن اختلاط مسائل الواقع بالقانون ليس مبرراً بحد ذاته لتوسيع رقابة محكمة التمييز محكمة قانون، ولكن كما ذكرنا سابقاً أنها لا تراقب الوقائع، بيد أن الوقائع البحتة غير موجودة على الأقل في نطاق الدعاوى والطعون، لأنه عندما تدخل الوقائع البحتة لنطاق الدعوى تصبح مختلطة مع القانون، وبما أن محكمة النقض لا تنظر الوقائع، فيكون عندها التعبير الدقيق أن محكمة النقض أو التمييز تنظر القانون ولا تنظر الوقائع المختلطة من حيث الأصل، إلا أن هناك استثناءات تنظر عندها المحكمة العليا الوقائع المختلطة على سبيل الاستثناء وخروجاً عن القاعدة وينبغي عندها أن نميز بين نوعين من الوقائع المختلطة مع القانون والموجودة في الدعاوى وهي: وقائع مختلطة ولكن الشق الواقعي فيها واضح ويمكن نظره بمعزل عن الشق القانوني، كأن يكون قد تم بحث أساسه الواقعي سابقاً أمام محكمة الموضوع. ايضا وقائع مختلطة لا يمكن فيها مراقبة الشق القانوني دون الدخول في مسائل الواقع ونظرها. ففي حين تنظر محكمة النقض أو التمييز في النوع الأول من الوقائع المختلطة، لا يكون لها سلطة نظر الوقائع المختلطة من النوع الثاني، وكمثال عليها دفع المدعى عليه بانعدام الاختصاص القيمي لأول مرة أمام محكمة النقض كما ذهب الاجتهاد المصري وحتى لو تعلق السبب بالنظام العام.

فإذا كانت الأسباب المثارة أمام محكمة التمييز، فيها اختلاط بين الواقع والقانون فلا يجوز عرضها على النقض مالم تكن عرضت على محكمة الموضوع، حتى لو كانت متعلقة بالنظام العام، إلا إذا كانت قانونية صرفه بحيث تتعلق بالقانون فقط وكانت وقائعها المرتبطة بها معروضة على محكمة الأساس ولا ضرورة لتدخل محكمة النقض أو التمييز بالوقائع، فهنا يكون لهذه الاخيرة نظر هذه الأسباب، مع التزامها بتدقيق الشق القانوني مادام يمكن فصل الطعن دون التعرض للشق الواقعي في المسألة المثارة.

وقد تبين معنا من قبل أن الأصل في محكمة التمييز أنها محكمة قانون، وبالتالي لا رقابة لها على محكمة الموضوع بتقديرها للوقائع حسب قناعتها، ويقتصر دور محكمة التمييز على الرقابة القانونية للقرار، من حيث صحة الإجراءات القانونية، وحُسن تطبيق القانون، وتفسيره تفسيراً سليماً مطابقاً للغاية التي توخاها المشرع عند سن هذا التشريع، فإذا صدر القرار موافقاً للقانون، فإن دور محكمة التمييز يكون تأييد الحكم، أما إذا صدر الحكم مخالفاً للقانون، فتمييز الحكم. فالقاعدة العامة هي اقتصار رقابة محكمة التمييز على محاكم الموضوع في حالات حددها القانون حصراً في المادة (١٩٨) أصول مدنية أردني، والمادة (٢٤٨) مرافعات مصرية، وهي حالات تخضع في إطارها العام إلى مخالفة القانون بمعناه الواسع، ولا شك أنّ لهذه القاعدة مجالاً واسعاً تنطبق فيه بسهولة ووضوح، وما يرد على هذه القاعدة من استثناءات، لا يغير من صحة الاعتراف بها، كرقابة لمحكمة التمييز على بعض مسائل الواقع، مثل مدى صحة الخبرة من الناحية القانونية، إلا أنّه يندر وضع تعريف نظري لما هو واقع، ولما هو قانون[1]، إذ تمتد رقابة محكمة التمييز على الواقع عند عدم كفاية الأسباب الواقعية، وانعدام الأساس القانوني للحكم، أو في حالة النسخ والتحريف عند تفسير العقود، أو في حالة عدم منطقية التقديرات الواقعية للدعوى.

لذا نستخلص مما سبق؛ أن القاعدة العامة هي استقلال محكمة الموضوع ببحث العناصر الواقعية بعيداً عن رقابة محكمة التمييز، إلا أنّ ذلك يقتصر على التحقق من الوجود المادي للواقع، لأنّه نشاط ذهني يقوم به القاضي لمعرفة ما إذا كانت أدلة الإثبات كافية لإثبات الواقعة من عدمه، ما دام القاضي يراعي القانون في كيفية استخلاص واقعة ما وإثباتها، فما لا يصح إثباته بشهادة الشهود قانوناً، لا يجوز للقاضي إثباته بشهادة الشهود، فإذا فعل ذلك، فإنّه يخالف القانون، ويكون لمحكمة التمييز الرقابة

(١) السيوفي مرسال جورج، اختصاصات محكمة التمييز اللبنانية بيروت لبنان، مطبعة الجامعة اللبنانية ٢٠١٣ ص.٢١٣.

عليه، ونقض حكمه بالنتيجة. كذلك فإن تقدير القاضي للواقع وفهمه له، ليس سلطة مطلقة لمحكمة الموضوع، بل يجب أن يكون هذا التقدير منطقياً وسائغاً، لا يخالف الظاهر لهذا الواقع، فتفسير العقود مثلاً، حق لمحكمة الموضوع لا رقابة عليها فيه، على أن تراعي بأن يكون هذا التفسير وفق القواعد القانونية التي تحدد سلطة القاضي بتقدير ما هو مكتوب في العقد، لا أن تخرج عن المعنى الظاهر لعبارات العقد، أو بصحة تقدير ما إذا كان العقد عقد مقاولة أو عقد بيع، فيخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز(١).

وفيما يؤيد ذلك؛ جاءت العديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية، منها ما قررته تلك المحكمة في حكم حديث لها بأنه: (من المستقر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة المقدمة في الدعوى بمقتضى المادتين (٣٣ و٣٤) من قانون البينات ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ما دامت البينة المعتمدة في قضائها بينة قانونية والنتيجة التي انتهت إليها لها أصلها الثابت في أوراق الدعوى ومستخلصةً استخلاصاً سائغاً ومقبولاً، ولها بحث وتمحيص سائر الأدلة والمستندات المطروحة عليها واستخلاص الواقع الصحيح منها وصولاً الى ما تراه متفقاً مع وجه الحق في الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه وحسبها في ذلك أن تبين الحقيقة التي اطمأنت إليها وأوردت دليلها من واقع ما استخلصته من الأوراق ورأت فيها ما يستقيم به وجه الحق في الدعوى وهي غير ملزمة من بعد بأن ترد بأسباب خاصة على كل ما أبداه الخصوم من مطاعن لأن في أخذها بما اقتنعت فيه من أدلة محمولةً على أسبابها ما يفيد أنها لم تر في دفاع الخصوم ما ينال من سلامة النتائج التي انتهت إليها ولا ما يستحق الرد بأكثر مما أوردته، وذلك بما لها من صلاحية تقديرية في وزن وتقدير البينات. كما أن المستقر عليه قانوناً وقضاءً بأن الخبرة وفقاً لأحكام المادة (٦/٢) من قانون البينات من وسائل الإثبات التي ترك المشرع أمر اعتمادها والأخذ بما جاء فيها لمحاكم الموضوع وفقاً للصلاحيات الممنوحة لها بالمادة (١/٣٤) من القانون ذاته دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز ما دام أن ذلك قد تم بشكل يتفق وأحكام المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية، ولما كان ذلك، وحيث إن محكمة الاستئناف وبما لها من صلاحية في وزن وترجيح البينات أخذت بالبينات المقدمة من المميز ضدها والتي تمثلت برخصة اقتناء المركبة ومخطط الحادث (الكروكي) وعقد تأمين المركبة المتسببة بالحادث والخبرة الفنية التي قامت بإجرائها محكمة

(١) الإسبر، المرجع السابق، ٢٠١٢، ص٩٩-ص١٠٠؛ أبو شنب، ٢٠١٢، ص٢٠١٠.

الدرجة الأولى ولما كان مخطط الحادث مستنداً رسمياً لا يطعن فيه إلا بالتزوير وطالما لم يرد ما يفيد تزويره أو خلاف ما جاء فيه، وحيث إن نقصان قيمة المركبة وفوات الكسب يثبت بالخبرة الفنية، وطالما أن الخبرة جاءت موافقة للمعادلة التي أرستها محكمة التمييز في التقدير مما يجعل من تلك البينات كافية لإثبات دعوى المدعية (المميز ضدها)، ما لا يجوز معه معاودة البحث بالموازنة والترجيح في تلك البينات من قبل محكمة التمييز طالما أن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بهذا الخصوص له أصله الثابت في الأوراق وأدى إلى نتائج سائغة ومقبولة، ما يجعل هذه الأسباب غير واردة على الحكم المطعون فيه ولا تنال منه ويقتضي ردها)[1]. كما قضت ذات المحكمة في حكم أخر لها بأنه: (إن المستقر عليه فقهاً وقانوناً أن لمحكمة الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات فيها، ولها أن تأخذ بتقرير الخبير محمولاً على أسبابه متى اطمأنت إلى سلامة الأسس التي قام عليها وكان ذلك سائغاً ومقبولاً كافياً لحمل قضائه كما أنه من المقرر قضاءً أن لمحكمة الموضوع أن تأخذ بكل ما جاء بتقرير الخبير أو بعضه لاقتناعها بصحة أسبابه التي تضحى عندئذ جزءاً من أسباب حكمها ولا تلتزم بالرد استقلالاً على الطعون الموجهة إليه، ..، فيكون ما توصلت إليه محكمة الموضوع بما لها من صلاحية في وزن وتقدير البينات في محله وموافقاً للقانون سيما وأن تقرير الخبرة جاء واضحاً وموفياً الغرض منه مما يجعل من اعتماد محكمة الموضوع له واقعاً في محله ولا يخالف القانون طالما لم يرد عليه أي مطعن قانوني او واقعي يؤدي الى استبعاده من عداد البينة مما يجعله بينة صالحة للحكم، وحيث إن الخبراء راعوا عند قيامهم بتقدير التعويض الأخذ بعين الاعتبار التعليمات الصادرة عن هيئة تنظيم قطاع الكهرباء ونوع الخط وعرضه ونوع قطعة الأرض وفئة تنظيمها وشكلها وطبوغرافيتها وموقعها ونوعية استخدامها ومدى قربها من الخدمات وأسعار القطع المجاورة)[2]. وفي ذلك جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما مفاده: (لئن كان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع، إلا أنّه متى استخلصت المحكمة ذلك، فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد، هو مسألة قانونية تخضع إلى رقابة محكمة النقض (نقض مدني

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم ٢٠١٨/١٣٢٤ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٣/١١، منشورات مركز عدالة.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم ٢٠١٨/١٣٢٣ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٣/٧، منشورات مركز عدالة.

مصري تاريخ ١٩٧٩/١٢/١٠، س٣٠، ص١٩٧، المكتب الفني، مشـــار إليـــه في: القصاص، ٢٠٠٥، ص١٢٠٦).

وبالتالي نجد بأنّه لا توجد لدى القانون أو الفقه قاعدة تحدد ما يمكن اعتباره من مسائل الواقع، وما يمكن اعتباره من مسائل القانون. وبالتالي ينبغي معرفة المراحل التي يقطعها قاضي الموضوع في سبيل الحكم في الدعوى، ثم ننظر في كل مرحلة على حدة، لتقرير ما إذا كانت مسألة ما واقعية لا تخضع بالنتيجة إلى رقابة محكمة التمييز، أو أنها مسألة قانونية تخضع إلى رقابة محكمة التمييز. فتأتي مسألة مشروعية رقابة محكمة التمييز (النقض) على الواقع إذاً من اعتبار هذه الواقعة أو تلك مسألة قانونية، من حيث تقدير القاضي للواقع وفهمه، فلا تكون الواقعة عديمة الوجود، أو متناقضة لم تثبت في حكمه، أو محصلة من غير طريق الخصوم أنفسهم، أو مخالفة لما هو ثابت في الحكم (أي عدم كفاية الأسباب الواقعية)، فتستند رقابة محكمة التمييز على الواقع عند عدم كفاية الأسباب الواقعية.

فيجب على قاضي الموضوع، بالنتيجة، بيان الواقعة التي استخلص حكمه منها، وكما استقرت في ضمير المحكمة من مصادر الواقع التي بُنيّ عليها الحكم، وأن يبين الأدلة التي استند إليها، فلا يستند إلى غير الأدلة المقدمة في الدعوى من الخصوم، وبالطريقة التي حددها القانون مسبقاً، ولا أن يقضي بعلمه الشخصي للوقائع في الدعوى، كما يجب على قاضي الموضوع بيان مضمون كل دليل من أدلة الدعوى، فلا يحق له أن يستند إلى أدلة تخالف قواعد الإثبات، ويجب عليه أن يتبع إجراءات قانونية مفروضة في تقديم الحكم وتحقيقه، واستنباطه منها، وأن لا يخالف الثابت في الأوراق، وأن يرد على دفوع الخصوم الجوهرية التي من شأنها أن تغير الحكم لو صحت. وعلى القاضي كذلك، أن يبتعد في حكمه عن حالات البطلان، سواءً أكانت لعيبٍ في الإجراء من قبيل مخالفة إجراءات إصدار الحكم، أو وجود عيبٍ في تدوين الحكم، والذي نص عليه القانون، أي أن يصدر الحكم بالطريقة التي حددها القانون (المادة ١٦٠ من الأصول المدنية الأردني). حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية القول بأنه: (وإن كان من المبادئ القانونية التي اتفق عليها إجماع الفقه والقضاء أنّ قاضي الموضوع حرٌ في تقدير الدليل المقدم له، بأخذه إذا اقتنع به أو بطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانه، وأنه ليس لمحكمة التمييز أن تستأنف النظر في الموازنة والترجيح والتعليل فيما قد يكون قدمه الخصوم للمحكمة من الدلائل والبينات لوقائع الدعوى أو نفيها، إلا أنّه من المتفق عليه أيضاً أنّه تستثنى من هذا المبدأ صورة واحدة هي أن تثبت المحكمة مصدراً للواقعة التي تستخلصها لا أن يكون وهمياً لا وجود له أو أن يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته الحكم أو غير مناقض ولكنه مستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه

كما فعلت المحكمة)[1]. وبرأينا، أنّ محكمة التمييز وفقاً للقرار السابق، تراقب الواقع للتثبت من أنّ الواقعة موجودة، وغير مناقضة لما أثبته الحكم، وغير مستحيلة عقلاً لاستخلاص الواقعة منها. ضف إلى ذلك؛ وجوب مراعاة نص المادة (٢٧) من الدستور الأردني، التي توجب أن يصدر الحكم باسم جلالة الملك حفظة الله ورعاه، فإذا خالف القاضي ذلك، يكون حكمه عرضه إلى النقض من محكمة التمييز. كما ويكون لمحكمة التمييز سلطة في الرقابة على الوقائع، من حيث التثبت من مصدر الواقعة، فلا تكون وهمية أو لا وجود لها أو مستحيلة عقلاً، أو مناقضة لما أثبته الحكم. وتهدف هذه الرقابة إلى تحقيق العدالة، خاصة مع النظرة إلى محكمة التمييز من جانب المتداعين، على أساس أنها رأس مال الهرم القضائي، وأنها هي التي تتولى تحقيق العدالة في قضائها، كما يدخل حكمها الطمأنينة في نفوس الأطراف بصفتها المحكمة الأعلى وحكمها هو الأصوب.

النتـــائج:

يتمحور موضوع هذا البحث بشكل كامل حول سلطة محكمة التمييز في الرقابة على وقائع الحكم استثناءا. والملاحظ مراراً وتكراراً النهج غير المستقر لتلك المحكمة في التعامل مع مســـائل الواقـــع لسبب أن مسائل الواقع في جلّها من إطلاقات محاكم الموضوع دون معقب، ويمكننا إجمالاً أن نختصر أبرز النتائج المستخلصة من هذه الدراسة فيما يلي:

١- إن اختصاص محكمة التمييز الحصري الممنوح لها بموجب القانون غير كافٍ لبسط الرقابة على كافة جوانب القرارات القضائية ،فلا يمكن لها معالجة الخلل في الوقائع مهمـــا بلغـــت جســـامتها وحتى لو كان الخطأ ظاهراً من خلال الأوراق بشكل جليّ، ومحكمتي النقض السورية والمصرية ومحكمة التمييز الاردنية تدخلتا بشكل نادر أحياناً لتصحيح الخطأ الواقعي المرتبط بالسلطة التامة لمحكمة الموضوع، على أن هذه المحاولات القليلة والخجولة غير كافية للنهوض بالعدد الكبير من الأخطاء وتصحيحها ومن الواجب أن تكون هناك وسيلة دائمة لمعالجة الخلل في الواقع عند نظر الطعون أما هذه المحكمة.

٢- محكمة التمييز محكمة قانون من حيث الأصل إلا أن هذه القاعدة لهـــا اســـتثناءات، والاجتهـــاد القضائي قد وسع نطاق رقابة هذه المحكمة بشكل ضيق ليشمل جوانب من الوقائع وبشكل غيـــر

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠٠١/٨٢، تاريخ ٢٠٠١/١/٢٦، منشورات مركز عدالة.

مباشر. والمدخل الأبرز للرقابة يتجلى في الرقابة على عمليتي التكييف والتسبيب في ظل قرارات محكمتي النقض في سوريا ومصر.

٣- يتوجب على أعضاء محكمة التمييز الاردنية ومحكمتي النقض السورية والمصرية عند نظر طعن يحتوي على وقائع أن يتحرى اتجاه وموقف المحكمة العليا(نقض او تمييز) تجاه نفس النوع من الوقائع، لمعرفة إذا كانت تراقبه أم لا كون الوقائع غير مقننة رغم شيوع وتكرار بعضها، إذ أن الاجتهاد القضائي ملزم للقاضي من الناحية العملية، أما إذا واجه حالة واقعية جديدة(كون الوقائع لا تخضع لحصر) فعليه أن يرجع للمعايير الفقهية للتمييز بين مسائل الواقع والقانون، لمعرفة تصنيف هذه الحالة هل هي واقع أو قانون لتقدير مدى رقابة محكمة التمييز (النقض) عليها، وإذا توصل إلى أن الحالة قد اختلط فيها الواقع والقانون ولم يحددها الاجتهاد القضائي أو الفقه، فيجب عندها مراقبة المسألة المختلطة بشكل جزئي أي الشق القانوني فيها إن أمكن ذلك، وإلا فتتم بسط الحالة كاملة بشقيها، وبالطبع يجب أن تكون الحالة قد طرحت سابقاً على محكمة الموضوع لأن المحكمة العليا لا تنظر الأسباب الجديدة باستثناء الأسباب القانونية الصرفة والمتعلقة بالنظام العام وبشرط أن لا تكون مختلطة مع الواقع.

التوصيات:

تشوب التشريعات العربية ومنها التشريع الاردني والسوري والمصري قصور في التعامل مع مسائل الواقع المعروضة على القضاء في هذه البلاد، وكان الأجدر بالمشرعين التعامل معها في نطاق ولو بشكل محدود لضمان السير بنهج موحد في معالجة الوقائع ورقابتها بالشكل الأمثل وليكون الخصوم على اطلاع مسبق بنتائج النظر في دعاواهم وطعونهم، فالوقائع لم تأخذ القدر الكافي من القواعد التي تنظم سيرها. ونشير الى جملة من التوصيات نقترح على المشرع الاردني والمشرعان السوري والمصري الأخذ بها ضمانا لحسن سير العملية القضائية واهمها:

١- جاء المشرعان السوري والمصري بحالات حصرية للطعن في قانون الأصول، ويتوجب على الطاعن التقيد بهذه الأسباب، والملاحظ أن هذه الحالات الحصرية قاصرة ولا تستوعب جميع الحالات في الواقع العملي كتشويه الوقائع والفساد في الإستدلال وغيرها، ومحكمتا النقض في سورية ومصر و محكمة التمييز في لبنان تردّ الحالة المعروضة أمامها عند عدم تطابقها مع الحالات الحصرية لحالة مخالفة القانون، على أنه من الأفضل سلوك أحد طريقين بالنسبة لتحديد حالات الطعن، فإما اعتماد حالة مخالفة القانون كحالة عامة شامل تستغرق جميع الحالات دون

تمييز ويمكن رد أي حالة مستجدة إليها كما فعل المشرع الفرنسي في المادة٦٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

٢- هناك الكثير من مسائل الواقع المتكررة بشكل دائم وهي ركن أساسي في البنية الهيكلية للدعاوى القضائية، والقانون لم يتدخل بالوقائع، فهي موجودة بشكل متناثر في الاجتهاد القضائي، فكما نعلم تتكون الدعاوى من مسائل واقع وقانون، والوقائع لا تخضع لرقابة النقض من حيث الأصل، على أن هذه القاعدة غير دقيقة فمحكمة القانون تتطرق للشق الواقعي بنطاق مرسوم وخصوصاً في الوقائع الشائعة لذلك يجب إيجاد مفهوم لها ولا بد من جمعها بغية فرزها اعتماداً على القواسم المشتركة فيما بينها، خصوصاً تلك التي أخضعها الاجتهاد القضائي المستقر لعملية الرقابة من قبل المحاكم العليا، أي أن هناك بعض الوقائع الشائعة التي تخضع للرقابة وهذه بالذات يجب تقنينها، وأن يتم وضع نماذج لها على سبيل المثال لا الحصر مستمدة من اجتهادات النقض المستقرة، كي يعرف الخصوم والقضاة المسلك الصحيح في فرزها عند نظر الدعوى، ولم يتعرض المشرعان السوري والاردني للوقائع بشكل صريح، وكان من الممكن إفراد بعض التفصيلات الهامة لها، كما فعل المشرع الفرنسي في عدد من المواد، وفيما يلي مقترح لنص مادة متعلقة بمسائل الواقع:

محكمة النقض أو التمييز محكمة قانون لا تنظر مسائل الواقع، ويستثنى من ذلك الحالات التالية:

أ- التكييف ب- الفساد في الإستدلال ج- تشويه الوقائع والمستندات

ولا تنظر محكمة التمييز الأسباب أو الدفوع أو الأدلة الجديدة مالم يتم مناقشة أساسها الواقعي أمام محكمة الموضوع، على أن هذه الحالة لا تأخذ على إطلاقها إذ يستثنى منها حالة إثارة سبب قانوني صرف أو ناشئ عن ذات القرار الطعين أو سبب متعلق بالنظام العام، ولم يعالج المشرعان السوري والاردني وكذلك اللبناني الاستثناءات الواردة على الأسباب الجديدة (باستثناء الأسباب المتعلقة بالنظام العام) والتي يسمح بموجبها لمحكمة النقض أو التمييز بنظر الوجه الجديد للسبب أو الدفع المعروض عليها، وقد جاء الاجتهاد القضائي باعتبار بعض المسائل متعلقة بالنظام العام وتجوز اثارتها لدى محكمة النقض أو التمييز لأول مرة . ومن المفترض بالمشرعان الأردني والسوري توسيع المواد المتعلقة بحظر الأسباب الجديدة وإضافة استثناءات كما فعل المشرع اللبناني في المادة ٧٢٨ والمشرع الفرنسي في المادة ٦١٩ من قانون الإجراءات المدنية.

المـــراجع

أولا: المراجع العربية العامة

د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون رقـم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ – ٢٠١٠.

د. أحمد الهندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية – الدار الجامعية – بيروت – الطبعة الأولـى– ١٩٨٩.

د. أحمد خليل – أصول المحاكمات المدنية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠١.

أحمد جلال الدين هلالي، قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية – الهيئة العامة المصـرية للكتاب، ١٩٧٧.

أديب استانبولي، المجموعة الحقوقية في قضايا أصول المحاكمات المدنية والمواد التجارية – الجـزء الرابع، الطبعة الأولى، عام ٢٠٠٠.

بدوي حنا، محاكمات مدنية (اجتهادات – دراسـات – نصـوص) منشـورات الحلبـي الحقوقيـة – بيروت١٩٩٩.

د. عزمي عبد الفتاح – تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية – الطبعة الأولى – دار الفكر العربي– ١٩٨٣.

د. محـمد أديب الحسيني:

أ – الإثبات في القضايا المدنية والتجارية اجتهادات محكمة النقض السورية، الجـزء الثـاني، دار اليقظة العربية – ٢٠٠٩.

ب – موسوعة القضاء المدني، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ٢٠٠٢، والجزء الثاني، ٢٠٠٤.

محمد حاتم البيات النظرية العامة للالتزام المصادر غي الارادية، منشورات كلية الحقوق– جامعـة دمشق ٢٠١٦.

الزعبي، عوض أحمد (٢٠١٠). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط٢، عمان: دار إثراء للنشر والتوزيع.

ثانياً: المراجع العربية الخاصة:

أنور طلبه، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى – منشورات المكتب الجـامعي الحديث – الإسكندرية – ٢٠٠٤.

د. ادوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ – الجزء السادس (التمييز) القسـم الأول، والجزء السادس عشر (الاثبات) ١٩٨٦.

د. محمد حامد فهمي، المستشار حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية – لجنة التأليف والطباعة والنشر، مصر – دون تاريخ.

محمد رعدون، رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع – الطبعة الأولى – الناشر المكتبة القانونية، دمشق – ٢٠١٠.

د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات – دار الفكر العربي – ١٩٨٢.

د. نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٠.

مرسال جورج. السيوفي، اختصاصات محكمة التمييز، بيروت: مطبعة الجامعة، ١٩٩٤.

أحمد السيد صاوي نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

عبد الفتاح، عزمي. تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨٣.

عمر، نبيل إسماعيل الوسيط في الطعن بالنقض، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

محمد، أمين مصطفى، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

أحمد مليجي أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨٨.

ثالثا: الرسائل الجامعية والابحاث القانونية:

عبد الكريم أبو شنب، مدى التزام محكمة التمييز باختصاصها المحدد في قانون أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان. ٢٠١٢

محمد فايز الإسبر، دور محكمة النقض بين الواقع والقانون في المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، بيروت، ٢٠١٢.

نهاد سعيد الرملاوي، أسباب الطعن بالنقض في ضوء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٤.

حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،٢٠٠٥-٢٠١١.

عبد المنعم عبد الوهاب محمد، الإقرار في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، أطروحة دكتوراه، جامعة سانت كليمنتس، ٢٠١٤.

محمود بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في كلية الشريعة بجامعة دمشق، الناشر دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

أحمد محمد مليجي، تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد الأول، ١٩٨٧.

محمدحاتم البيات، مدى دور القاضي وسلطة المتقاضي في بيئة القضاء المدني، المجلة القانونية والقضائية الصادرة عن مركز الدراسات القانونية في وزارة العدل القطرية، العدد الثاني، المجلد الأول، ص٢١٣، عام ٢٠٠٧.

منصور حاتم محسن، د. هادي حسين الكعبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، مجلة المحقق الحلي للعلـــوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الأولـــى ٢٠٠٩.

هادي حسين الكعبي، علي فيصل نوري، تسبيب الأحكام المدنية، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السادسة.

رابعا: المجلات والنشرات القانونية:

مجلة العدل اللبنانية، مجلة نقابة المحامين في بيروت، السنة ٤٤، العدد الثاني ٢٠١٠.

مجلة المحامون، صادرة عن نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، عـــام ٢٠٠٣ العـــددان الخامس والسادس، العددان السابع والثامن لعام ٢٠٠٩، العددان التاسع والعاشر لعـــام ٢٠١١، الأعداد ٧حتى١٢ لعام ٢٠١٣، الأعداد من ١ حتى٦ لعامي ٢٠١٥ و٢٠١٦و٢٠١٧.

المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية – في الفترة من أول أكتوبر ٢٠١٠ لغايـــة آخـــر سبتمبر ٢٠١١ – وفي الفترة من أول أكتوبر ٢٠١١ لغاية آخر سبتمبر ٢٠١٢.٢٠١٣.

خامسا: القوانين:

١– قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم ١ لعام ٢٠١٦ وتعديلاته لعام ٢٠١٦.

٢– قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٣ لعام ١٩٦٨ وتعديلاته حتى عام ٢٠٠٧.

٣– قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لعام ١٩٨٣ وتعديلاته حتى عام ٢٠١١.

٤– قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد وجميع تعديلاته. لغاية عام ٢٠١٤.

٥– قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني وتعديلاته لعام ٢٠١٧.

سادساً: المواقع الإلكترونية:

١– الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

(http://www.cc.gov.eg)

٢–الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية:

(http://www.courdecassation.fr)

٣-الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية:

(http://www.univ-rouen.fr)

٤-الموقع الرسمي للمكتبة الوطنية الفرنسية (La Bibliothèque nationale de France):

(http://www.bnf.fr)

سابعا: المراجع باللغة الفرنسية:

Bellet P., La Cour de cassation, in Revue internationale de droit comparé, vol. 30, n°1, Janvier-mars 1978.

Cournot A.-A., Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique, tome 2, Paris, 1851.

Crépon T., Cour de cassation, origines, organisation, attributions, du pourvoi en cassation en matière civile, tome troisième - L. Larose & Forcel, Éditeurs, Paris, 1892.

Damette E., Didactique du français juridique, Paris, L'harmattan, 2007.

Martin F.-E., Ordre public substantiel et office du juge, thèse de doctorat en droit privé, l'Université de Rouen, Soutenue en 1994.

Schupbach H., Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse pour le doctorat, la Faculté de droit, Université de Neuchâtel, Lausanne, 1961.

SelÇuk S., les voies de recours en France, sans date.

ثامناً: المجلات والنشرات باللغة الفرنسية:

Aubert J.-L, La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, Intervention publié dans l'officielle web site de Cour de cassation français, 2005.

Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Delta, 1998.

Pinard D., Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés, les cahiers de droit, vol. 30, n° 1, 1989.

Rousseau G., Le recours en cassation dans le contentieux municipal, Les Cahiers de droit, vol. 21, n° 3-4, 1980.

الاستقالة كسبب من أسباب انتهاء الخدمة الوظيفية في التشريع البحريني (دراسة مقارنة)

د. رمزي محمود هيلات*

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/٩/٢٣م. تاريخ القبول: ٢٠٢٠/٢/٢٥م.

ملخص

تعتبر الاستقالة سبب من أسباب إنهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف العام والإدارة، وللتعريف بها وبيان أنواعها، وسلطة الإدارة في قبولها أو رفضها أو إرجائها والآثار المترتبة عليها كانت هذه الدراسة، والتي خلصت إلى أن المشرعين البحريني والمصري قد أخذا بالاستقالة الضمنية بعكس المشرع الأردني، وقد تمت الإشارة في سياق هذا البحث إلى بعض الملاحظات على هذا النوع من الاستقالة.

كما خلصت هذه الدراسة إلى أن الاستقالة حق مشروع للموظف العام كفله الدستور والقانون ضمن ضوابط معينة. وبالمقابل منح المشرع الإدارة سلطة تقديرية في قبولها أو إرجائها، دون أن يقر صراحة بحقها في رفضها، وذلك كنوع من أنواع التوازن بين الصالح العام، والذي يتمثل في حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد. والصالح الخاص في تحقيق رغبة الموظف وعدم إلزامه بعمل لا يريده، وأخيراً، تم الإشارة إلى مجموعة من الآثار القانونية والإدارية والمالية المترتبة عليها.

* قسم القانون العام، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Resignation as a Reason for Termination of Employment in Bahraini Legislation

(Comparative Study)

Dr. Ramzi Mahmoud Haylaat

Abstract

Resignation is considered as one of the reasons for the termination of the functional relationships between the public employee and the administration. This study aims at identifying the meaning of resignation, indicating its types, the administration's authority of wether accepting, rejecting or postponing it and its implications. This study concluded that, unlike the Jordanian legislator, the Bahraini and Egyptian legislators have enacted the implicit resignation.

Furthermore, the study concluded that the resignation is a legitimate right of the public employee guaranteed by the constitution and the law within certain regulations. In return, the legislator gave the administration the discretionary authority to accept or postpone it without expressly recognizing its right of rejecting it as a kind of balance between the public interest, which is represented in the regular functioning of the public facility, and the private interest, which is represented in not obligating the public official to do something that he does not want to do.

Finally, a number of legal, administrative and financial implications were discussed that resulted from resignation.

المقدمة:

تقوم الإدارة بالعديد من المهام والأنشطة تتمثل في تنفيذ القوانين والمحافظة على النظام العام بعناصره الأربعة (الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة والآداب والأخلاق العامة) وتقديم الخدمات العامة للأفراد وإشباع حاجاتهم ورعاية مصالحهم، ولضمان تحقيق ذلك تقوم الإدارة بتعيين عدد كبير من الموظفين يعملون بأسمها ولحسابها، حيث تبدأ الحياة الوظيفية للموظف من تاريخ صدور القرار الإداري بتعيينه من قبل السلطة الإدارية المختصة ومباشرته العمل وتستمر إلى أن تنتهي بسبب من أسباب الانتهاء.

وأسباب أنتهاء الخدمة تأخذ صوراً وأشكالاً متعددة، منها ما يكون بحكم القانون، وذلك بأن تنتهي الخدمة بتحقق واقعة معينة حددها القانون كبلوغ الموظف السن القانونية للتقاعد، أو الحكم عليه بعقوبة جنائية في جناية مخلة بالشرف أو الأمانة.

ومنها ما يكون بالإرادة المنفردة للإدارة كما في حالة الفصل التأديبي عند ارتكاب الموظف جريمة تأديبية تقتضي ذلك، أو قيام الإدارة بإلغاء الوظيفة الملحق بها الموظف لأمر تقتضيه المصلحة العامة.

ومنها ما يكون بإرادة الموظف عندما يعلن عن رغبته في ترك العمل بصورة نهائية وذلك من خلال التقدم بطلب الموافقة على استقالته لدى الجهة الإدارية المختصة.

ونظراً لأهمية مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد وما يؤديها من خدمات اجتماعية، فقد ارتأى المشرع أن تكون علاقة الموظف بالدولة علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، الأمر الذي ينتج عنه، أنه ليس للموظف الحق المطلق في إنهاء الرابطة الوظيفية، بل ترد عليه بعض القيود والضوابط، وذلك للتوفيق بين ما للموظف العام من حق في الاستقالة، وحق المجتمع في الحصول على الخدمة العامة التي يؤديها المرفق العام.

أهمية الدراسة:

تعتبر الاستقالة سبباً من الاسباب التي تنتهي بها خدمة الموظف العام وهي حق للموظف في ترك العمل بصورة نهائية، من منطلق أنه لا يجوز إجبار الشخص على القيام بعمل رغماً عنه، وبالمقابل حرص المشرع على دوام سير المرفق بإنتظام وإطراد، بإن أوجد نوع من أنواع التوازن في هذا الأمر.

إشكالية الدراسة:

نظراً لأهمية المرفق العام في حياة المجتمعات وما يقدمه من خدمات عامة لهم وأثر استقالة الموظف على ذلك، فهل أوجد المشرع في مملكة البحرين وغيرها من الدول المقارنة خاصة فى كل من مصر والأردن نوع من التوازن بين حق الموظف في الاستقالة واستمرارية عمل المرفق العام؟

وهل كان المشرع في مملكة البحرين وبعض الدول المقارنة موفقاً في الأخذ بالاستقالة الضمنية وما يترتب عليها من آثار ونتائج مشابهة للاستقالة الصريحة؟

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن لقناعته بأن هذا المنهج يعمل على إثراء الدراسة مما يتطلب ذلك الرجوع إلى التشريعات في الدول المقارنة والتي تنظم الاستقالة وتحليلها ومقارنتها بما أخذ به المشرع البحريني من حيث أوجه التشابه والاختلاف بينها والتركيز على ما هو الأفضل والأجدر اتباعه من قبل المشرع البحريني.

محددات الدراسة:

هنك أسباب متعددة ومتنوعة لأنتهاء الخدمة الوظيفية، كما أشرنا في مقدمة هذه الدراسة، إلا أن هذه الدراسة ستقتصر على أحد هذه الأسباب وهي الاستقالة فقط، والتي يبدي فيها الموظف رغبته الأكيدة في ترك العمل في المرفق بصورة نهائية.

خطة الدراسة:

تم تقسيم هذ الدراسة إلى أربعة مباحث رئيسة، تناول الباحث في الأول منها، تعريف الاستقالة ومدى اختلافها عن الاضراب، وفي الثاني أنواع الاستقالة، وفي الثالث سلطة الإدارة في قبول أو رفض الاستقالة، وفي الرابع آثار الاستقالة.

المبحث الأول: تعريف الاستقالة ومدى اختلافها عن الإضراب

لدراسة هذا المبحث سوف يتم تقسيمه إلى مطلبين، في المطلب الأول يدرس تعريف الاستقالة، وفي المطلب الثاني اختلاف الاستقالة عن الإضراب.

المطلب الأول: تعريف الاستقالة

أمام عزوف المشرع البحريني وكذلك في الدول المقارنة عن تعريف الاستقالة، تولى الفقه هذا الجانب حيث تعددت التعريفات الفقهية للاستقالة، فنجد الفقيه الفرنسي رولاند (Roland) قد عرفها بأنها عبارة عن تعبير الموظف صراحة عن نيته في ترك الخدمة نهائياً[١].

وعرفها الدكتور مازن ليلو راضى بأنها (أن يتقدم الموظف بطلب مكتوب للجهة الإدارية المختصة يطلب فيها ترك الخدمة ولا تنتهي خدمة الموظف إلا بعد صدور قرار من الإدارة بقبول طلبه[٢]. وعرفها كذلك الدكتور عادل الطبطباني بأنها رغبة الموظف الحرة بترك وظيفته قبل السن المقررة لانتهاء الخدمة مع موافقة جهة الإدارة على ذلك؛ فالاستقالة عبارة عن عمل إرادي من جانب الموظف يعلن فيه رغبته في ترك الخدمة لأسباب معينة[٣].

أما الدكتور نواف كنعان فقد عرفها بأنها تعني ترك الموظف لوظيفته بحريته وبصفة نهائية، وذلك بموجب طلب مقدم من الموظف إلى جهة الإدارة يعرب فيه عن رغبته في ترك الخدمة بصفة نهائية[٤].

واستناداً على ما تقدم من تعريفات متعددة للاستقالة، والمتشابهة، يمكن القول بأن الاستقالة هي عبارة عن إعلان الموظف عن إرادته الصريحة والحرة في ترك الخدمة الوظيفية بصورة نهائية ولأسباب معينة. ولا تنتج أثارها لا من تاريخ قبولها من الجهة الإدارية المختصة وللموظف الحق العدول عنها قبل قبولها.

وبناءً على ما سبق فإن الاستقالة تتكون من عنصرين هما[٥]: طلب الاستقالة، وقبول الاستقالة، فعلى الموظف أن يتقدم بطلب الاستقالة إلى الجهة الإدارية المختصة، ويتضمن الإعلان عن رغبته في ترك الوظيفة وإنهاء الرابطة الوظيفية مع الإدارة، وقبولها من قبل الإدارة المختصة.

(١) د. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص٤١.

(٢) د. مازن ليلو راضى، الوسيط فى القانون الإدارى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ٢٠١٣، ص٢١٣.

(٣) د. عادل الطبطباني، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص٦٣١.

(٤) د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الآفاق المشرقة، ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢، ص٢٠١.

(٥) د. عادل الطبطباني، المرجع السابق، ص٦٣٢.

المطلب الثاني: اختلاف الاستقالة عن الإضراب

هناك بعض الأنظمة قد تتشابه مع الاستقالة من حيث ترك العمل ومدى تأثير ذلك على سير المرفق العام وهي الإضراب.

ذكرنا سابقاً أن الاستقالة تعني إبداء الموظف رغبته في ترك العمل بصورة نهائية، وهي بذلك تختلف عن الإضراب والذي يعني توقف العاملين في المرافق العامة عن أداء واجباتهم الوظيفية بصورة مؤقتة بهدف الضغط على الإدارة من أجل تحقيق مطالب خاصة بهم تتعلق بأوضاعهم الوظيفية[١]، أو بقصد إظهار استيائهم أو سخطهم على تصرف معين من تصرفات الحكومة وإرغامها على إجابة مطالبهم.

والإضراب بهذا المعنى يختلف عن الاستقالة كونه ترك للعمل بشكل عشوائي مؤقت من أجل الحصول على مطالب معينة، أو قد يكون من أجل إحداث إرباك في العمل لدى المرفق العام، وبناءً على ذلك يُعد من أخطر الوسائل التي قد يلجأ إليها الموظفون للإضرار بالمرافق العامة حيث يحول دون إيصال الخدمة للأفراد. خاصة في المرافق العامة القومية كمرفق الأمن والدفاع، والعدالة والصحة والتعليم وغيرها، فهو يتناقض مع مبدأ دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد[٢]، لذلك فإن معظم التشريعات تحرمه وتعتبره مخالفة جسيمة تؤدي إلى حرمان الموظفين من ضماناتهم التأديبية، ففي فرنسا ولغاية عام ١٩٤٦ كان الإضراب يتناقض بصورة صريحة مع مبدأ دوام سير المرافق العامة وأن إضراب موظف المرافق العامة يشكل خطأ بل جريمة تبرر عزل الموظف دون مراعاة ضمانات التأديب إلا أن الأمر أختلف بعد ذلك عندما اعترفت مقدمة دستور عام ١٩٤٦ بحق الإضراب لموظف المرافق العامة، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع الفرنسي قد أصدر العديد من التشريعات التي تحظر فيها الإضراب على فئات من الموظفين، مثل العاملين في أجهزة الأمن العام والقضاة النظاميين والعسكريين ومراقبي وفنيي ومهندسي الملاحة الجوية، كما أن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بحق الإضراب للعاملين في المرافق العامة شريطة التوفيق بين هذا الحق وبين دوام سير المرافق العامة، وأن من حق الحكومة أن تلجأ إلى الجوانب التشريعية من أجل إيجاد هذا التوافق[٣].

ومن جهة أخرى أصدر المشرع الفرنسي بتاريخ ٣١/ ٧/ ١٩٦٣ قانون تنظيم حق الموظفين بالمرافق العامة لممارسة حقهم في الإضراب، حيث حظر الإضرابات المفاجئة التي تؤدي إلى تعطيل

(١) د. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص٣٣٤.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الإداري البحريني، منشورات جامعة البحرين، ٢٠٠٧، ص٣٤١.

(٣) د. مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص٣٣٤- ٣٣٥.

المرافق العامة، وأوجب على النقابات التي تتبنى الإضراب أن تخبر السلطات الرئاسية المعنية قبل خمسة أيام على الأقل من تاريخ بدء الإضراب[١].

وفي مصر فالإضراب غير محرم بشكل مطلق وإن كان محظور من الناحية الفعلية[٢]، أما المشرع الأردني فقد حرم الإضراب على الموظفين العموميين حيث نصت المادة ٦٨/ج من نظام الخدمة المدنية لعام ٢٠١٤ على أنه "يحظر على الموظف وتحت طائلة المسؤولية التأديبية الإقدام على أي من الأعمال التالية:

ج- استغلال وظيفته لخدمة أغراض أو أهداف حزبية أو جهوية أو القيام بأي نشاط من شانه الإخلال بالواجبات الوظيفية أو تعطيل مصالح المواطنين والمجتمع أثناء الدوام الرسمي بما في ذلك الإضراب عن العمل".

وكذلك المشرع البحريني فقد حرّم الإضراب بمقتضى المواد (٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥) من المرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون العقوبات وتعديلاته.

حيث نصت المادة (٢٩٣) على أنه: "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين العموميين عملهم ولو في صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم، متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تجاوز سنة، وتكون العقوبة الحبس إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطرابًا أو فتنه بين الناس، أو إذا عطَّل مصلحة عامة أو إذا كان الجاني محرضاً.

ونصت المادة (٢٩٤) على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تجاوز خمسين دينارًا كل موظف عام ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمل أو الإخلال بانتظامه. وإذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر، أو كان من شأنه أن يحدث اضطراباً أو فتنة بين الناس، أو إذا عطل مصلحة عامة، أو إذا كان الجاني محرضاً، عدّ ذلك ظرفاً مشدداً".

ويلاحظ هنا أن المشرع البحريني قد فرق بين الإضراب الجماعي الذي يقع من ثلاثة موظفين وأكثر وبين الإضراب الذي يقع من موظف واحد؛ حيث جعل العقوبة في الأولى مدة لا تزيد عن سنة

(١) د. مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص٣٣٥.

(٢) د. حمدي سليمان القبيلات، إنقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص١٧٥.

وفي الثانية الحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر، أو غرامة لا تتجاوز الخمسين دينار، وذلك لتقديره أن الإضراب الجماعي يشكل خطورة أكثر على سير المرافق العامة وتقديم الخدمة العامة للمواطنين[1].

وهناك ملاحظة أخرى وهي أن المشرع البحريني لم يكتف بتحريم الإضراب الجماعي أو الفردي بل حرّم أيضاً التحريض عليه وهذا ما يستدل عليه من نص المادة (٢٩٥)، والتي نصت على أنه: "يعاقب بالعقوبة المقررة بالفقرة الأولى من المادة السابقة من حرض موظفاً عاماً أو أكثر بأي طريقة كانت على ترك العمل أو الامتناع عن تأدية واجب من واجبات الوظيفة إذا لم يترتب على تحريضه أي نتيجة".

ومن الجدير بالذكر هنا أن مملكة البحرين قد انضمت للاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتي اقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ والتي نصت في المادة (٨) منها فقرة (د) على أن: "تتعهد الدول الأطراف في هذا العقد بكفالة ما يلي: د- حق الإضراب، شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني".

وذلك بموجب القانون رقم (١٠) لسنة (٢٠٠٧) والذي نص في المادة الأولى منه على: "..... إن التزام ممكلة البحرين بتطبيق البند (د) من الفقرة (١) من المادة (٨) من هذا العهد لا يخل بحقها في حظر الإضراب في المرافق الحيوية الهامة.

وعلى الرغم مما سبق فإن المشرع البحريني أباح الإضراب للعمال واعتبره وسيلة مشروعة لتمكين العمال من الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم وذلك بموجب المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم (٣٣) لسنة (٢٠٠٢) بإصدار النقابة العمالية حيث نصت على أن "الإضراب وسيلة مشروعة للدفاع عن حقوق العمال ومصالحهم وفق ضوابط معينة".

المبحث الثاني: أنواع الاستقالة

هناك أنواع متعددة للاستقالة، فإذا ما أعلن الموظف عن رغبته في ترك الخدمة الوظيفية نهائياً نكون هنا أمام الاستقالة الصريحة.

وقد يقوم الموظف ببعض التصرفات أو بسلوك معين، يكون هذا السلوك في نظر المشرع قرينة على اعتبار خدمة الموظف منتهية، وهي ما تعرف بالاستقالة الضمنية أو الحكمية، هذا على المستوى الفردي، وإلى جانب ذلك، إذا ما أتفق مجموعة من الموظفين على تقديم استقالتهم في آن واحد، وبهدف

(١) د. رمزى هيلات، قانـــون إدارى الكتاب الأول، منشـــورات جامعة العلوم التطبيقية مملكة البحرين، الطبعة الأولـــى ٢٠١٥ ص ٢٠٤-٢٠٥.

الضغط على الإدارة لتحقيق غرض معين، نكون أمام ما يعرف بالإستقالة الجماعية، وأخيراً هناك الاستقالة التيسيرية أو التشجيعية وهي التي يسمح بها للموظف بترك الخدمة قبل بلوغه السن المقررة لذلك".

وسوف يتم دراسة هذه الأنواع من الاستقالة بنوع من التفصيل ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: الاستقالة الصريحة

وهي التي تتم من خلال طلب خطي يتقدم به الموظف إلى الإدارة العامة مبدياً رغبته في ترك الخدمة الوظيفية بشكل نهائي.

وبالرغم من أن الاستقالة هي حق مشروع للموظف يستطيع أن يتقدم به في أي وقت ما لم يتخللها عمل يحرمه القانون، كون إجبار الموظف على العمل أمر يتنافى مع حرية العمل التي كفلتها سائر الدساتير، إلا أن المشرع في كافة الدول أحاطها بالعديد من الضوابط حرصاً منه على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فقد استقر الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا منذ أمد بعيد على أن علاقة الموظف بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم استقالته، بل بقبولها، وبمعنى آخر، على الموظف الذى قدم طلب الاستقالة أن يستمر في أداء عمله حتى تخطره الإدارة بقبول استقالته والاستغناء عن خدماته، ومسايرة لكافة التشريعات المقارنة[١]، نظم المشرع البحريني الاستقالة في المادة (٢٧) من المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة (٢٠١٠) بإصدار قانون الخدمة المدنية[٢].

---

(١) أنظر المواد (١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦.

وكذلك المادة (١٦٧) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته الأخيرة.

(٢)

١. للموظف أن يقدم استقالته من وظيفته، ويكون طلب الاستقالة مكتوباً وغير معلق على شرط أو مقترناً بقيد وإلا اعتبر الطلب كأن لم يكن.
٢. لا تنتهي خدمة الموظف إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة.
٣. يجب البت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون، وذلك ما لم يكن الموظف محالاً إلى التحقيق.
٤. مع عدم الإخلال بالبند (٣) من هذه المادة يحق للسلطة المختصة تأجيل قبول استقالة الموظف في بعض الوظائف التي يترتب على قبول الاستقالة فيها إخلالٌ بحسن سير العمل والتي يحددها الديوان، وذلك لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الاستقالة وإلا أعتبرت خدمة الموظف منتهية بإنقضاء هذه المدة.
٥. يجب أن يستمر الموظف في عمله إلى أن يبلغ إليه قرار قبول الاستقالة أو إنقضاء المدد المشار إليها في البندين (٣) و(٤) من هذه المادة على حسب الأحوال، فإذا كان الموظف محالاً إلى التحقيق فلا تقبل استقالته إلا بعد التصرف في التحقيق بغير جزاء الفصل من الخدمة.

واستناداً إلى ما تقدم يتضح أن الاستقالة الصريحة لها أحكام خاصة في التشريع البحريني والتشريعات المقارنة، وهي:

- أن تكون الاستقالة مكتوبة، ومن ثم فلا يجوز تقديم الاستقالة شفوياً، ولعل الحكمة من ذلك هي إتاحة الفرصة للموظف للتروي قبل تقديم الاستقالة، وكذلك للتأكد من أن الموظف قد تقدم بإستقالته فعلاً، فالقرار الصادر عن الإدارة بقبول استقالة الموظف دون أن يتقدم بذلك قراراً باطلاً وقابلاً للإلغاء، وقد أكدت على ذلك محكمة العدل العليا الأردنية حيث قضت "أن مخالفة مجلس الوزراء للقانون بإصداره قرار بقبول استقالة المستدعي التي لم يقدمها أصلاً لا يجعل قراره منعدماً بل يكون باطلاً وقابلاً للإلغاء"(١).
- أن يكون للموظف الحق في تقديم استقالته بكل حرية دون أن يتعرض لأي ضغط أو إكراه يفسد إرادته، فالاستقالة التي تقدم تحت رهبة تبعثها الإدارة في نفسه تعد باطلة، وكذلك الاستقالة التي تقدم عن إرادة غير واعية أو مدركة للنتائج التي يترتب عليها، وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية بقولها: "يتعين لمشروعية الاستقالة باعتبارها تصرف إرادي أن تصدر عن إرادة حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة وخصوصاً الإكراه، وإلا عد القرار الصادر بقبولها غير مشروع"(٢).
- ألا يكون طلب الاستقالة معلقاً على شرط أو مقترناً بقيد، فإن لم يكن كذلك كان الطلب كأن لم يكن ولا ينتج أي أثر قانوني، ولا تنتهي العلاقة الوظيفية إلا إذا تضمن القرار الصادر بقبول الاستقالة قبول الشرط أو الموافقة على القيد.
- لا تنتهي خدمة الموظف بمجرد تقديم طلب الاستقالة، بل يجب ان يستمر في عمله حتى يصدر قرار من جهة الإدارة بقبول الاستقالة، ويتعين على الإدارة أن تبت بالطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، فإذا قضت تلك المدة ولم يصدر قرار صريح من جهة الإدارة بقبولها أو تأجيلها، كان ذلك قبولاً ضمنياً للاستقالة، هذا هو موقف كل من المشرع المصري والبحريني(٣).

---

(١) قرار المحكمة الادارية الاردنية رقم ٤٢١ على ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٩/٢/٢٩، منشورات قسطاس.
وكذلك قرار محكمة العدل العليا رقم ١٨/ ٩٤ بتاريخ ١٦/ ٥/ ١٩٩٤، منشورات مركز العدالة.

(٢) طعن رقم ٣٢٠٧ لسنة٣٦ق إدارية عليا جلسة ١٩٩٥/١١/٢١ دار العدالة للنشر والتوزيع وكذلك قرار محكمة العدل العليا رقم ١٣/ ٩٧ بتاريخ ٣/ ٦/ ١٩٩٧، منشورات مركز العدالة.

(٣) أنظر المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم ٨١/ لسنة ٢٠١٦.
وكذلك المادة ٢٧/ ٣ من المرسوم بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية البحريني.

أما المشرع الفرنسي فلم يتعرض في قانون الموظفين لهذا الأمر، وكل ما جاء فيه هو وجوب أن تصدر الإدارة قرارها بشأن الاستقالة خلال أربعة أشهر من تاريخ الطلب[١]. ويرى بعض الفقه المصري أن سكوت الإدارة طوال هذه المدة يعد بمثابة قرار ضمني بالرفض ويستدل على ذلك من خلال نص المادة (٥١) من قانون (٣١) تموز لعام (١٩٤٥) المنظم لمجلس الدولة، حيث اعتبرت بشأن سكوت الإدارة مدة أربعة أشهر من تاريخ تقديم الطلب إليها قراراً ضمنياً بالرفض، بالإضافة إلى أن المشرع الفرنسي تطلب في المادة (٣٢) من قانون الموظفين ضرورة صدور قرار صريح من الإدارة بقبول الاستقالة حتى تنتج آثارها في إنهاء خدمة الموظف[٢].

ويختلف المشرع الأردني عن المشرعين المصري والبحريني حيث أعتبر سكوت الإدارة خلال مدة الشهر دون رد بمثابة رفض للاستقالة وليس قبولاً لها. ويعلل الدكتور حمدي سليمان قبيلات ذلك بقوله: "إن هذا الموقف من المشرع الأردني ينسجم مع مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأن الأخذ بفكرة القبول الضمني للاستقالة قد يؤدي إلى الاضرار بسير المرافق العامة، فقد تمضي المدة المحددة في القانون للإدارة لإبداء رأيها بشأن الاستقالة نتيجة إهمال أو تراخي في النظر في هذا الطلب أو بسبب الإجراءات الإدارية في الدائرة المعنية مما يحرم المرافق العامة من خدمات موظفيها بمجرد إنقضاء هذه المدة رغم حاجتها لهم[٣]. أما الدكتور مصلح الصرايرة[٤] فله رأي مخالف لذلك وهو الموقف الذي يؤيده الباحث باعتبار موقف المشرع الأردني من رفض الاستقالة بإنهاء المدة المحددة يتعارض مع الهدف الذي تحدد فيه عادة مدد لاتخاذ القرار، وهو حث الإدارة على الاسراع في اتخاذ القرار وبذلك نتمنى على المشرع الأردني أن يحذو حذو المشرع المصري والبحريني في هذا الأمر في إعتبار إنقضاء المدة المحددة دون رد من قبل الإدارة بمثابة قبول للاستقالة وليس رفضاً لها.

- لا يجوز قبول طلب الاستقالة المقدم من الموظف المحال إلى التحقيق، فالموظف المحال للتحقيق لا تقبل استقالته إلا بعد الانتهاء من عملية التحقيق، فتقديم الاستقالة في هذا الوقت إنما هو دليل

(١) د. حمدي سليمان قبيلات، انقضاء الرابطة الوظيفية، المرجع السابق، ص١٩٢.

(٢) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٤٠٣.

(٣) د. حمدي سليمان قبيلات، المرجع السابق، ص١٩٣.

(٤) د. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الأردني، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص٣٣٧.

على وجود ما يؤكد شبهات الإدارة حيال تصرفه، فإذا انتهى التحقيق إلى عدم مسؤوليته عما نسب إليه، أمكن قبول استقالته.

المطلب الثاني: الاستقالة الضمنية (الحكمية)

ذكرنا سابقاً أن الاستقالة الضمنية هي إتيان الموظف سلوكاً يعد في نظر الإدارة قرينة على اعتبار خدمة الموظف منتهية، وقد نظم المشرع البحريني هذا النوع من الاستقالة في المادة (٢٨) من المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة (٢٠١٠) بإصدار قانون الخدمة المدنية مسايراً في ذلك المشرع المصري[١] بأن نصت على ما يلي: "يعتبر الموظف مستقيلاً إذا انقطع عن عمله بغير إذن أكثر من خمسة عشر يوماً متصلة أو ثلاثين يوماً غير متصلة في السنة ويتعين إنذار الموظف كتابة بعد خمسة أيام في الحالة الأولى وعشرين يوماً في الحالة الثانية.

فإذا قدم الموظف خلال العشرين يوماً التالية ما يثبت أن انقطاعه كان بعذر مقبول يجوز للسلطة المختصة احتساب مدة الانقطاع إجازة سنوية أو مرضية إذا كان له رصيد منها يسمح بذلك وإلا اعتبرت إجازة خاصة من دون راتب[٢].

فإذا لم يقدم الموظف أسباباً تبرر الانقطاع أو قدمها ورفضت اعتبرت خدمته منتهية من تاريخ انقطاعه عن العمل في حالة الانقطاع المتصل، ومن تاريخ إتمام مدة الثلاثين يوماً في حالة الانقطاع غير المتصل".

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع البحريني قد حدد حالتين يتم بهما استقالة الموظف بقوة القانون وهما: حالة انقطاعه عن العمل مدة خمسة عشر يوماً متصلة، وحالة إنقطاعه عن العمل مدة ثلاثين يوماً غير متصلة في السنة دون عذر.

---

(١) نصت المادة رقم ١٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم (٨١) لسنة (٢٠١٦) على ما يلي: "إذا انقطع الموظف عن عمله بدون إذن خمسة عشر يومًا متتالية، ولم يقدم خلال الخمسة عشر يومًا التالية ما يثبت أن انقطاعه كان بعذر مقبول، أو إذا انقطع الموظف عن عمله بدون إذن ثلاثين يومًا غير متصلة في السنة، ولو عوقب تأديبيًا عن مدد الانقطاع غير المتصل، يجب على السلطة المختصة أو من تفوضه إنهاء خدمته من تاريخ انقطاعه المتصل عن العمل، أو من اليوم التالي لاكتمال انقطاعه غير المتصل".

(٢) طعن رقم ٤٣٣٥ سنة ٤٠ق إدارية عليا جلسة ١٩٩٦/١/٣٠. وكذلك الطعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٣٦ق إدارية عليا، جلسة ١٩٩٣/٧/٢٠. وكذلك طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣٤ق إدارية عليا جلسة ١٩٩١/٣/٢٦. دار العدالة للنشر والتوزيع.

ولاعمال هذا النص واعتبار انقطاع الموظف عن عمله بمثابة استقالة ضمنية لابد من توافر عدة شروط، وهي:

١. أن يكون انقطاع الموظف عن العمل بدون عذر تقبله الإدارة[١]، فإذا قدم الموظف عذراً عن مدة إنقطاعه وقبلته الإدارة، عندها يجوز احتساب انقطاعه إجازة سنوية أو مرضية إن كان له رصيد يسمح بذلك وإلا اعتبرت إجازة خاصة بدون راتب.
٢. أن تقوم جهة الإدارة بإنذار الموظف كتابةً، وأن يتضمن تحذيراً للموظف وبشكل واضح أن الانقطاع سيؤدي إلى اعتباره مستقيلاً من الوظيفة وعلى أن يرسل له بعد خمسة أيام من تاريخ الانقطاع في الحالة الأولى وبعد عشرين يوماً في الحالة الثانية. وبهذا الخصوص قضت المحكمة المدنية الكبرى البحرينية بدائرتها الإدارية"... ولما كان البين من ظروف الحال أن انقطاع المدعية عن العمل –بعد انتهاء ندبها من العمل بإدارة المناهج– لا يكشف ولا يفيد عن أن نيتها ورغبتها قد أتجهت إلى الاستقالة وهجر الوظيفية والعزوف عنها خاصة وأن الجهة الإدارية لم تمهلها مدة العشرين يوماً التالية للإنذار التي هي حق للمدعية خلالها أن تثبت أن انقطاعها كان بعذر مقبول حتى يمكن القول بتوافر نية هجر الوظيفة لدى المدعية، مما يتعين معه بقاء الرابطة الوظيفية قائمة بين المدعية والجهة الإدارية، الأمر الذي يغدو معه قرار إنهاء خدمة المدعية، قد صدر بالمخالفة لصحيح حكم القانون"[٢].

أما المشرع المصري فقد وفر للموظف عدة ضمانات أزاء سلطة الإدارة في إنهاء خدمته، بسبب الانقطاع عن العمل ومن أهمها[٣]:

(١) حكم محكمة التمييز البحرينية رقم ٦٧٦ قاعده رقم ٩٦ سنة ٢٠١١، وكذلك حكمها رقم ٢٦٩ قاعده رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٨

(٢) حكم المحكمة المدنية الكبرى– الدائرة الإدارية في الدعوى رقم ٨٣٨٧ لسنة ٢٠٠٧ جلسة ٢٧/ ٥/ ٢٠٠٨، وكذلك حكمها في الدعوى رقم ٨٧١٣ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٣/ ٢/ ٢٠٠٩.

(٣) د. محمد إبراهيم الدسوقي علي، حماية الموظف العام آراء السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، ص١٦٥، وما بعدها.

أولاً: إنذار الموظف المنقطع عن العمل كتابةً: حيث يتعين على الإدارة إنذار الموظف كتابة بعد خمسة أيام من انقطاعه عن العمل بدون إذن أكثر من خمسة عشر يوماً متصلة وبعد عشرة أيام في حالة الانقطاع غير المتصل لأكثر من ثلاثين يوماً(١).

وقد أخذ المشرع البحريني كذلك بهذه الضمانة، وأشترط إنذار الموظف كتابة في الحالة الأولى بعد خمسة أيام، أما في الحالة الثانية فقد اختلف مع المشرع المصري من حيث المدة واشترط إنذاره بعد مرور عشرين يوماً، وفي هذا الخصوص يعتقد الباحث أن المشرع المصري كان موفقاً أكثر في تقصير مدة توجيه الإنذار بعد عشرة أيام. وذلك لإفساح المجال للموظف لتدبير شؤونه وتقديم ما لديه من أعذار لانقطاعه أو أنه يصر على الانقطاع لعدم رغبته في الاستمرار في الوظيفة، ويشترط لصحة الانذار عنه عدة شروط من أهمها:

- أن تكون عبارة الإنذار واضحة. وذلك في اعتبار الموظف مستقيلاً في حالة عدم عودته إلى العمل، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: " بأنه من اللازم أن تفصح عبارات الإنذار بجلاء عن اتجاه الإدارة إلى إنهاء الخدمة إن كان هذا هو قصدها من الإنذار الذي يعقب الانقطاع"(٢).
- أن يتم الإنذار بعد مضى مدة معينة من الانقطاع عن العمل؛ حيث حددها المشرع المصري بمرور خمسة أيام في حالة الانقطاع المتصل، وكذلك المشرع البحريني ومرور عشرة أيام في حالة الانقطاع غير المتصل. في حين حددها المشرع البحريني بمرور عشرين يوماً وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها(٣): "من حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الإنذار يعتبر ضمانة أساسية تكفل إحاطة العامل لما سوف يتخذ ضده من إجراء تنتهي به خدمته وبالتالي تمنح للعامل فرصة إبداء عذره قبل إنهاء خدمته".
- إرسال الإنذار عن طريق البريد أو البرق: حيث لم يحدد المشرع المصري وكذلك البحريني طريقة محددة لإرسال الإنذار فإنه يمكن إرساله من خلال البريد أو البرق أو على يد محضر على

(١) طعن رقم ١٩٤٣ لسنة ٣٧ق إدارية عليا جلسة ١٩٩٥/٦/١٣ وكذلك الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٨ إدارية عليا جلسة ١٩٩٤/١١/٢٩ وكذلك طعن رقم ١٩٩٦ لسنة ٣٦ ق إدارية عليا جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩ ديسمبر س١٩٥٩ الطعن رقم ٤٦٠ س٣٧، أشار إليه د. محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ الطعن رقم ١٥٥١ س٤٣ من أحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الثاني، أشار إليه د. محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص١٦٨.

عنوان الموظف الموجود لدى الإدارة، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "..... يصح توجيه الإنذار لشخص المنذر إليه مباشرة أو بالحصول على توقيعه بالاستلام على السند الدال على التسليم أو بطريق البرق أو البريد وعلى العنوان الثابت بملف خدمة العامل أو بأوراقه لدى الجهة الإدارية....."

ثانياً: تقديم الموظف عذراً للانقطاع عن عمله: قدم المشرع المصري ضمانة هامة للموظف المنقطع عن عمله أكثر من خمسة عشر يوماً متصلة أو أكثر من ثلاثين يوماً غير متصلة بأن تنتفي قرينة الاستقالة الضمنية إذا تقدم الموظف بعذر مقبول تقبله جهة الإدارة كأن يقدم عذراً بسبب المرض أو الاعتقال أو نتيجة العنف للقبض عليه فهذه حالات تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تمنع من حضور الموظف إلى عمله. وبالتالي، تنتفي قرينة الاستقالة الضمنية التي أخذ بها المشرع.

ثالثاً: لا يجوز اعتبار الموظف المنقطع مستقيلاً (إذا أتخذت ضده هذه الإجراءات التأديبية عن مدة انقطاعه). فعند اتخاذ إجراءات تأديبية بحق للموظف المنقطع لا يجوز للجهة الإدارية اعتبار الموظف مستقيلاً من تاريخ انقطاعه عن العمل، وعند رفع الدعوى التأديبية بحق الموظف للمحكمة التأديبية يتعين عليها الاستمرار في نظرها والفصل فيها ولا يجوز لجهة الإدارة عند ذلك اتخاذ أي قرار في موضوعها من شأنه أن يشكل إعتداء على صلاحية المحكمة.

والانقطاع عن العمل والذي يُعد قرينة على الاستقالة الضمنية وهو الانقطاع الكامل الذي يتمثل في عدم حضور الموظف أصلاً إلى عمله في الوقت الرسمي، أو مغادرة الموظف أثناء عمله دون إذن أو التخلف عن الحضور في أوقات العمل الرسمية، لا يعد انقطاعاً في حكم الاستقالة الضمنية، كذلك حضور الموظف إلى مكان عمله وامتناعه عن التوقيع في كشوف الحضور والإنصراف أو امتناعه عن العمل لا يعد انقطاعاً عن العمل.

والغياب المعتبر والذي يُعد من قبل الاستقالة الضمنية هو الغياب المتصل، فإذا عاد الموظف إلى عمله خلال مدة الانقطاع ولو ليوم واحد لا تسري عليه قرينة الاستقالة الضمنية، إلا إذا عاد وأنقطع المدة المحددة في النص[١].

وهناك حالة ثالثة للاستقالة الضمنية نص عليها المشرع المصري في المادة ٦٩/ ٨ من قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦: "تنتهي خدمة الموظف لأحد الأسباب الآتية: الالتحاق بخدمة جهة أجنبية بغير ترخيص من حكومة جمهورية مصر العربية". وكذلك في المادة ١٧٨ من اللائحة التنفيذية

(١) د. حمدي سليمان القبيلات، إنقضاء الرابطة الوظيفية في غير مادة التأديب، المرجع السابق، ص٢٩٠.

للقانون السابق حيث نصت على أنه إذا التحق الموظف بخدمة جهة أجنبية بغير ترخيص من حكومة جمهورية مصر العربية. يتعين على إدارة الموارد البشرية عرض الأمر على السلطة المختصة أو من من تفوضه لإصدار قرار بإنهاء خدمته اعتباراً من تاريخ إلتحاقه بالخدمة في هذه الجهة".

وهنا تتعتبر خدمة الموظف منتهية من تاريخ الالتحاق بالجهة الأجنبية وليس من تاريخ صدور القرار بإنهاء خدمته لأنه قرار كاشف وليس منشأ عن وضع قانوني ومن ثم تنتهي خدمته بقوة القانون.

ويعتقد الباحث أن هذه الحالة هي من الحالات البديهية التي تؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف لدى الإدارة بقوة القانون، وبذلك يمكن الأخذ بها في النظام البحريني للاستقالة الضمنية حتى ولو لم ينص عليها المشرع.

رأي الباحث في هذا النوع من الاستقالة (الاستقالة الضمنية)

يرى الباحث أن إقرار المشرع المصري والبحريني لهذا النوع من الاستقالة، هو عبارة عن مكافأة يقدمها للموظف الذي انقطع عن عمله المدة التي حددها النص المصري والبحريني السابق ذكرهما؛ حيث يستطيع الموظف أن يتخلص بسهولة من الضوابط والقيود التي وردت على الاستقالة الصريحة، والتي تم الإشارة إليها فيما سبق، فإذا ما أراد الموظف الاستقالة وترك العمل بصورة نهائية فما عليه إلا أن يتغيب عن العمل المدة المطلوبة وهي الخمسة عشر يوماً المتصلة أو الثلاثين يوماً المتقطعة خلال السنة، عندها يعتبر مستقيلاً ضمناً.

أي بحكم القانون دون أن يكون هناك أي سلطة للإدارة اتجاه ذلك، ولنا هنا أن نتصور الاضرار التي يمكن أن تصيب المرفق العام من جرّاء هذه الاستقالة المفاجئة بالنسبة للإدارة في إيجاد البديل المناسب والتي تخل بمبدأ دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد.

ومن الجدير بالذكر هنا، أن المشرع الأردني لم يأخذ بهذا النوع من الاستقالة، وهي الاستقالة الضمنية، ولكنه من جانب آخر اعتبر غياب الموظف عن عمله دون إجازة قانونية أو دون عذر مشروع فاقداً لوظيفته وليس مستقيلاً بحكم القانون. وهذا الأثر يحمل في طياته إجراءً تأديبياً بحق الموظف الذي غاب عن عمله دون عذر، وعلى ذلك نصت المادة (١٦٩/ أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته" يعتبر الموظف فاقداً لوظيفته في أي من الحالات التالية:

١. .....
٢. .....

٣. إذا تغيب عن وظيفته دون إجازة قانونية أو دون عذر مشروع أو توقف أو امتنع عن تأدية مهام وظيفته فعلياً لمدة عشرة أيام عمل متصلة أو متقطعة خلال السنة.

وقد رتب المشرع الأردني آثاراً بمنتهى الخطورة على الموظف الفاقد وظيفته "حيث تختلف اختلافاً كلياً عن آثار الاستقالة الصريحة أو الضمنية"، وهي:

حرمان الموظف من كافة حقوقه المالية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٦) من نظام الخدمة المدنية الأردني بأنه: يحرم الموظف من حقوقه المالية إذا انتهت أو أنهيت خدمته في أي من الحالات التالية:

أ- .....

ب- فقد الوظيفة".

وهذه الحقوق، هي حقوقه التقاعدية ومكافأة نهاية الخدمة.

ومن هذه الآثار كذلك ووفق ما نصت عليه المادة (١٦٩/ د): منع تعيين الموظف الذي فقد وظيفته إلا وفق شروط خاصة، وهي إنقضاء سنتين على الأقل على قرار فقد الوظيفة ومن ثم الحصول على قرار من رئيس الديوان بالموافقة له على التقدم للعمل في الخدمة المدنية.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع الأردني للموظف في المادة (١٦٩/ ج) من النظام الاعتراض على قرار فقد الوظيفة خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه بالنشر في صحيفة يومية محلية واحدة، إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار فإذا اقتنعت بالأسباب الواردة في الاعتراض ألغت قرارها وأعادت الموظف إلى وظيفته.

وبذلك نتمنى على المشرع البحريني مسايرة المشرع الأردني في تعامله مع غياب الموظف إذا غاب الفترة المحددة دون عذر أو إجازة ويعتبره فاقداً لوظيفته وما يترتب على ذلك من آثار، وليس مستقيلاً بحكم القانون.

وأود الإشارة أخيراً في هذا النوع من الاستقالة أن المشرع المصري قد أدرك خطورة النتائج المترتبة على الاستقالة الضمنية بأن أضاف إلى المادة (٩٨) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ الفقرة التالية والتي لم نجدها في القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ والتي تنص على أنه: " ولا يجوز اعتبار العامل مستقيلاً في جميع الأحوال إذا كانت قد أتخذت ضده إجراءات تأديبية خلال الشهر التالي لانقطاعه عن العمل أو لالتحاقه بالخدمة في جهة أجنبية". وبناءً على ذلك جعل المشرع المصري قرينة الاستقالة مقررة لصالح الإدارة دون الموظف، فإذا ما أرادت الإدارة أن تبقي الموظف على رأس عمله بالرغم من انقطاعه أتخذت بحقه الإجراءات التأديبية خلال تلك الفترة.

المطلب الثالث: الاستقالة الجماعية

هي توافق إرادات بعض الموظفين على تقديم استقالاتهم من وظائفهم في وقت واحد بقصد توجيه ضغط على الإدارة لتحقيق مطالب معينة، أو للاحتجاج على موافق معينة[١]. ويعد هذا النوع من الاستقالة من أشد أنواع الاستقالات خطراً على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

لذلك وقف المشرع في بعض الدول منها موقفاً مغايراً من الاستقالة الفردية وعاملها معاملة الإضراب[٢]؛ فالمشرع المصري عاقب على هذه الاستقالة إن كانت تخفي في طياتها إضراباً فنص في المادة (١٢٤) من قانون العقوبات على أنه "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين عملهم ولو فى صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك، أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه."

وكذلك المشرع البحريني واعتبرها جريمة معاقب عليها حيث نصت المادة (٢٩٣) من مرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون العقوبات وتعديلاته على ما يلي: "إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين العموميين عملهم ولو في صورة استقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم، متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تجاوز سنة. وتكون العقوبة الحبس إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر أو كان من شأنه أن يحدث اضطرابا أو فتنة بين الناس أو إذا عطل مصلحة عامة أو إذا كان الجاني محرضا".

ونلاحظ هنا أن المشرع البحريني أكثر تشدداً من المشرع المصري في موقفه اتجاه الاستقالة الجماعية في مقدار العقوبة، وكذلك لم يكتف بمعاقبة منفذ الاستقالة، فقط، بل مدها لتشمل المحرض عليها.

اما المشرع الأردني فلم يعاقب على هذا النوع من الاستقالة، وبذلك نوصي هنا المشرع الأردني إلى مواجهة هذه الحالة والتي تشكل أكبر خطر على سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد.

---

(١) د. رمزي هيلات، د. عبد الكريم محمد السردي، القانون الإداري، الكتاب الثاني، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص٣٥٦.

(٢) د. رمزي هيلات، القانون الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق.

المطلب الرابع: الاستقالة التيسيرية

هي رغبة المشرع في إتاحة الفرصة لفئات معينة من الموظفين بترك الخدمة قبل السن المقررة لذلك، بقصد إتاحة الفرصة أمام فئات أخرى من الموظفين الأكفاء والشباب للترقي في مجال الوظيفة العامة، ويحول دون ذلك وجود بعض الموظفين القدامى أو الذين بلغوا سناً لا يستطيعون معها إدارة مهام وظائفهم بنفس الحماس الذي أبدوه في بداية حياتهم الوظيفية(١).

والغاية من إقرار هذا النوع من الاستقالة هو تشجيع الموظفين على تقديم استقالاتهم مقابل منحهم بعض المزايا المالية المعينة بسبب الزيادة في إعداد الموظفين العاملين لديها، أو من أجل ترقية أو تعيين موظفين أكثر تميزاً ونشاطاً وإقداماً على العمل، ولديهم الرغبة الأكيدة في العمل والتميز ومن أجل زج دماء جديدة إلى المرافق العامة، ويبدو أن المشرع المصرى قد أخذ بهذا النوع من الاستقاله عند تنظيمه لأحكام المعاش المبكر وذلك فى ظل قانونه الحالى ٢٠١٦/٨١ حيث نصت المادة ٧٠ منه على: "للموظف الذي جاوز سن الخمسين أن يطلب إحالته للمعاش المبكر ما لم يكن قد اتخذت ضده إجراءات تأديبية، ويتعين على الوحدة الاستجابة لهذا الطلب وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية، وفي هذه الحالة تُسوى حقوقه التأمينية... ". على الرغم من أن التقاعد المبكر لا يعد استقالة وانما هو طلب إنهاء الخدمة قبل بلوغ السن القانونية للتقاعد

وبناءً على ذلك نصت المادة (١٨١) من اللائحة التنفيذية للقانون السابق ذكره: "على إدارة الموارد البشرية بالوحدة إذا تقدم الموظف بطلب كتابي برغبته في الإحالة للمعاش المبكر طبقاً لأحكام المادة (٧٠) من القانون....."

وقد اشترطت اللائحة التنفيذية للقانون لتطبيق أحكام المادة (٧٠) من القانون وكماورد في المادة (١٨٥) منها أن تكون مدة الاشتراك في التأمينات الاجتماعية عشرين سنة فعلية طبقاً لقانون التأمينات الاجتماعية كما أجاز المشرع البحريني للموظف التقاعد قبل بلوغه السن المقررة بناء على طلبه وذلك وفقاً للقوانين والأنظمة المقررة لذلك وفقاً لنص المـــادة (٢٦/ ٢) من المرســـوم بقانون رقم ٤٨ لـــسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية.

هذا ويسري على الاستقالة التيسيرية ما يسري على الاستقالة الصريحة من شروط وذلك بأن يتقدم بطلب خطي للإدارة، وللإدارة الحق في الموافقة عليها أو تأجيلها وأن تكون الإرادة خالية من العيوب وأن لا تكون معلقة على شرط، كما لا يجوز قبولها إذا كان الموظف محالاً إلى التحقيق، وأن لا يغادر عمله إلا بعد أن يتلقى الرد من الإدارة على الموافقة عليها.

(١) د. عادل الطبطباني، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، المرجع السابق، ص٦٥٦.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة في قبول أو رفض الاستقالة

من المبادئ التي تحكم المرافق العامة، مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد، ولضمان ذلك أتخذ المشرع في الدول كافة عدة وسائل، ومن هذه الوسائل تنظيم الاستقالة في مجال الوظيفة العامة[١]. حيث يتوجب على الموظف الذي يتقدم باستقالته البقاء على رأس عمله إلى أن يتلقى الرد من قبل الإدارة، فإما أن توافق الإدارة على طلب الموظف بالاستقالة بموجب قرار إداري يبلغ به، أو أنها تلتزم جانب الصمت إلى أن تنتهي المدة المحددة للبت في طلب الاستقالة وهي الثلاثين يوماً في القانون البحريني، وعندها نكون أمام قرار إداري ضمني بقبول الاستقالة، وأما أن ترفض الإدارة طلب الموظف وسوف يتم توضيح ذلك على النحو التالي.

أولاً: قبول الاستقالة:

على الرغم من أن الاستقالة حق مشروع للموظف، يستطيع أن يتقدم بها في أي وقت ما لم يتخللها عمل يحرمه القانون، كون إجبار الموظف على العمل أمر يتنافى مع حرية العمل وعدم إجبار الشخص على عمل لا يرغبه، وهذا ما نصت عليه كافة الدساتير.

ومنها الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته الأخيرة، حيث ورد في المادة ١٣/ أ "العمل واجب على كل مواطن، تقتضيه الكرامة ويستوجبه الخير العام، ولكل مواطن الحق في العمل وفي اختيار نوعه وفقاً للنظام العام والآداب.

وورد في نفس المادة فقرة (ج) "لا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال التي يعينها القانون لضرورة قومية وبمقابل عادل، أو تنفيذ حكم قضائي"[٢]. فهذه النصوص جميعها تؤكد

---

(١) د. رمزي هيلات، القانون الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص١٩٩، وما بعدها.

(٢) نصت المادة (١٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ وتعديلاته على أن: "العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أى مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل.

كما نصت المادة (١٣) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته لعام ٢٠١٦ على أن: "لا يفرض التشغيل الإلزامي على أحد غير أنه يجوز بمقتضى القانون فرض شغل أو خدمة على أي شخص:

١- في حالة اضطرارية كحالة الحرب، أو عند وقوع خطر عام، أو حريق، أو طوفان، أو مجاعة، أو زلزال، أو مرض وبائي شديد للإنسان أو الحيوان أو آفات حيوانية أو حشرية أو نباتية أو أية آفة أخرى مثلها أو في أية ظروف أخرى قد تعرض سلامة جميع السكان أو بعضهم إلى خطر.

٢- نتيجة الحكم عليه من محكمة، على أن يؤدي ذلك العمل أو الخدمة تحت إشراف سلطة رسمية. وأن لا يؤجر الشخص المحكوم عليه إلى أشخاص أو شركات أو جمعيات أو أية هيئة عامة أو يوضع تحت تصرفها".

على أنه لا يجوز إلزام الشخص بالقيام بعمل لا يرغبه ولا يريده إلا في حالة الضرورة وتفريعاتها المتعددة كما وضحها الدستور الأردني في المادة ١٣ ويكون بمقابل أو بموجب حكم قضائي.

وعلى الرغم من ذلك أحاط المشرع البحريني وفي الدول المقارنة الاستقالة بالعديد من الضوابط لضمان سير المرفق العام بإنتظام وإطراد. وعلى ذلك استقر الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا منذ امد بعيد على أن علاقة الموظف بالإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم استقالته، بل بقبولها.

أي على الموظف الذي قدم استقالته وكما أسلفنا أن يستمر في أداء عمله حتى تخطره الإدارة بقبول استقالته[١]، وذلك استناداً إلى أن علاقة الموظف بالإدارة هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية تحكمها القوانين واللوائح أو الأنظمة، ويترتب على ذلك أن الموظف ملزم بالبقاء على رأس عمله بعد تقدمه بطلب الاستقالة إلى أن يتم إخطاره بقبولها، لأن إعطاء الحق للموظف ترك العمل بمجرد تقديم الاستقالة من شانه أن يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام، أو توقفه عن أداء خدماته[٢].

وإذا ما صدر القرار بقبول الاستقالة فإنه لا يسري على الموظف بأثر رجعي ويرتب آثاره من تاريخ تقديم الاستقالة، لأن في ذلك مخالفة لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، فالقرار الإداري يسري بأثر مباشر وللمستقبل. ومن تاريخ صدور القرار وقبول الاستقالة وإخطار الموظف بذلك، وعلى ذلك نصت المادة ٢٧/ ٧ من المرسوم بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية البحريني على أنه: "لا تنتهي خدمة الموظف إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة".

وعندها يكون القرار نهائياً ولا يجوز للإدارة أن تقوم بإلغائه أو سحبه إلا بموجب القواعد المقررة بذلك.

ويجب التنويه هنا أن قرار الإدارة بقبول الاستقالة، يكون صريحاً ويكون ضمنياً، ويكون صريحاً عندما تعلن الإدارة موافقتها على طلب الاستقالة ضمن المدة التي حددها المشرع وهي في التشريع البحريني والدول المقارنة ٣٠ يوماً.

أما إذا انتهت هذه المدة دون أن تعلن الإدارة عن موقفها من الاستقالة، تعتبر في التشريع البحريني والمصري مقبولة بحكم القانون[٣].

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٥١٠.

(٢) د. أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ص١٩٤.

(٣) أنظر المادة ١٧١ من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم ٨١ لعام ٢٠١٦، والمادة ٢٧/ ٢ من المرسوم بقانون رقم ٨١ ٤٨ لعام ٢٠١٠، بإصدار قانون الخدمة المدنية البحريني.

أما المشرع الأردني فقد خالف كل من المشرعين البحريني والمصري في ذلك ولم يأخذ بالقبول الضمني للاستقالة بل جعل قبول الاستقالة صريحاً دوماً واعتبر سكوت الإدارة بإنتهاء مدة الثلاثين يوماً رفضاً لها[١] كما أشرنا سابقاً.

ولابد أن نشير هنا على أن المشرع البحريني والدول المقارنة قد سكت عن تحديد السلطة المختصة بقبول الاستقالة، فهنا يمكن تطبيق القاعدة العامة التي تقتضي أن السلطة المختصة بالتعيين هي نفسها المختصة بقبول الاستقالة.

ومن ناحية اخرى فإن المشرع اشترط لنفاذ الاستقالة صدور قرار إداري بقبولها ولكنه لم يشترط أن يكون القرار مكتوباً، كما أشترط على الموظف عند تقديم الاستقالة كتابة تاريخ تقديمها وذلك حفاظاً على حق الموظف في إثبات التاريخ الذي يبدأ منه سريان الأثر القانوني للاستقالة.

ولكن هل يحق للموظف العام العدول عن الاستقالة؟

أجابت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها[٢]: "أن للموظف العام الحق في ان يعدل عن طلب الاستقالة المقدم فيه إلى جهة الإدارة شريطة أن يتم ذلك قبل صدور قرار الجهة الإدارية المختصة بقبول الاستقالة وذلك لأن طلب الاستقالة هو ركن السبب في القرار الصادر بقبولها، فيلزم لصحة هذا القرار أن يظل الطلب قائماً لحين صدور القرار مستوفياً شروط صحته وموضوعاً". كما نصت المحكمة الإدارية الإردنية فى حكم حديث لها بحق الموظف فى العدول عن الاستقاله[٣].

أما القرار الذي يصدر عن الجهة الإدارية بقبول الاستقالة بعد أن تم سحبها من قبل الموظف فيكون باطلاً.

وهناك رأي آخر في الفقه وهو ما نؤيده أن القرار الذي يصدر بقبول الاستقالة بعد سحبها من الموظف يعد قراراً منعدماً وذلك لتخلف ركن أساسي من أركانه هو ركن السبب، وهذا ما قضت به وأكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصري[٤].

---

(١) أنظر المادة ١٦٧/ أ من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٠٨ لسنة ١ ق جلسة ٥/ ١١/ ١٩٥٥. أشار إليه الدكتور عبد اللطيف السيد رسلان عودة، المرجع السابق، ص٨٣.

(٣) انظر حكم المحكمة الادارية الاردنية رقم ٢٥٦ على ٢٠١٩ تاريخ ٢٠١٩/١١/١٣، منشورات قسطاس.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٥ لسنة ١ ق جلسة ٥/ ٥/ ١٩٤٨. أشار إليه الدكتور عبد اللطيف السيد رسلان عودة، المرجع السابق، ص٨٤.

ويتم العدول عن الاستقالة بشكل صريح من خلال طلب مكتوب يقدمه للجهة الإدارية أو بشكل ضمني[١] إذا انعقدت إرادتا الطرفين الموظف وجهة الإدارة على ذلك بأن كانت هناك دلائل لا تدع مجالاً للشك أن الموظف قد عدل عن طلب الاستقالة، على ان يتم العدول الصريح أو الضمني عن الاستقالة قبل انقضاء المدة المحددة للرد على طلب بالاستقالة وهي شهر كون الاستقالة بإنتهاء هذه المدة تكون مقبولة بحكم القانون[٢].

ثانياً: رفض الاستقالة

بداية أود أن أشير إلى أن هذا الموضوع (رفض الاستقالة). يتجذابه أمرين في غاية الأهمية، مصلحة الموظف المتمثلة في تحقيق رغبته في ترك العمل من حيث أن لا يجوز إجباره على عمل لا يريده، ومصلحة الإدارة في الحفاظ على سير المرفق العام بإنتظام وإطراد. فلابد من الموازنة بينهما بحيث لا تطغى مصلحة على الأخرى، فكيف يتم ذلك؟

من خلال الرجوع إلى التشريع البحريني والتشريعات المقارنة لم أجد نصاً صريحاً يجيز للإدارة الحق في رفض الاستقالة، على اعتبار أن للموظف حقاً مشروعاً فيها، ولكنه أعطى الحق للإدارة وبشكل صريح تأجيل البت في طلب الاستقالة لمدة محددة.

وفي ذلك نصت المادة ٢٧/ ٤ على أنه "مع عدم الإخلال بالبند (٣) من هذه المادة يحق للسلطة المختصة تأجيل قبول استقالة الموظف في بعض الوظائف التي يترتب على قبول الاستقالة فيها إخلال بحسن سير العمل والتي يحددها الديوان وذلك لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الاستقالة وإلا اعتبرت خدمة الموظف منتهية بانقضاء هذه المدة". واستناداً إلى هذا النص منح المشرع البحريني الإدارة سلطة تقديرية في قبول الاستقالة أو تأجيلها إذا كانت هناك ضرورة لذلك، والتأجيل لا يشمل جميع الوظائف بل وظائف يحددها الديوان بناء على أهميتها بالنسبة للخدمات التي تقدمها للمواطنين والتي يترتب على قبول الاستقالة فيها إخلال بحسن سير العمل.

وفي ذلك ساير المشرع البحريني المشرع المصري حيث نصت المادة (١٧١) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ ومن قبلها المادة ٩٧ من قانون العاملين المدنيين المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ على أنه "يجب البت فى طلب الاستقالة خلال ثلاثين

(١) د. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة، المرجع السابق، ص٨٤- ٨٥.

(٢) د. محمد إبراهيم الدسوقي علي، الموظف العام آزاء السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠١٩، ص١٦٤.

يوما من تاريخ تقديمه، وألا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون ما لم يكن الطلب معلقا على شـــرط أو مقترنا بقيد وفي هذه الحالة لا تنتهي خدمة العامل ألا إذا تضمن قرار قبول الاستقالة إجابتـــه إلـــى طلبه، ويجوز خلال هذه المدة إرجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل على ألا تزيد مـــدة الإرجاء على ثلاثين يوماً، بالإضافة إلى مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

وعلى الرغم من أن المشرعين المصري والبحريني منحا الإدارة السلطة التقديرية في قبول الاستقالة أو إرجائها، إلا أنهما أختلفا في مدة الإرجاء، حيث نجدها في التشريع المصري شهران وفي التشريع البحريني ثلاثة أشهر، ونص على أنه بانتهاء هذه المدة تعتبر خدمة الموظف منتهية، أما المشرع المصري لم يحدد موقفه من الاستقالة بإنتهاء مدة الإرجاء.

وبالإضافة لما سبق، المشرع المصري جعل الإرجاء عام يشمل كافة الوظائف في حين نجد أن المشرع البحريني قد جعلها في بعض الوظائف التي يحددها الديوان بناء على أهميتها بالنسبة للخدمات التي تقدمها للمواطنين.

أما المشرع الأردني فلم يشر في المواد الخاصة بموضوع الاستقالة إلى حق الإدارة في الإرجاء، ولم ينص صراحة على حق الإدارة في رفض الاستقالة إلا أنه أشار في المادة (١٦٧) من نظام الخدمة المدنية رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣م أنه بإنتهاء مدة الثلاثين يوماً دون قبول الاستقالة يعتبر رفض للاستقالة كما أشرنا سابقاً.

كذلك نصت الفقرة (ب) من نفس المادة السابقة أنه: "على الموظف أن يستمر في القيام بمهام وظيفته الى حين تسلمه القرار بقبول استقالته أو رفضها وإلا اعتبر فاقداً لوظيفته وفقاً لأحكام هذا النظام".

بناء على ما سبق، يمكننا القول بأن المشرع الأردني قد أعطى الحق للإدارة في رفض الاستقالة إذا وجدت أنها تؤثر على سير العمل في المرفق العام. هذا عن موقف المشرع.

أما بالنسبة إلى رأي الفقه فقد أختلف حول حق الإدارة في رفض طلب الاستقالة، حيث ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الإدارة لها سلطة تقديرية في قبول الاستقالة أو رفضها لاعتبارات المصلحة العامة وضرورة سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد[١].

(١) د. آدم أبو القاسم أحمد أسحق، بحث بعنوان "الاستقالة في قانون الخدمة العامة السوداني (دراسة تأصيلية مقارنة) مجلة تأصيل العلوم، العدد السادس، السنة الرابعة، ٢٠١٣، ص ١١٤- ١٤٨.

أما الفقه المصري، فهناك رأي يذهب إلى أن سلطة الإدارة في قبول الاستقالة أو رفضها سلطة تقديرية وليست مقيدة فلها الحق في رفض الاستقالة، ورأي آخر يرى أن سلطة الإدارة مقيدة، فلها الحق في تأجيل قبول الاستقالة وليس رفضها كون الاستقالة هي حق للموظف لا يجوز التعدي عليه في إجباره بعمل لا يريده ولا يرغبه(١).

وهو الرأي الذي يؤيده الباحث وذلك للإسباب التالية:

- إن رفض الاستقالة يشكل إعتداء على حق الموظف في أن لا يفرض عليه عملاً لا يريده ولا يرغبه، وهو الحق الذي كفلته كافة الدساتير العالمية.
- الموظف الذي يقوم بالعمل مكرهاً وملزماً. يكون مدعاة إلى عدم الإخلاص في العمل والاتقان، مما يؤثر سلباً على الانتاج وعندها يصبح عبئاً على المرفق العام مما يؤثر في النهاية على جودة الخدمة المقدمة من المرفق العام الذي يعمل به الموظف.
- المفروض أن يكون هدف الإدارة من رفض الاستقالة المصلحة العامة والحرص على سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، وهناك عدة وسائل وضعها المشرع في يد الإدارة لتحقيق هذا الهدف نذكر منها: إرجاء الموافقة على الاستقالة، ومنحها شهراً تعبر فيه عن رأيها في موضوع الاستقالة، حيث تستطيع أن تجد البديل المناسب خلال هذه المدة.
- إذا ما أدت الاستقالة إلى حصول النقص في الكادر الوظيفي في المرفق العام، فالإدارة تستطيع أن تعالج ذلك من خلال التعيينات الجديدة أو الندب أو الإعارة، وعلى هذا الأساس لا يوجد مبرر لها لرفض الاستقالة.

والإدارة تمارس سلطتها إتجاه الاستقالة تحت رقابة القضاء الإداري، فللموظف الحق في حالة تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في موضوع الاستقالة رفع دعوى إلغاء قرار الإدارة المتضمن رفض الاستقالة.

المبحث الرابع: آثار الاستقالة

يترتب على الاستقالة كسبب من أسباب إنتهاء الخدمة الوظيفية العديد من الآثار منها ما هو قانوني ومنها ما هو إداري ومالي. ولتوضيح ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، يخصص المطلب الأول لدراسة الآثار القانونية، والمطلب الثاني لدراسة الآثار الإدارية، والمطلب الثالث لدراسة الآثار المالية.

(١) د. ادم أبو القاسم أحمد أسحق، المرجع السابق، ص١٣٢.

المطلب الأول: الآثار القانونية

يترتب على قبول استقالة الموظف بعض الآثار القانونية تتمثل في أثرها على التفويض وأثرها كذلك على الدعوى التأديبية.

أولاً: أثر قبول الاستقالة على التفويض

يعرف الفقه الفرنسي التفويض الإداري بأنه قدرة السلطة الإدارية في أن تعهد ببعض اختصاصاتها المستمدة من القوانين واللوائح إلى سلطة إدارية أخرى مع احتفاظها بهذا الاختصاص بوصفها السلطة صاحبة الاختصاص الأصيل(١). ويلاحظ على هذا التعريف للتفويض بأنه قد أعطى الحق للجهة الإدارية المفوضة ممارسة الاختصاصات محل التفويض خلال مدة التفويض علماً بأنه هناك خلاف لدى الفقه حول أحقية الجهة المفوضة ممارسة الاختصاصات التي قامت بتفويضها منهم من يؤيد ذلك ومنهم من يعارض، والرأي الراجح الذي لا يجيز للجهة افدارية المفوضة ممارسة الاختصاصات المفوضة إلى جانب المفوض إليه(٢).

وعرفه الفقه المصري بانه منح الرئيس الإداري بعض اختصاصاته لواحد أو أكثر من الموظفين الذين يعملون تحت قيادته(٣). ويمكن تعريف التفويض بأن يعهد صاحب الاختصاص الأصل ببعض اختصاصاته إلى موظف آخر أو أكثر مساوً له في الدرجة أو أدنى في التسلسل الإداري.

وبناءً على ما سبق ينبغي لمشروعية التفويض أن يكون جزئياً وليس كلياً، فالتفويض الكلي غير مشروع(٤)، وهناك نوعان من التفويض، تفويض الاختصاص وتفويض التوقيع، ففي تفويض الاختصاص يتم نقل جزء من الاختصاص الأصيل وهو المفوض إلى المفوض إليه وهنا لا أثر للاستقالة على هذا التفويض الذي ليس له طابعاً شخصياً، فالاختصاصات بناءً على التفويض تنتقل إلى المفوض إليه بصفته الوظيفية وليس بصفته الشخصية، فتفويض الاختصاص ينتقل إلى الشخص الآخر الذي حل محل الموظف المستقيل إذا ما أراد المفوض ذلك.

---

(1) Vedel, G. Droit dministratif, 1973, p. 169 ets.

أشار إليه د. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة، المرجع السابق، ص٤٦٦.

(٢) د. صالح إبراهيم المتيوتي ود. مروان محمد المدرس، القانون الإداري، الكتاب الثاني، منشورات جامعة البحرين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

(٣) د. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، المرجع السابق، ص٤٦٦.

(٤) للإطلاع على شروط التفويض، انظر د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، المرجع السابق، ص ٢٣٧- ٢٣٨.

أما تفويض التوقيع والذي يقوم به المفوض من أجل تخفيف الأعباء المادية عليه بأن يقوم المفوض إليه بالتوقيع عن المفوض بإسمه ولحسابه، وكون تفويض التوقيع يتسم بالطابع الشخصي ويتم بناءً على الثقة المتبادلة بين المفوض والمفوض إليه، فإنه يسقط تلقائياً عند الاستقالة وينتهي من تاريخ صدور القرار بقبول الاستقالة(١).

ثانياً: أثر الاستقالة على الدعوى التأديبية

درج الفقه على كتابة هذا العنوان "أثر الاستقالة على الدعوى التأديبية" حيث يرى الباحث أن هذه العبارة معكوسة، ويجب أن تكون كما يلي "أثر الدعوى التأديبية المقامة على الموظف على طلب الاستقالة". والسبب في كتابتها على هذه الصورة هو أن المشرع المصري أورد استثناء على القاعدة العامة والتي تفيد بأن الموظف المحال إلى لجنة التحقيق أو المتخذ بحقه إجراءات تأديبية بسبب ارتكابه لمخالفة وظيفية لا تقبل استقالته وعلى الإدارة إرجاء النظر بها لحين صدور قرار نهائي وقطعي في الدعوى التأديبية المقامة ضده، وهذا ما أخذ به المشرع البحريني والمشرع المصري والأردني.

وعلى ذلك نصت المادة (٢٧/ ٣) من المرسوم بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية البحريني أنه: "يجب البت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون، وذلك ما لم يكن الموظف محالاً إلى التحقيق".

وكذلك الفقرة (٥) من نفس المادة التي نصت على: "..... فإذا كان الموظف محالاً إلى التحقيق فلا تقبل استقالته إلا بعد التصرف في التحقيق بغير جزاء الفصل من الخدمة".

كما نصت المادة (١٤٩/ ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته لغاية ٢٠١٨ على أنه: "لا يجوز قبول استقالة الموظف أو إحالته على الاستيداع قبل صدور القرار النهائي أو القطعي في الدعوى التأديبية أو القضائية المقامة عليه".

وعلى الرغم من أن المشرع المصري أخذ بالقاعدة العامة وأعطى الحق للإدارة بإرجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل أو بسبب إتخاذ إجراءات تأديبية ضد الموظف، وذلك في المادة (١٧٢) واللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦ والسبب الذي دعى المشرع بالنص على عدم قبول استقالة الموظف المحال إلى التحقيق أو المقامة ضده دعوى تأديبية لحين صدور القرار النهائي أو القطعي في الدعوى التأديبية حتى لا تكون الاستقالة

(١) أ. عبد الكريم بن قلة، الاستقالة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، ٢٠١٤، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، ص٩٦.

سبباً في إفلات الموظف من الجزاء إذا ما تمت إدانته، إلا أن المشرع المصري أورد بعض الاستثناءات على ذلك بأن رتب على تقديم الاستقالة ودون حاجة لقبولها من الجهة الإدارية المختصة سقوط الدعوى التأديبية الخاصة بالقضاة وذلك بموجب المادة (١٠٤) من قانون السلطة القضائية المصري لعام (١٩٧٢) وكذلك بالنسبة لأعضاء النيابة الإدارية وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات بموجب المادة (١١١) من القانون المقارن رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٥، وكذلك أعضاء السلك الدبلوماسي.

ويعلل المشرع المصري ذلك بان هذه الاستثناءات تم إقرارها حرصاً على مصلحة الدولة العليا حتى لا تطرح أسرار في غاية الأهمية من الأفضل أن تبقى في طي الكتمان كي لا يستفيد منها عدو البلاد علماً بأن المسائل التي يتناولها عمل القضاة وأعضاء هيئة التدريس في الجامعات وأعضاء السلك الدبلوماسي تتضح فيها الحكمة المشار إليها.

إلا أن الباحث يرى أن لا ضرورة لهذه الاستثناءات وأن هذه الفئات المستثناة من واجبها أن تكون أشد حرصاً على احترام القانون فهي القدوة والمثل الأعلى لغيرها من الموظفين، لهذا يرى الباحث بعدم قبول استقالتهم إلا بعد أن استكمال الإجراءات التأديبية وصدور القرار النهائي بها.

المطلب الثاني: الآثار الإدارية للاستقالة

يترتب على قبول الاستقالة من الجهة الإدارية المختصة إنتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة التي يعمل بها، وعندها لا يحق للموظف الرجوع عن الاستقالة بعد قبولها. يتبع ذلك توقف الموظف عن مزاولة عمله بشكل نهائي، وإذا باشر الموظف المستقيل عملاً من أعمال الوظيفة التي كان يشغلها أعتبر هذا العمل منعدماً ولا يترتب عليه أي أثر على الإطلاق مع الآخذ بعين الاعتبار هنا تطبيق نظرية الموظف الفعلي والتي بناءً عليها تعتبر أعماله مشروعه في الظروف العادية حماية للغير حسني النية ممن تعاملوا معه على أساس من الظاهر لهم. ولضمان سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد في ظل الظروف الاستثنائية[١].

ولكن قد يسمح القانون للموظف المستقيل بأن يستمر في مباشرة اختصاصاته إلى أن يتم تعيين البديل له، فهذه الأعمال تعد مشروعة ويترتب عليها كافة الآثار القانونية، ويمكن تطبيق ذلك على الحكومة المستقيلة في مباشرة الأعمال الاعتيادية فقط في الفترة الواقعة ما بين تقديم الاستقالة وقبولها.

(١) للاطلاع على تفاصيل نظرية الموظف الفعلي، أنظر: د. فرحان نزال حميد المساعيد، بحث بعنوان "الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثامن، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠١١، ص١٧٣- ٢٠٧.

ومن الآثار الإدارية المترتبة على قبول الاستقالة أنه على الإدارة إصدار قرارها بقبول الاستقالة وعدم التعسف في ذلك بعدم إصدار القرار لمدة طويلة.

ومن ثم على الإدارة التأكد قبل إصدار قرارها بقبول الاستقالة، أنه ليس هناك أيه إجراءات تأديبية متخذة بحقه وكذلك التأكد من أن الموظف غير ملزم بالخدمة بسبب العقد المبرم بينه وبين الإدارة بالتعهد بالعمل لديها بسبب إيفاده في بعثة دراسية. فإذا كان ذلك تمتنع عن قبول الاستقالة إلى حين إتمام المدة المحددة التي التزم بها الموظف، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٧/ ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني السابق ذكره: "..... لا يجوز قبول استقالة الموظف إذا كان ملتزماً بالعمل في الخدمة المدنية لأي سبب من الأسباب".

المطلب الثالث: الآثار المالية للاستقالة

يترتب على قبول الاستقالة من السلطة الإدارية المختصة بعض الآثار المالية من أهمها، انقطاع راتب الموظف وما يتبع هذا الراتب من مخصصات، ويستحق الموظف راتبه إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته لأي سبب من أسباب انتهائها، وعليه يتم حرمان الموظف من المرتب مع انتهاء الخدمة. وهذا ما أكد عليه المشرع البحريني في المادة (٢٩/ ١) من المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية حيث نصت على:

"١- يصرف للموظف راتبه والمزايا الوظيفية المقررة إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته لأحد الأسباب المبينة في هذا القانون".

ومقابل حرمان الموظف من راتبه تصرف له عوضاً عن ذلك مكافأة مالية. وعلى ذلك نصت المادة (١٦٧/ د) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣ على ما يلي "مع مراعاة أحكام هذا النظام يستحق الموظف المستقيل الخاضع لأحكام قانون التقاعد المدني راتباً شهرياً أساسياً عن كل سنة من السنوات العشر الأولى للخدمة، وراتب شهر ونصف أساسي عن كل سنة خدمة تزيد على السنوات العشر الأولى". وكذلك للموظف الحق في مطالبة الإدارة بأية حقوق مالية ترتبت له عليها أياً كان مصدر هذه الحقوق كحقه في البدل عن رصيد إجازاته حيث نصت المادة (٢٨/ و) من المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠ البحريني والسابق ذكره على ما يلي: "يستحق الموظف عند انتهاء خدمته بدلاً نقدياً عن رصيد إجازته السنوية التي لم ينتفع بها بما لا

يزيد على الحد الأقصى المسموح بنقله للسنة التالية مضافاً إليه الإجازة المستحقة عن السنة التي أنتهت خدمته خلالها أو بنهايتها محسوباً على أساس آخر راتب تقاضاه"[1].

أما المشرع الأردني فقد استثنى من حق الموظف في البدل عن إجازاته إذا انتهت خدمته بسبب العزل أو فقد الوظيفة وما عدا ذلك من أسباب أنتهاء الخدمة يدفع له هذا البدل عن رصيد إجازاته وفي ذلك نصت المادة (١٠٤) من نظام الخدمة المدنية الأردني على ما يلي "إذا انتهت خدمة الموظف بغير العزل أو فقد الوظيفة فيدفع له بعد انفكاكه عن العمل بدلاً يعادل مجموع الراتب الاساسي والعلاوات عن مدة الإجازة السنوية التي كان يستحقها عند انتهاء خدمته كما لو كان على رأس عمله على أن لا يزيد المجموع على ستين يوماً....".

وبالمقابل فإن للإدارة الحق في مطالبة الموظف المستقيل بأداء ما يكون مطلوباً منه من ديون مستحقة عليه للإدارة، لسبب يتعلق بإداء الوظيفة أو بسبب صرف مبالغ للموظف دون وجه حق كمبالغ مالية أخذها بطريقة السلف على راتبه أو مبالغ مالية ترتبت عليه بسبب إيفاده في بعثة دراسية أو دورة تدريبية ولم يكمل المدة المحددة في العمل لدى الجهة الإدارية.

(١) وفي ذلك نصت المادة (٧١) من القانون المصري رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦ على ما يلي:
"يستحق الموظف عند انتهاء خدمته مقابلاً عن رصيد إجازته الاعتيادية، الذي تكون قبل العمل بأحكام القانون ولم يستنفذها قبل انتهاء خدمته، ويحسب المقابل النقدي على أساس الأجر الأساسي، مضافاً إليه العلاوات الخاصة التي كان يتقاضاها حتى تاريخ العمل بالقانون".

الخاتمة:

تم تناول هذه الدراسة الموسومة بـــ "الاستقالة كسبب من أسباب أنتهاء الخدمة الوظيفية في التشريع البحريني- دراسة مقارنة) من خلال أربعة مباحث رئيسة، تعريف الاستقالة واختلافها عن الإضراب في المبحث الأول، وأنواعها في المبحث الثاني، وحق الإدارة في قبول الاستقالة أو رفضها في المبحث الثالث، وأخيراً آثار الاستقالة في المبحث الرابع.

وقد توصل الباحث من هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها على النحو التالي:

- للموظف العام الحق في الاستقالة بموجب الدستور والقانون ضمن ضوابط وشروط معينة.
- اختلاف الاضراب عن الاستقالة، فمعظم التشريعات اعتبرته عملاً مجرماً يعاقب عليه القانون لما له من آثار سلبية على سير المرفق العام، من هذه التشريعات، التشريع البحريني.
- النص على الاستقالة الضمنية (الحكمية) من ضمن أنواع الاستقالة في التشريع المصري والبحريني، على الرغم من آثارها السلبية على سير المرفق العام الأمر الذي ادى بالمشرع الأردني أن يعتبر الغياب المنقطع أو المتصل دون عذر مقبول مخالفة وظيفية يجعل الموظف العام فاقد وظيفته وما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة وليس مستقيلاً حكماً.
- يعتبر كل من المشرع المصري والبحريني الاستقالة الجماعية جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي وعلى الرغم من خطورتها على سير المرفق العام بإنتظام وإطراد إلا ان المشرع الأردني لم يعاقب على هذا النوع من الاستقالة.
- للجهة الإدارية سلطة تقديرية بموجب القانون المصري والبحريني في قبول الاستقالة أو تأجيلها إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك دون أن يكون لها الحق في رفضها "حيث لم يرد النص الصريح على حق الإدارة في رفض الاستقالة.

- على الرغم من أن المشرع الأردني لم ينص بشكل صريح على حق الإدارة في رفض الاستقالة، أو تأجيلها، إلا أنه أعتبر ان انتهاء مدة الثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها دون رد من قبل الإدارة بمثابة رفض لها.
- هناك مجموعة من الآثار القانونية والإدارية والمالية تترتب على قبول الاستقالة.

التوصيات:

وبناء على ما سبق، يوصي الباحث بما يلي:

- النص الصريح من قبل المشرع في الدول محل الدراسة على حق الموظف العام بالاستقالة متى شاء ضمن الضوابط المحددة، والتى يرجع تقدير قبولها للإدارة.
- مسايرة المشرع الأردني في عدم الأخذ بالاستقالة الضمنية من قبل المشرع المصري والبحريني واعتبار الغياب المتصل أو المنقطع بدون عذر مخالفة وظيفية تكون سبباً لتوقيع العقوبة التأديبية المناسبة عليه.
- الأخذ بصورة تأجيل قبول الاستقالة من قبل المشرع الأردني، إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك.
- أن يعتبر المشرع الأردني بانتهاء المدة المحددة للرد على طلب الاستقالة قبولاً وليس رفضاً لها.
- أن يساير المشرع الأردني كل المشرع المصري البحريني في اعتبار الاستقالة الجماعية فعلاً مجرماً يعاقب عليه القانون الجنائي.

المراجع

د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الإداري البحريني، منشورات جامعة البحرين، ٢٠٠٧.

د. أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة.

د. آدم أبو القاسم أحمد أسحق، بحث بعنوان "الاستقالة في قانون الخدمة العامة السوداني (دراسة تأصيلية مقارنة) مجلة تأصيل العلوم، العدد السادس، السنة الرابعة، ٢٠١٣.

د. حمدي سليمان القبيلات، إنقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣.

د. رمزي هيلات، القانون الإداري، الكتاب الأول، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

د. رمزي هيلات، د. عبد الكريم محمد السردي، القانون الإداري، الكتاب الثاني، منشورات جامعة العلوم التطبيقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.

د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٧.

د. صالح إبراهيم المتيوتي ود. مروان محمد المدرس، القانون الإداري، الكتاب الثاني، منشورات جامعة البحرين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

د. عادل الطبطباني، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨.

د. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

أ عبد الكريم بن قلة، الاستقالة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، ٢٠١٤.

د. فرحان نزال حميد المساعيد، بحث بعنوان "الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثامن، العدد الثاني، ديسمبر ٢٠١١.

د. مازن ليلو راضى، الوسيط فى القانون الإدارى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،٢٠١٣

د. محمد إبراهيم الدسوقي علي، الموظف العام آزاء السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، ٢٠١٩.

د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

د. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الآفاق المشرقة، ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٢.

ثانياً: الدساتير والقوانين والأنظمة:

١. الدستور المصري لعام ٢٠١٤ وتعديلاته الأخيرة.

٢. الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته الأخيرة

٣. الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته الأخيرة.

٤. قانون رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الخدمة المدنية المصري.

٥. اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم ٨١ لعام ٢٠١٦

٦. المرسوم بقانون رقم ٤٨ لعام ٢٠١٠ بإصدار قانون الخدمة المدنية البحريني.

٧. نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٨٢) لسنة (٢٠١٣) وتعديلاته الأخيرة.

٨. قرار رقم (٥١) لسنة ٢٠١٢ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية البحريني لعام ٢٠١٠.

الثّباتُ والتّحولُ في تصميمِ النّظامين السّياسيين التّونسيّ والمِصريّ وتوصيفهما: مُقاربةٌ في المشتركِ العربيّ*

د. رشـــاد تـــوام *

أ.د.عاصم خليل

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/١١/٦م. تاريخ القبول: ٢٠٢٠/٢/٢٧م.

ملخّص

بقيام "ثورات ٢٠١١"، عاد جدل تقليد الأنظمة السياسية العربيـــة وتوصـــيفها يتصـــدر المشـــهد التأسيسي الجديد؛ فتباينت الاجتهادات حول توصيف النظام القائم خلال الجمهورية الأولـــى، والنظـــام المنشود للجمهورية الثانية، متخذة من التجربتين التونسية والمصرية حالتين دراسيتين. هدفت الدراسة إلى فحص فرضية انطلقت منها، مؤداها حرص المشرع الدستوري –قديماً وحديثاً– على تقليد الأنظمة الغربية التقليدية، ومحدودية تحليل الباحثين للأنظمة العربية بحشرها في قوالب تلك الأنظمة. وسرعان ما بدا يتوضح عدم دقة الشق الأول منها؛ فالأنظمة العربية – وإن كانت تحاول التقارب مع النظام شبه الرئاسي (من خلال عمليات خلط بين سمات النظامين البرلماني والرئاسي)– فإنها خرجت دائما هجينة (سواء في الجمهورية الأولى أو الثانية)، بما لا يُعبر، بالضرورة، عن مراعاة لخصوصية ثقافيـــة أو بيئية، بقدر ما يأتي ترجمة لموازين القوى لحظة صناعة النظام أو التعديل فيه. أما فيما يتعلق بالشـــق الثاني من الفرضية، فقد جاءت نتائج الدراسة متوافقة معه. ولعل ذلك لـــيس متصـــلاً، بالضـــرورة، بمحدودية أفق التحليل، بل قد يكون سببه حاجة الباحث لمصطلحات متّفق عليهـــا لتوصـــيف النظـــام سريعاً. وبذلك، فقد طغى الثبات على التحول، سواء في تصميم الأنظمة أو توصيفها.

الكلمات الدالة: الأنظمة السياسية العربية، الثورات، السلطة التأسيسية، الدستور، القانون الدســـتوري، النظام شبه الرئاسي.

* هذه الدّراسة هي المخرج المنشور الثاني ضمن مشروع بحثيّ للباحثين، بعنوان "أنظمة سياسيّة–دستوريّة مصنّعة ومقلِّدة: نحو نظريّة دستوريّة عربيّة"، نفذاهُ بتمويل من لجنة البحث العلميّ في جامعة بيرزيت، فلسطين.

* **جامعة بير زيت، فلسطين.**

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Stability and Transformation in the Design and Characterization of Tunisian and EgyptianPolitical Systems:

An Approach that Builds on the Arab Commonalities

Dr. Rashad Twam

Prof. Asem Khalil

Abstract

With the "Arab Revolutions of 2011", the controversy of modeling and characterization of Arab political systems has returned to the forefront of the new founding scene. Thus, the interpretations of the characterization of the systems that existed during the First Republic and the desired system of the Second Republic has varied. Building on the Tunisian and Egyptian experiences, the study aims at testing the assumption that the constitutional legislator, old and new, was keen to imitate traditional Western regimes, and the limited analysis of Arab systems by researchers through cramming them into the templates of those systems, it soon began to clarify the inaccuracy of the first part of them. The Arab regimes, even though they were trying to come close to the quasi-presidential system (through mixing between the features of the parliamentary and presidential systems), they have always come out hybrid (whether in the First or Second Republic), which does not necessarily reflect cultural or environmental peculiarity. The output comes as much as a balance of power when the system is created or modified. With regard to the second part of the hypothesis, the results of the study were consistent. This may not necessarily be related to the limited horizon of analysis, but may be caused by the researcher's need for agreed terms to quickly characterize the system. Thus, the stability over the transformation has prevailed, both in the design or the characterization of the systems.

KeyWords: Arab Political Systems, Revolutions, Constitutent Power, Constitution, Constitutional Law, Semi-Presidential System.

مقدّمة:

تتخذ الأدبيات العربية في القانون الدستوري والأنظمة السياسية في غالبها مساراً واحداً: عرض النظرية الدستورية الغربية، دراسة الأنظمة السياسية (المنعوتة غالباً بـ: الديمقراطية/ الغربية/ التقليدية ...إلخ) بنماذجها الأصلية (البرلماني البريطاني، الرئاسي الأمريكي، المجلسي السويسري، وأحياناً شبه الرئاسي الفرنسي)، ثم تنتقل نسبة كبيرة منها إلى دراسة النظام السياسي في إحدى الدول العربية، وغالباً ما تكون دولة المؤلف أو الناشر أو الجامعة التي يعمل فيها المؤلف. وهنا يجهد المؤلفون في توصيف النظام السياسي لتلك الدولة، محاولين "حشره" في أحد قوالب تلك النماذج.

جاء هذا الإشكال متصلاً، بدايةً، بظاهرة تقليد الدول العربية للأنظمة السياسية الغربية، إبان الاستعمار فالاستقلال، بل وقبلهما (مرحلة التنظيمات العثمانية)؛[١] بمعنى أن الأدبيات جاءت متأثرة بالواقع . وفي مرحلة تالية، أخذت تلك الأدبيات دور المؤثر في تحديث تلك الأنظمة السياسية أو تغييرها؛ فحدّت من ابتكار أنظمة سياسية وليدة البيئة الثقافية والسياسية، وملائمة للعمل فيها. وقد حذّر من هذا التقليد العديد من الفقهاء والفلاسفة، قدماء ومعاصرين، من بينهم عرب،[٢] لعل أقدمهم وأشهرهم خير الدين التونسي.[٣]

(١) انظر: كوثراني، وجيه. "التنظيمات العثمانية والدستور: بواكير الفكر الدستوري نصاً وتطبيقاً ومفهوماً". **مجلة تبيّن للدراسات الفكرية والثقافية** (قطر)، مجلد ١، عدد ٣ (شتاء ٢٠١٣)، ٧؛ البوبكري، عمر. "ظهور فكرة الدستور وتطورها في تونس". **مجلة تبين للدراسات الفكرية والثقافية** (قطر)، مجلد ١، عدد ٣ (شتاء ٢٠١٣)، ٧٦-٧٩.

(٢) انظر مثلا: بوطالب، عبد الهادي. **المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية**، الجزء الثاني: الأجهزة السياسية العالمية الكبرى (الدار البيضاء: دار الكتاب، ١٩٨٠)، ٦-١٧؛ بدوي، ثروت. **القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر** (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٩)، ٤؛ طربوش، قائد محمد. **أنظمة الحكم في الدول العربية: تحليل قانوني مقارن**، المجلد الأول (الجزء ١-٢) ([الإسكندرية]: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠٠٧)، ٥-٨.

(٣) انظر: التونسي، خيرالدين. **أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك**، المجلد الأول. تمهيد وتحقيق: المنصف الشنوفي (تونس: المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون "بيت الحكمة"، ٢٠٠٠)، ٥٢-٥٣.

وعلى الرغم من ذلك التحذير، ووجود دعوات لدراسة الأنظمة السياسية العربية باستيعاب وحدات تحليل تراعي الخصوصية البيئية والثقافية؛[١] فإن قلة من الأدبيات التي خلصت للقول إن الدساتير العربية ما قبل موجة "ثورات ٢٠١١"، تبنّت أنظمة سياسية خاصة لا تنتمي إلى الأنظمة الرئاسية أو البرلمانية، بل يرسم فيها الرئيس الملامح والخطوط العامة؛[٢] ما جعل من مقاربة "التمييز بين نظم رئاسية وأخرى برلمانية"غير صالحة لتصنيف النظم العربية؛[٣] فيما فُسر بأن بقية الجمهوريات العربية وجدت في النظام شبه الرئاسي وفقاً للنموذج الفرنسي "الملاذ المنشود".[٤]

وبقيام "ثورات ٢٠١١"، عاد جدل تقليد الأنظمة السياسية وتوصيفها يتصدر المشهد التأسيسي الجديد. كما أعيد نقاش مسألة المواءمة ما بين تقليد الغرب والعودة إلى "التراث العربي الإسلامي".[٥]وبدلاً من "البحث عنالنظام السياسي من خلال الديمقراطية" –وهو الأصل–هناك من ذهب باتجاه معاكس.[٦] وبالمحصّلة، عمدت الدول العربية إلى "إعادة تدوير" أنظمتها السياسية بإعادة إنتاج نماذج نسبت –عن حق أو باطل– إلى النظام شبه الرئاسي، بالتأسيس على افتراض خاطئ مفاده أن هذا النظام أقل تطلباً للثقافة الديمقراطية من النظامين الرئاسي والبرلماني، وباعتباره رداءً مطاطيّاً يستوعب جميع "التقليعات" في تصميم الأنظمة السياسية! ولذلك، ذهب الباحثان في دراسة سابقة إلى تقديم مقاربات نظرية جديدة في هذا النظام على ضوء الإقبال العربي عليه.[٧]

(١) انظر مثلا: عويدات، عبده. **النظم الدستورية في لبنان والبلاد العربية والعالم** (بيروت: منشورات عويدات، ١٩٦١)، ١١؛ بوطالب، *المرجع في القانون الدستوري*، ج٢، ٢٥–٢٦؛ الجمل، يحيى. **الأنظمة السياسية المعاصرة: الديمقراطية التقليدية–الديكتاتوريات الفردية–الأنظمة الماركسية–دول العالم الثالث** (بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د.ت)، ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) باستثناء الدستورين اللبناني للعام ١٩٢٦ والعراقي للعام ٢٠٠٥ (ساريان)؛ حيث تبنّيا نظاماً برلمانيّاً، انظر: الشكري، علي يوسف. **مباحث في الدساتير العربية** (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٤)، ٩؛ هلال، علي الدين، ونيفين مسعد. **النظم السياسية العربية: قضايا الاستمرار والتغيير**، ط ٢ (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠٠٢)، ٦٤.

(٣) هلال ومسعد، النظم السياسية، ٦٣.

(٤) طربوش، أنظمة الحكم، ٧–٨.

(٥) انظر: البوغانمي، أيمن. **دولة ما بعد الثورة** (تونس: منشورات كارم الشريف والمغاربية لطباعة وإشهار الكتب، ٢٠١١)، ٢٤٧–٢٥٣.

(٦) انظر: العجمي، محمد. **بين ثورة المجتمع وتأسيس الساسة: مشروع دستور خارج السياق** (تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، ٢٠١٤)، ٣١–٤٠.

(٧) توام، رشاد، وعاصم خليل. "مقاربة نظرية جديدة في النظام شبه الرئاسي على ضوء الإقبال العربي عليه". **المجلة القانونية التونسية**، قيد النشر في العدد القادم.

أما هذه الدراسة، فتستعرض كيف استمرت تونس ومصر تُعيدان إنتاج أنظمة هجينة قريبة شكلياً من ذلك النظام، وكيف تعاطى الفقه متخبطاً في توصيفها وحشرها في النماذج التقليدية، سواء فيما يتعلق بالنظام السياسي القائم خلال الجمهورية الأولى (المبحث الأول)، أو النظام المنشود للجمهورية الثانية (المبحث الثاني). وهو المسار الذي عبّر عن طغيان الاتجاه المراهن "على تصحيح 'الرئاسوية' وتقليم مظاهرها 'السلطوية'، مقابل انحسار بيِّنٍ للدعوات البرلمانية"؛ حيث "قدمت مزايا النظام الرئاسي المعقلن، أو حتى شبه الرئاسي، ضمانة مؤسساتية لتجنّب مخاطر الانزلاق 'الممكن' (الذي ربما ينجم عن الاختيار البرلماني) من حالة الدولة الاستبدادية إلى حالة الدولة الفاشلة".(١)

وفيما قامت الدراسة، بداية، على فرضية مؤداها حرص المشرع الدستوري على تقليد الأنظمة الغربية، ومحدودية تحليل الباحثين للأنظمة العربية بحشرها في قوالب تلك الأنظمة؛ سرعان ما بدأ يتوضح عدم دقة الشق الأول منها؛ فالأنظمة العربية خرجت دائماً هجينة، بما لا يعبر بالضرورة عن مراعاة لخصوصية ثقافية أو بيئية، بقدر ما يأتي ترجمة لموازين القوى لحظة صناعة النظام أو التعديل فيه.(٢)

وبذلك، تهدف الدراسة إلى فحص تلك الفرضية، بشقيها؛ واختبار مدى فشل الأنظمة السياسية العربية وفقهها الدستوري في إنتاج نظام سياسي عربي أصيل، وليد بيئته وثقافته، بما يجعله منسجماً معها وناجعاً في التطبيق. وفيما سبق دارسون آخرون إلى الإشارة لذلك، ما بين تلميح وتصريح، فإن هذه الدراسة تدعي أنها الأولى التي ستختبر تلك الفرضية بشكل خاص ومباشر، وبالأخص أنها تأتي ما بعد موجات الثورات العربية (في الوقت الذي صدرت فيه غالبية الأدبيات العامة السابقة قبل ذلك)، لتقارن ما قبلها بما بعدها، متخذةً من تونس ومصر حالتين دراسيتين، بالاعتماد على منهج تحليلي

(١)طارق، حسن. **دستورانية ما بعد انفجارات ٢٠١١: قراءات في تجارب المغرب وتونس ومصر** (الدوحة وبيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٢٠١٦)، ١٠.

النظام "الرئاسوي": يطلق غالباً "على الأنظمة المقتبسة من النظام الرئاسي التي لم تحترم ميزته الأساسية المتعلقة بالتوازن بين السلطات"؛ حيث تهيمن فيه السلطة التنفيذية (الرئاسة) على السلطات الأخرى. بن حماد، محمد رضا. **القانون الدستوري والأنظمة السياسية**، ط٣ (منوبة–تونس: مركز النشر الجامعي، ٢٠١٦)، ٦٢٠–٦٢٢.

(٢) لفحص تلك الفرضية، تعتمد الدراسة أحياناً على سرد أحداث تاريخية ارتبطت بها بعض الخيارات الدستورية للنظم السياسية في كل من مصر وتونس، إضافة إلى مراجعة محاضر اجتماعات ووثائق رسمية، تظهر التوجهات والمواقف للجهات المختلفة أثناء عملية صياغة دستور جديد.

مقارن، نطاقياً بين التجربين من جهة، وزمنياً في داخل كل تجربة من جهة أخرى. وهما التجربتان اللتان اشتركتا في جملة من القواسم المشتركة، قديماً وحديثاً، وإن اختلفتا في نتيجة الوضع الراهن.(١)

المبحث الأول: النظام السياسي القائم خلال الجمهورية الأولى

منذ إعلان الجمهورية الأولى، وصولاً إلى ثورة ٢٠١١ (الحدث الذي ستؤسس عليه الجمهورية الثانية)، وفي الوقت الذي اكتفت فيه تونس بدستور واحد (للعام ١٩٥٩) شهد ١٦ تعديلاً، فيما اعتبر حفاظاً على "ديمومة الدستور"،(٢) خبرت مصر أربعة دساتير (١٩٥٦، ١٩٥٨، ١٩٧١، ١٩٦٤)، وثلاثة إعلانات دستورية (١٩٥٣، ١٩٦٢، ١٩٦٩)،(٣) إضافة إلى ثلاثة تعديلات على الدستور الأخير (١٩٨٠، ٢٠٠٥، ٢٠٠٧).

إن تقفي طبيعة الأنظمة السياسية التي خبرتها كل من تونس ومصر خلال الجمهورية الأولى، يظهر أنهما شهدتا بداية أنظمة سياسية غلبت عليها سمة الرئاسوية (المطلب الأول). وعندما حاولت إصلاحها/تطويرها، جنحت شكليّاً نحو شبه الرئاسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غلبة الرئاسوية في تأسيس النظام السياسي

خبرت تونس ومصر إبان الملكية نظاماً سياسيّاً "هجيناً" (وإن غلب طابع الحكم المطلق أحياناً كثيرة)، بدا في ظاهره أحياناً صورة مُحَوَّرة من النظام البرلماني، من خلال ثنائية السلطة التنفيذية،(٤)

(١) وبذلك فإن الدراسة لن تُعنى أصلا بشرح ماهية كل نظام سياسي، وفقا لتعريفه التقليدي، والمساهمة في الجدل الفقهي التقليدي حول المفاضلة بينها، بل هي –على العكس– تنكر ذلك أصلاً؛ إذ يدعي الباحثان أنه لا يوجد نظام أفضل من الآخر، بل يوجد نظام مناسب لبيئة وغير مناسب لأخرى، وأن الأنظمة التقليدية نجحت في التطبيق (في بلدانها) كونها جاءت وليدتها ومعبرة عن ثقافتها وتجربتها. كما ينتقدان المعايير التقليدية في تحليل تلك الأنظمة. انظر: توام وخليل، "مقاربات نظرية جديدة".

(٢) انظر: عمر، عبد الفتاح. "التطور الدستوري في تونس منذ الاستقلال". في: **دراسات في القانون الدستوري** (تونس: مركز الدراسات والبحوث الاقتصادية والاجتماعية، ١٩٩٩)، ١٧٥–١٧٦.

(٣) الإعلان الدستوري في الخبرة المصرية هو تشريع بدرجة دستور يصدر في أحوال غير طبيعية، وبالأخص خلال الانتقال إلى الجمهورتين الأولى والثانية. انظر: توام، رشاد. "الجيش وتغيير النظام الدستوري في مصر". **أطروحة دكتوراه في القانون العام** (جامعة تونس المنار، ٢٠١٨)، ٥٦–٥٩، ٥٠٨–٥١١.

(٤) قامت الدولتان الحسينية (في تونس) والعلوية (في مصر)، ابتداءً، على نظام ملكي وراثي مطلق. وفيما تُرد بداية الثنائية في تونس إلى ١٨٦٠، تُرد في مصر إلى ١٨٧٨. وفي كلتا التجربين، أخذت الملامح البرلمانية تتعزز أكثر مع مرور الوقت. انظر: بخصوص تونس: ابن عاشور، رافع. **المؤسسات والنظام السياسي بتونس**، ط٢ (منوبة: مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٩)، ٤٣–٤٦، ٣٠٤–٣٠٥؛ عمر، عبد الفتاح. **الوجيز في القانون الدستوري: الدولة–**

لكنمع طغيان السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية (لدرجة مارست فيها الأولى اختصاصات الثانية)،[١] في ظل "التشكيك في مدى أصالة [النظام البرلماني] الثقافية"، ومحاولات التقارب مع نظام الخلافة الإسلامي.[٢]

ومع دخول مصر وتونس إلى الانتقالمن الملكية إلى الجمهورية،[٣] ولمدة لم تطُل، اتضحت معالم النظام البرلماني "ظاهرياً"، بشكل أكبر نسبيّاً، وبالأخص في تونس؛ حيث أخذت صلاحيات "الوزير الأول "فيها بالتوسععلى حساب صلاحيات الباي (الملك)، بالأخص مع تسمية الحبيب بورقيبة (رئيس المجلس التأسيسي حينها) رئيساً للحكومة،[٤] وإضعاف "سيادة الباي" بموجب جملة من الإجراءات.[٥] وقد أتى ذلك ضمن سياق الترسيخ الدستوري لنظام ملكي برلماني، قبل أن يجري التراجع عنه كليّاً.

الدستور–السيادة–الأنظمة السياسية، المؤسسات التونسية (تونس: مركز الدراسات والبحوث والنشر في كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ١٩٨٧)، ٤١٤–٤١٥. وبخصوص مصر: خليل، عثمان، وسليمان الطماوي. **القانون الدستوري**، ط٢ (د.م: دار الفكر العربي، ١٩٥٠/١٩٥١)، ٣٠٩–٣١١؛ بدوي، *القانون الدستوري*، ٢٢١؛ العادلي، أسامة أحمد. **التجربة السياسية المصرية بين الملكية والجمهورية** (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣)، ٤١٦.

(١) انظر بخصوص تونس: بوعوني، الأزهر. **الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي** (تونس: مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٢)، ١٧٩ وما بعدها؛ ابن عاشور، *المؤسسات*، ٥٦–٨٥. وبخصوص مصر: عويدات، *النظم الدستورية*، ٣٢٤–٣٣٤؛ بدوي، *القانون الدستوري*، ١٢٧ وما بعدها.

(٢) متحدثاً حول مصر: عبد الفتاح، نبيل. **النخبة والثورة: الدولة والإسلام السياسي والقومية والليبرالية** (القاهرة: دار العين للنشر، ٢٠١٣)، ١٠١–١٠٢.

(٣) تزامن ذلك في مصر مع قيام ثورة ١٩٥٢، وحتى صدور دستور ١٩٥٦. أما في تونس، فتزامنت مع الاستقلال الداخلي، صيف ١٩٥٥، وحتى صدور دستور ١٩٥٩. انظر بخصوص مصر: بدوي، *القانون الدستوري*، ٢٢٥–٢٣٤؛ عويدات، *النظم الدستورية*، ٣٣٦–٣٣٧. وبخصوص تونس: ابن عاشور، *المؤسسات*، ٨٧–٩١؛ الدقي، نور الدين. **تونس من الإيالة إلى الجمهورية: ١٨١٤–٢٠١٤** (تونس: المنشورات الجامعية بمنوبة والمعهد العالي لتاريخ تونس المعاصر، ٢٠١٦)، ٢٠٩–٢١٥.

(٤) انظر: ابن عاشور، *المؤسسات*، ٨٧–٩١؛ بوقرة، عبد الجليل. **المجلس القومي التأسيسي التونسي: الولادة العسيرة لدستور جوان ١٩٥٩** (تونس: دار آفاق للنشر، ٢٠١١)، ٤٨.

(٥) انظر: بن حماد، محمد رضا. "العمل غير التأسيسي للمجلس القومي التأسيسي". في: **المجلس القومي التأسيسي (أعمال ملتقى أيام ٢٩–٣٠–٣١ ماي ١٩٨٤)** (تونس: الجمعية التونسية للقانون الدستوري وكلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، ١٩٨٦)، ١٦٤–١٦٦.

أما في مصر، وعلى الرغم من أن سمة الحكم العسكري كانت هي الغالبة إبان الانتقال؛ بنص الإعلان الدستوري للعام ١٩٥٣ على تولي "قائد الثورة بمجلس قيادة الثورة أعمال السيادة العليا" (مادة ٨)،[١] فإن هذا المجلس كلف – بداية ولفترة قصيرة – مدنيّاً بتشكيل الحكومة، وحوفظ على مبدأ ثنائية السلطة التنفيذية (مجلس قيادة الثورة بمقام رئيس الدولة، وحكومة يرأسها رئيس وزراء) الذي كان قائماً في عهد الملكية؛ إلا أنه جرى تركيز السلطتين التنفيذية والتشريعية بيد مجلس الوزراء (المادتان ٩ و١٠)، الذي سرعان ما سيطر عليه العسكريون.كما إن مبدأ الثنائية لم يكن صارماً، فجُمع أحياناً كثيرة بين رئاسة الجمهورية ورئاسة الوزراء.[٢]

مع قيام النظام الجمهوري،[٣] اتضحت مباشرة ملامح نظام رئاسي (بالأخص في تونس)، الذي جرى اعتماده كردة فعل أو تأثّراً بالتطبيق "غير السليم" للنظام البرلماني، أو ما يثيره هذا النظام من إشكالات في التطبيق.[٤]

تونس:

بدأ التحضير في تونس مبكراً لاعتماد نظام رئاسي، فور إعلان الجمهورية وقبل صدور الدستور، بموجب قانون[٥] ألغى منصب رئيس الحكومة ونقل جميع سلطاته (التي نقلت إليه سابقاً من الباي) إلى

(١) الوقائع المصرية، عدد (١٢ مكرر "ب")، في ١٩٥٣/٢/١٠ (د. ص).

(٢) جمع بينهما محمد نجيب خلال العامين ١٩٥٣ و١٩٥٤ (ثلاث وزارات)، وجمال عبد الناصر في الأعوام ١٩٥٦–١٩٦١، و١٩٦٧–١٩٦٨ (وزارات عدة). انظر: الجوادي، محمد. **البنيان الوزاري في مصر: ١٨٧٨–٢٠٠٠**، ط٢ ([القاهرة]: د.ن، [٢٠٠٥])، ٧٣.

(٣) أعلنت الجمهورية في مصر بتاريخ ١٨ حزيران/ يونيو ١٩٥٣، بموجب إعلان دستوري تضمن تسمية نجيب (رئيس مجلس الثورة) رئيساً للجمهورية، "مع احتفاظه بسلطاته الحالية في الدستور المؤقت" (مادة ٢). الوقائع المصرية، عدد (٤٩ مكرر "أ")، في ١٩٥٣/٦/١٨ (د. ص). أما في تونس، فحصل ذلك بتاريخ ٢٥ تموز/ يوليو ١٩٥٧، بموجب إعلان صادر عن المجلس التأسيسي. انظر: ابن عاشور، *المؤسسات*، ٩١، ١٠٥.

(٤) في مصر، انتقدت ديباجة إعلان دستوري النظام الملكي وما هو قائم خلاله من "حكم نيابي غير سليم". انظر: الوقائع المصرية، عدد (١٥٨ مكرر)، في ١٩٥٢/١٢/١٢، ص١.
كما سيقت التبريرات ذاتها في تونس لترك النظام البرلماني وتبني النظام الرئاسي، انظر ما ورد في التقرير العام للدستور: بوعوني، *الأنظمة السياسية*، ٢١١–٢١٢. وانظر ما جاء في خطاب لبورقيبة بمناسبة مراسم ختم الدستور: عمر، عبد الفتاح، وقيس سعيد. **نصوص ووثائق سياسية تونسية** (تونس: مركز الدراسات والبحوث والنشر في كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ١٩٨٧)، ٢٢٦.

(٥) رقم (١) لسنة ١٩٥٧، الرائد الرسمي، عدد (٢–٣)، في ١٩٥٧/٧/٣٠، ص١٠.

رئيس الجمهورية ، وعُوض الوزراء بـــ "كتاب دولة"، متصلين برئيس الجمهورية مباشرة؛ فيما اعتُبر "فترة تجريبية" لـــ "النمط النهائي للنظام الذي سيكرســـه الدستور"،[١] وأن بورقيبة نجح في "إدخـــــال نظام رئاســـي مشخص حيز التطبيق قبل تقنينه"، وهو ما أخـــر إصـــدار الدســـتور.[٢] وبالفعـــــل، جـــاء دســـتور ١٩٥٩ بنظام رئاسي بدا للبعض "متوازناً"،[٣] أو متأثراً بالنموذج الأمريكي،[٤] فيما بدا لكثيرين "مكرساً لعلوية رئيس الجمهورية ومهمشاً لدور مجلس الأمـــة، مقـــرّاً بـــذلك نظامـــاً غيـــر متوازن"،[٥] بات فيه الرئيس "قطب الرحى في النظام السياسي والدستوري".[٦]

هذا وتعتبر النسخة التي صدر بها الدستور "نسخة معدلة" من مشروع سابق أقر أيضـــاً النظـــام الرئاسي، ولكنه اتسم "بالتوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية" أسوة بالنظـــام الأمريكـــي.[٧] كمـــا سبقهما مشروع دستور لنظام ملكي برلماني، إلا أن التراجع عن "الملكية" باتجاه "الجمهوريـــة" رافقـــه تراجع عن "البرلمانية" باتجاه "الرئاسية"،[٨] بعد جدل حول طبيعة النظـــام المنشـــود، الـــذي شـــملت المقترحات بخصوصه تصميم نظام يجمع بين النظامين البرلماني والرئاسي،[٩] أو "نظام رئاسي مـــن نوع خاص".[١٠] وهناك من يرى أن طبيعة النظام الذي أتى به الدستور قد "تولد" عن المشروع الأول

---

(١) ابن عاشور، *المؤسسات*، ٩١.

(٢) البكوش، الهادي. "المطالبة بدستور عبر تاريخ حركة التحرير الوطني". في: **الدستور التونسي في الذكرى الأربعين لإصداره (١٩٥٩-١٩٩٩)** (تونس: الجمعية التونسية للقانون الدستوري ومركز الدراسات والبحوث الاقتصـــادية والاجتماعية، ٢٠٠٠)، ٣٦.

(٣) طارق، دستورانية، ٢٣١ (يشير إلى أنه في التطبيق سرعان ما تحول إلى "رئاسوي").

(٤) البوبكري، "ظهور فكرة الدستور"، ٨١-٨٢ (يشير إلى أنه في التطبيق سرعان ما تحول إلى "استبدادي").

(٥) ابن عاشور، المؤسسات، ١٠٢.

(٦) مطيراوي، صالح. **التحديث الاجتماعي والسياسي في تونس المستقلة: من خلال مجلة الأحوال الشخصية ودستور ودستور ١٩٥٩ (بين مشروعية الطموح ومحدودية الإنجاز)** (تونس: منشورات كارم الشريف، ٢٠١٣)، ١١٥.

(٧)ابن عاشور، المؤسسات، ١٠٢. يشار إلى هذا المشروع باسم "مشروع دســـتور جـــانفي ١٩٥٨"، انظـــر: بـــوقرة، المجلس القومي التأسيسي، ٥٠-٥١.

(٨) انظر: ابن عاشور، المؤسسات، ١٠١. وهناك من يشير إلى أنه كان هناك توجه لاستلهام النظام البرلماني بنموذجه بنموذجه البريطاني، انظر: بوقرة، المجلس القومي التأسيسي، ٤٥-٤٨؛ التركي، عروسية. "الفكر السياســـي فـــي تونس من خلال دساتيرها (١٩٥٧-١٩٥٩)". في: **أعمال المؤتمر الرابع حول القضـــاء والتشـــريع فـــي تـــونس البورقيبة والبلاد العربية** (زغوان-تونس: مؤسسة التميمي ومؤسسة كونراد أديناور، ٢٠٠٤)، ٧٢-٧٣.

(٩) انظر: التركي، "الفكر السياسي"، ٧٥.

(١٠) انظر: بوقرة، المجلس القومي التأسيسي، ٤٩.

(الملكي البرلماني)، "بعد أن أدخلت عليه عدة تحويرات وتعديلات ليصبح بالنهاية مجموعة من التسويات (compromises) لا تنأى عن تأثير أشخاص أقوياء كالرئيس"؛[١] فدمجت "صلاحيات رئيس الحكومة والملك في صلاحيات رئيس الجمهورية".[٢] وهنالك من استرسل في مقاربته، فرأى أن أن دستور ١٩٥٩ قد جاء مستمدّاً من واقع تونس وتاريخها، ومن ذلك أن "تنظيم السلطة التنفيذية متصلٌ بتنظيم الخلافة والإمارة عند المسلمين يوم كانت تسند هذه السلطة [إلى] رجل واحد يقع اختياره بعد استشارة المسلمين"![٣]

مصر:

بعد تردد حول الإبقاء على دستور ١٩٢٣ أو إسقاطه،[٤] وأسوة بتونس، جاء الواقع في مصر ليكرس نظاماً يعزّز من صلاحيات الرئيس قبل صدور دستور ١٩٥٦ (الأول للجمهورية)، بشكل بدا فيه النظام أقرب إلى نظام رئاسي، وبالأخص من خلال وحدة رئاستي الجمهورية والوزراء في أحيان كثيرة.

وبالفعل، جاء دستور ١٩٥٦[٥] بنظام بدا لأحدهم "رئاسيّاً"،[٦] أو مختلطاً بين الرئاسي والبرلماني، والبرلماني، وفقاً لآخر،[٧] فيما صب بـ "اتجاه تقوية مركز رئيس الجمهورية تجاه سلطات الدولة الأخرى".[٨] قام هذا الدستور على وحدة السلطة التنفيذية (مبدأ في النظام الرئاسي)، وأناط بالبرلمان في الوقت ذاته صلاحية مساءلة الوزراء، فيما أناط بالرئيس صلاحية حل البرلمان (مبدآن في النظامين

(١) التركي، "الفكر السياسي"، ٧٨.

(٢) انظر: المظفر، زهير. **وضع الدستور في تونس** (تونس: المدرسة القومية للإدارة – مركز البحوث والدراسات الإدارية، ١٩٨٦)، ١٦، ٢٥.

(٣) السنوسي، محمد. **النظام السياسي في الجمهورية التونسية**، ط٢ (تونس: الشركة القومية للنشر والتوزيع، ١٩٦٣)، ٣٢-٣٣.

(٤) انظر: عبد الوهاب، محمد رفعت. **القانون الدستوري: المبادئ الدستورية العامة – دراسة النظام الدستوري المصري** (الإسكندرية: منشأة المعارف، [١٩٩٠])، ٢٦٨.

(٥) الجريدة الرسمية، عدد ([غير ظاهر])، في ١٩٥٦/١/١٦ (د.ص).

(٦) هلال، علي الدين. **النظام السياسي المصري: بين إرث الماضي وآفاق المستقبل (١٩٨١-٢٠١٠)** (القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ٢٠١٠)، ١٠٠.

(٧) انظر: بدوي، *القانون الدستوري*، ٢٧٠.

(٨) نصار، جابر جاد. **الوسيط في القانون الدستوري** (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦)، ٢٧٥.

البرلماني وشبه الرئاسي). وهذا ما دفع البعض إلى توصيفه"بنظام برلماني منقوص".[١] فيما وصفه آخرون بأنه نظام رئاسي "بصفة أصلية"،[٢] أو "يميل" إليه،[٣] مع وجود بعض مظاهر النظام البرلماني.ومع ذلك، هناك من نفى إمكانية توصيفه بالنظام شبه الرئاسي، وخلص إلى أن الدستور قرر نظاماً ذا"طبيعة خاصة"، وقدّم صورة من صور المزج غير المنطقي بين النظم الرئاسية والنظم البرلمانية".[٤]

على غرار تونس، كان لهذا الدستور مشروع سابق يُقدم ملامح مغايرة للنظام ؛ إذ تبنى نظاماً برلمانيّاً.وقد اقترحت لجنة الدستور بخصوصه جملة من الضمانات التي تحد من خطورة النظام البرلماني، وبالأخص ضمان استقرار الحكومات.[٥] وهو المشروع الذي اعتبره البعض محاولة توازنية توازنية بين "معسكر الثورة" و"الثورة المضادة".[٦] إلا أن هذا المشروع قوبل برفض رئيس مجلس الوزراء (عبدالناصر)،[٧] فعهد إلى "مكتبه الفني [...] بمهمة إعداد مشروع جديد يتلاءم وظروف مصر مصر الخاصة، ويستمد أحكامه من واقع بيئتها، ويستوحي مبادئه من طبيعة شعبها، ويحقق الأهداف التي قامت من أجلها الثورة". وقد وضع عبدالناصر "الخطوط العريضة التي يقوم عليها الدستور المقترح".[٨]عُرف هذا المشروع بـ "مشروع دستور ١٩٥٤"، وكان محط استحسان الكثير من المصلحين الذين نادوا به أساساً للإصلاح الدستوري قبيل ثورة ٢٠١١ وبعدها.[٩]

---

(١) بدوي، *القانون الدستوري*، ٢٧١.

(٢) عبد الوهاب، *القانون الدستوري*، ٢٧٩.

(٣) ساري، جورجي شفيق. **أصول وأحكام القانون الدستوري** (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢/٢٠٠٣)، ٣٤٧.

(٤) العادلي، *التجربة السياسية*، ٤٤٢، ٤٤٥.

(٥) انظر: بدوي، القانون الدستوري، ٢٣٥. وفي سياق متصل: العادلي، التجربة السياسية، ٤٣٤-٤٣٨.

(٦) انظر: عيسى، صلاح. "مشروع دستور ١٩٥٤ كأساس للإصلاح السياسي والدستوري". في: **نحو دستور مصري جديد** (القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٥)، ١٤٠-١٤١.

(٧) انظر في مبررات ذلك: بدوي، القانون الدستوري، ٢٣٥-٢٣٦؛ عبد الوهاب، القانون الدستوري، ٢٧٣-٢٧٤.

(٨) بدوي، القانون الدستوري، ٢٣٦.

(٩) انظر: عيسى، "مشروع دستور ١٩٥٤"، ١٠٧ وما بعدها؛ الشوبكي، عمر. "التوازن بين السلطات في مشروع دستور ١٩٥٤". في: **نحو دستور مصري جديد** (القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٥)، ١٤١-١٥٠؛ مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان. "البيان الختامي". في: **نحو دستور مصري جديد** (القاهرة، ٢٠٠٥)، ١٨٩-١٩٠؛ بسيوني، محمود شريف، ومحمد هلال. **الجمهورية الثانية في مصر** (القاهرة: دار الشروق، ٢٠١٢)، ٢٠٨، ٢١١-٢٢٣.

المطلب الثاني: الجنوح شكليّاً نحو شبه الرئاسية لتعديل النظام السياسي

جاءت التعديلات على النظام السياسي إما بموجب تعديلات مباشرة للدستور (من خلال قوانين دستورية)، وهذه حالة تونس، وإما بإصدار وثائق دستورية (دساتير وإعلانات دستورية) جديدة تلغي القديمة أو تعدلها، وهذهحالة مصر. وفي كلتا الحالتين، سبق النص الدستوري ممارسة أو نص قانوني ممهد للتحول.

تونس:

شهدت تونس العام ١٩٦٩ إحياء منصب "الوزير الأول" الذي كان قد أُلغي إبان التحول نحو الجمهورية، وإعادة إحياء تسمية "وزير" (بعدما عوضت بكاتب دولة).[١] لم تنعكس هذه التغييرات رسمياً في الدستور إلا العام ١٩٧٦؛[٢] فبات الباب الثالث فيه (السلطة التنفيذية)، يتضمن قسماً أول للرئيس وقسماً ثانياً للحكومة. وجاء "الفصل"[٣] (٣٧) متصدراًهذا الباب لينص على أن "رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنفيذية بمساعدة حكومة يرأسها وزير أول". لم يُحدث هذا التغيير أثراً جوهريّاً على طبيعة النظام السياسي، فهون وإن بدا شكلياً، يقترب من النظام شبه الرئاسي، أو "يبعد عن فلسفة الأنظمة الرئاسية"،[٤] إلا أن السلطة التنفيذية لم تقسم بين الرئيس والحكومة، بل بقيالأول محور النظام السياسي. وهنا قد يصح توصيف التعديل بأنه أخذ بنوع "شكلي"[٥] أو "محدود من أوجه ثنائية السلطة التنفيذية"،[٦] في ضوء أن مكانة الوزير الأول لم تتجاوز كونه مساعداً للرئيس.[٧] فيما

(١) بداية بموجب الأمر عدد (٣٠٥) لسنة ١٩٦٩، بتعزيز صلاحيات "كاتب الدولة للرئاسة"، الذي بات بمثابة رئيس للحكومة، وتالياً بموجب الأمر عدد (٤٠٠) لسنة ١٩٦٩ الذي أحدث الوزارة الأولى. ويشار إلى أن الداعي لذلك كان تدهور صحة الرئيس آنذاك. انظر في أسباب أخرى: عمر، الوجيز، ٤١٧.

(٢) بموجب: قانون دستوري رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٦، الرائد الرسمي، عدد (٢٦)، في ٩-١٩٧٦/٤/١٣، ص٩٧٢-٩٧٥.

(٣) تنبيه: تعتمد الصياغة التشريعية التونسية مفردة "فصل"، قبالة مفردة "مادة" الشائع استعمالها في غالبية الدول العربية.

(٤) عمر، الوجيز، ٦٤.

(٥) طارق، دستورانية، ٢٣٤-٢٣٥.

(٦) بوعوني، الأنظمة السياسية، ٢٩٥.

(٧) يوافق هذا الطرح: ابن عاشور، المؤسسات، ٣٠٦-٣٠٧، ٣٢٣؛ المظفر، زهير. **جمهورية الغد: الأسس والأبعاد** (تونس: المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ٢٠٠٢)، ٤٣.

هناك من رأى في التعديل "محاولة للحد من الطابع الرئاسي" الذي "تجاوز مستوى النظام الرئاسي [...] إلى مستوى النظام الرئاسوي".[١]

في هذا السياق الزمني، وعلى الرغم من حظوة الرئيس في النسخة الأصلية من الدستور، فقد جرى توسيعها وتكريسها أكثر بموجب تعديلات دستورية، ربما أكثرها "غرابة" ما شهده العام ١٩٧٥، بتعديل الفصل (٤٠)، لتسمية بورقيبة رئيساً للجمهورية مدى الحياة![٢]

وعلى الرغم من دقة حبكة الدستور لصالح الرئيس مقابل الوزير الأول، فإنه ترك للأخير اختصاص تولي الرئاسة مؤقتاً في حال شغورها لوفاة أو استقالة أو عجز تام. شكل هذا الاختصاص خريف ١٩٨٧ "ثغرة" مرّمنها الوزير الأول (ذاته وزير الداخلية)، زين العابدين بن علي، ليقوم بإسقاط بورقيبة فيما وُصف بانقلاب "طبي" أو "أمني" أو "دستوري"، في ظل صمت مؤسسات الدولة جميعها.[٣] وهي الحركة التي باتت تُعرف بـ "التحوّل" أو "التغيير". وما إن تولى بن علي الحكم، مستفيداً من هذه الثغرة، حتى سارع في جسرها.[٤]

من بين ١٦ تعديلاً للدستور، حظيت تعديلات العام ٢٠٠٢ بالنصيب الأكبر من الاهتمام؛ لشمولها ٣٨ فصلاً وتناولها موضوعات أساسية، ناهيك عن كونها مُررت من خلال استفتاء شعبي تشهده تونس لأول مرة.[٥] وقد ارتبط هذا التعديل بشعار ابتكره بن علي، "جمهورية الغد"، التي تأتي هذه الإصلاحات على خطى بلوغها.[٦] كان من شأن هذا التعديل أن يوسع قليلاً من اختصاصات الوزير الأول الذي يفوضه الرئيس في بعض الصلاحيات الثانوية في المجالات "الترتيبية" (التنظيمية)، ولكنه

(١) عمر، الوجيز، ٤١٧-٤١٨.

(٢) قانون دستوري رقم (١٣) لسنة ١٩٧٥، الرائد الرسمي، عدد (١٩)، في ١٨-١٩٧٥/٣/٢١، ص ٦٠٢.

(٣) انظر: الدقي، تونس من الإيالة إلى الجمهورية، ٢٥٥-٢٦٢.

(٤) قدم بن علي تعديلاً على طريقة الخلافة المؤقتة بإسنادها لرئيس مجلس النواب (بموجب قانون دستوري (٨٨) لسنة ١٩٨٨). وهو التعديل الذي بدا للبعض "أكثر ديمقراطية" (ابن عاشور، المؤسسات، ٣٢١)، فيما قد يقرأ بكونه "أقل خطورة" بإسنادها إلى رئيس مؤسسة لا تملك قوات عنفية (على خلاف الوزير الأول)، وبالأخص أنه حصّن هذا الإجراء بموجب تعديل آخر (بموجب قانون دستوري (٥١) لسنة ٢٠٠٢)، اشترط تقرير الشغور من طرف المجلس الدستوري الذي يعين الرئيس أعضاءه.

(٥) انظر: بن فرحات، سامي. **الإصلاح الدستوري وجمهورية الغد** (تونس: المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، ٢٠٠٢)، ١٢-١٥؛ المظفر، جمهورية الغد، ٤-٦.

(٦) أشار إليه بن علي في عدد من الخطابات، انظر مثلاً: بن فرحات، الإصلاح السياسي، ٩٩-١٠١.

لم يُحدث اختراقاً في طبيعة النظام؛[١] بل إن بن علي نفسه أكد على أن رؤيته لتطوير النظام تأتي"دون التخلي عن طبيعته الرئاسية".[٢] وبالتالي، فقد عُدّ هذا التعديل بأنه أضفى "صبغة متجددة" على النظام الرئاسي.[٣]

وهكذا، لم يثر جدل موسع حول توصيف طبيعة النظام السياسي في الجمهورية الأولى، فباستثناء التوصيف المستغرب لأحد الدارسين باعتباره النظام "أقرب للنظام البرلماني المتطور"![٤] فإن كثيرين اتفقوا على كونه نظاماً رئاسيّاً،[٥] أو "رئاسياً مطلقاً تقريباً"،[٦] أو رئاسياً خاصاً،[٧] فيما وصفه كثيرون كثيرون بـ "النظام الرئاسوي"؛[٨] حيث كانالرئيس "يجمع في الواقع بين الاختصاصات المخولة تقليديّاً لرئيس الحكومة في النظام البرلماني، ولرئيس الجمهورية في النظام الرئاسي".[٩] كما إن تعديل ١٩٧٦ ١٩٧٦ الذي باتت بمقتضاه الحكومة مسؤولة أمام البرلمان، إضافة إلى الرئيس، لم يغير من طبيعة النظام الذي بقي قائماً على "هيمنة رئيس الدولة"،[١٠] الذي وصفت صلاحياته بأنها "جعلت منه الحاكم بأمره".[١١]

(١) بن فرحات، الإصلاح الدستوري، ٣٤-٣٥؛ المظفر، جمهورية الغد، ٤١، ٤٤.

(٢) انظر: بن فرحات، الإصلاح السياسي، ١٠٠، ١٠٢.

(٣) انظر: المظفر، جمهورية الغد، ٤٤.

(٤) الشكري، علي يوسف. **التناسب بين سلطة رئيس الدولة ومسؤوليته في الدساتير العربية** (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢)، ٥٣.

(٥) عويدات، النظم الدستورية، ٤١١ (يتحدث بالأخص عن الحقبة المبكرة لبورقيبة).

(٦) مطيراوي، التحديث، ٩٤.

(٧) انظر: المظفر، وضع الدستور في تونس، ٤٠.

(٨) مثلاً: ابن عاشور، المؤسسات، ١٢٩؛ بوقرة، المجلس القومي التأسيسي، ٧؛ الرواتبي، عاطف صالح. **أي نظام سياسي لتونس ما بعد الثورة** (صفاقس: دار محمد علي للنشر، ٢٠١١)، ٣٥؛ طرشونة، لطفي. "منظومة التسلط في النظام السياسي التونسي قبل ثورة ١٤ كانون ثاني/ يناير". في: **ثورة تونس: الأسباب والسياقات والتحديات** (بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٢٠١٢)، ١٥.

(٩) ابن عاشور، المؤسسات، ٣٢٣.

(١٠) المرجع السابق، ٣٧٤.

(١١) العفاس، محمد. **الانتقال الديمقراطي الأول: ٦٤/٥٦** (صفاقس: دار محمد علي للنشر، ٢٠١١)، ٣٢.

مصر:

على خلاف الوضع في تونس، دخلت مصر في عقده االجمهوري الأول في ظرف "نادر" في حياة الدول، تمثل بمشروع الوحدة مع سوريا، فيما عُرف بالجمهورية العربية المتحدة، وهو المشروع الذي استلزم صدور وثيقتين دستوريتين: الدستور المؤقت للعام ١٩٥٨ (دستور الوحدة)،[١] والإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي المؤقت لسلطات الدولة للعام ١٩٦٢ (عقب انفكاك الوحدة)،[٢] الذي هو بمثابة تعديل للدستور المؤقت الذي بقي سارياً فيما لا يتعارض مع الإعلان.[٣] توافق دستور ١٩٥٨مع الدستور السابق، وحافظ على سمات النظام الرئاسي (برأي البعض)،[٤] بل عززها وإن لم يكملها؛[٥] إذ تمت المناداة بالنظام الرئاسي في الإعلانات الرسمية الممهدة لصدوره وقيام الوحدة.[٦] في في المقابل،هناك من رأى في توصيف النظام بكونه رئاسيّاً، ما يجانب الصواب، وبالأخص في ضوء كون أعضاء البرلمان غير منتخبين، بليعينهم رئيس الدولة مناصفة من بين أعضاء البرلمانين المصري والسوري قبل الوحدة. وبالتالي، فإن السلطة التشريعية تابعة وغير مستقلة عن السلطة التنفيذية.[٧]

أما إعلان ١٩٦٢، فجاء بمُحدثتين: الأولى باستحداثه لمؤسستي "مجلس الرياسة" الذي يرأسه الرئيس (مادة ١/ب)، و"المجلس التنفيذي" (مادة ١٣)، كناية عن مؤسسة مجلس الوزراء؛ أما الثانية، فتتعلق بإشراك "مجلس الرياسة" للرئيس في ممارسة جملة من صلاحياته (الأحكام التي بدت نظريّاً تؤسس لـ "فكرة الجماعية" ولم تلقَ تطبيقاً في الواقع)،[٨] وإناطة رئاسة "المجلس التنفيذي" بشخص يُعيّنه رئيس الجمهورية ويعيّن وزراءه (مادة ٤). هذا الوضع الانتقالي، سيكون المؤسس في إحداث تعديل على النظام السياسي لاحقاً؛ فعلى الرغم مما مثله الإعلان من اختراق لما ترسخ في بداية الجمهورية من ملامح نظام رئاسي (هجر لوحدة السلطة التنفيذية وترسية لمبدأ ثنائيتها)، فإن وثيقة دستورية أكثر استقراراً، جاءت لتؤكد هذا المبدأ بشكل أكثر صراحة، هي دستور ١٩٦٤.[٩]

---

(١) الجريدة الرسمية، عدد (١)، في ١٩٥٨/٣/١٣، (د.ص).

(٢) الجريدة الرسمية، عدد (٢٢٢)، في ١٩٦٢/٩/٢٧، (د.ص).

(٣) بموجب المادة (٢) من الإعلان.

(٤) انظر: عبد الوهاب، القانون الدستوري، ٢٩٦-٢٩٨.

(٥) انظر في دعم هذا الطرح: بدوي، القانون الدستوري، ٢٧٧-٢٧٩؛ العادلي، التجربة السياسية، ٤٤٩.

(٦) انظر: بدوي، القانون الدستوري، ٢٧٤-٢٧٥.

(٧) العادلي، التجربةالسياسية، ٤٥٠.

(٨) انظر: المرجع السابق، ٤٥٢-٤٥٣؛ نصار، الوسيط، ٢٧٨.

(٩) الجريدة الرسمية، عدد (٦٩ تابع "أ")، في ١٩٦٤/٣/٢٤، ص٢-١٩.

أسس دستور ١٩٦٤ لمجلس وزراء يرأسه شخص مغاير لرئيس الجمهورية، باسم رئيس الوزراء، كما أسس لنظام المسؤولية التضامنية للوزراء. إلا أن هذه السمات "البرلمانية" لم تجعل من النظام نظاماً برلمانيّاً، بحكم سعة صلاحيات الرئيس.(١) ولذلك، رُجح إدراجه ضمن "النظم شبه الرئاسية".(٢) وهكذا كان دستور ١٩٦٤ آخر الوثائق الدستورية المؤقتة قبل الاستقرار على دستور ١٩٧١ الذي استمر حتى قيام الثورة.(٣)

جاء دستور ١٩٧١ متوافقاً إلى حدّ ما مع الدستور السابق، إضافة إلى تركيزه لدى رئيس الجمهورية جملة من "الرئاسات".(٤) وفي توصيفه ثار جدل طويل، فوصف بنظام رئاسي، بحكم سعة صلاحيات الرئيس الفعلية ومباشرته لها دون حاجته للوزراء.(٥) وربما يدعم هذا الطرح ما شهده الواقع من جمع رئاستي السلطة التنفيذية لدى رئيس الجمهورية في أربع وقائع (مرات).(٦) وفي السياق السياق ذاته، وصف النظام بأنه "نظام رئاسي ذو طبيعة خاصة"،(٧) كما وصف بأنه "نمط مشوّه من نظام الجمهورية الرئاسية".(٨)

في المقابل، هناك من ذهب للقول إن النظام "يميل صوب النظام البرلماني"؛ كونه تضمن جملة من خصائص هذا النظام، كمسؤولية الحكومة أمام البرلمان، وحق الرئيس بحل البرلمان. أما فيما يتعلق بسعة صلاحيات الرئيس، فردها إلى أنه لا يمارسها منفرداً، بل بوساطة مجلس الوزراء، وخلص إلى

(١) انظر: بدوي، القانون الدستوري، ٣٠١-٣٠٦.
(٢) العادلي، التجربة السياسية، ٤٥٨.
(٣) الجريدة الرسمية، عدد (٣٦ مكرر "أ")، في ١٩٧١/٩/١٢، ص١-١٦.
(٤) القائد الأعلى للقوات المسلحة (مادة ١٥٠)، رئيس المجلس الأعلى للقضاء (مادة ١٧٣)، رئيس مجلس الدفاع الوطني (مادة ١٨٢)، والرئيس الأعلى للشرطة (مادة ١٨٤). انظر حول صلاحيات الرئيس: نصار، الوسيط، ٣٤٦-٣٦٥؛ هلال، النظام السياسي المصري، ١٠٩-١١٢.
(٥) فهمي، مصطفى أبوزيد. **النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين** (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤)، ٤٢٠. يُلاحظ أنه وصف النظام بالرئاسي أيضاً في ظل دساتير ١٩٥٦ و١٩٥٨ و١٩٦٤. انظر: المرجع السابق، ٤٠٨.
(٦) ثلاث في عهد السادات (١٩٧٣، ١٩٧٤، ١٩٨٠)، وواقعة في بداية عهد مبارك (١٩٨١)، انظر: الجوادي، البنيان البنيان الوزاري، ٧٤.
(٧) العادلي، التجربة السياسية، ٥٤٠.
(٨) مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، "البيان الختامي"، ١٨٨.

اعتبار الرئيس بمنزلة "الحكَم بين السلطتين التشريعية والتنفيذية"،[١] (وإن كانت هذه الصفة ميزة للنظام شبه الرئاسي وليس البرلماني). وفي السياق ذاته، هناك من قرأ في الدستور أنه "قرر بصفة أصلية النظام البرلماني، ولكن مزج به بعض خصائص ومظاهر النظام الرئاسي".[٢] كما أشار آخر إلى أن "غالبية الفقه الدستوري في مصر [اتجهت] إلى أن دستور سنة ١٩٧١ –ومن قبله الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤– قد اعتنق النظام البرلماني بصفة أساسية".[٣]

على صعيد آخر، ذهب البعض إلى القول إن الدستور "لم يأخذ [...] بأيٍّ من النظامين البرلماني أو الرئاسي على إطلاقه، وإنما مزج بينهما من حيث المظهر والجوهر"،[٤] فيما عُدّ تبنّياً "للنظام المختلط أو شبه الرئاسي"، إلا أنه قد خرج عنه في بعض السمات، كتبنّيه فكرة نائب الرئيس الذي يستكمل ولاية الرئيس (السمة في النظام الرئاسي).[٥]

عُدّل دستور ١٩٧١ ثلاث مرات قبل الثورة،[٦] أجاز التعديل الأول العام ١٩٨٠ انتخاب الرئيس لمدد أخرى بعدما كانت محددة بولايتين، ثم جاء تعديل ٢٠٠٥ ليقرر الانتخاب المباشر للرئيس بدلاً من الاستفتاء، أما تعديل ٢٠٠٧، فوسع صلاحيات الحكومة بعض الشيء.[٧] إلا أن هذه التعديلات لم تُحدث تغيراً جوهريّاً على طبيعة النظام، فقد بقيت ملتبسة وعصية على التوصيف، فيما قد يُرد إلى "مفارقة واضحة بين ظاهر النظام وباطنه"، وعدم تطابق خصائصه "بالكامل مع أيٍّ من التصنيفات الأكاديمية المتعارف عليها"؛[٨] ذلك أن النظام المصري، تضمن "قدراً كبيراً من الاستمرارية لعدد من

(١) العطار، فؤاد. **النظم السياسية والقانون الدستوري** (القاهرة: دار النهضة العربية، [١٩٧٣])، ٦٣٢–٦٣٣.

(٢) عبد الوهاب، القانون الدستوري، ٣١٢.

(٣) عبد الله، عبد الغني بسيوني. **سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني** (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٥)، ١٦٧.

(٤) انظر: الحلو، ماجد راغب. **النظم السياسية والقانون الدستوري** (الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٥)، ٨٩٢. ويتوافق معه: الشكري، التناسب، ١٨.

(٥) هلال، النظام السياسي المصري، ٦٠–٦١.

(٦) نشرت في الجريدة الرسمية في الأعداد: (٢٦) في ١٩٨٠/٦/٢٦؛ (٢١ تابع "أ") في ٢٠٠٥/٥/٢٦؛ (١٣ مكرر) في ٢٠٠٧/٣/٣١.

(٧)انظر: هلال، النظام السياسي المصري، ٦٢–٦٣، ١٤٠–١٤١. انظر في تحليل نقدي يحاجج بأن هذه التعديلات لم تحقق توزيع الصلاحيات التنفيذية: سعيد، "التعديلات الدستورية"، ٣٩.

(٨) نافعة، حسن. "خصائص نظام الحكم المصري من منظور علم السياسة". الموقع الإلكتروني لـ **قناة الجزيرة**، ١٧ أيار/مايو ٢٠٠٥ (استرجع ٢٠١٦/١٢/٣٠) https://bit.ly/2mrwpV3.

السمات، التي تبلورت في مراحل تاريخية سابقة، مثل: غلبة السلطة التنفيذية على السلطة التشـــريعية، وعدم الاستقرار الوزاري [...] في معظم سنوات القرن العشرين"،[١] إضافة إلى رجحان كفة الـــرئيس على كفة رئاسة الحكومة؛[٢] ذلك أن ثنائية السلطة التنفيذية لم تتعدَّ "الثنائية الشكلية".[٣]

وإجمالاً، هنالكمن رأى أنه ثمة سمة عامة للدساتير المصرية، تتمثل بكونها "لـــم تأخـــذ بالنظـــام البرلماني أو الرئاسي على إطلاقه"، بل "كانت جميعها ذات صبغة مختلطة"؛[٤] حيث لم تخبـــر مصـــر نظاماً يمكن إدراجه "ضمن أيٍّ من النماذج المعروفة عالميّاً لأنظمة الحكم"، وإنما خبرت نظاماً "كـــان بدعة مصرية أصيلة، شوّهت النماذج المتعارف عليها لأنظمة الحكم".[٥] فيما وصفه آخر بأنه نوع من "الملكية الرئاسية" أو "البونبارتية"؛[٦] ذلك "أن النظام الدستوري المصري كان محض إطـــار شـــكلاني لإضفاء مسوغ دستوري على سلطة رئيس الجمهورية شبه المطلقة".[٧] جدل طويل في توصيف طبيعة طبيعة النظام السياسي المصري في ظل دستور ١٩٧١، حتىنُحت لأجل توصيفه مصطلح جديد: نظام "برلماسي"!؛[٨]

وهكذا، فإن أحد أبرز القواسم المشتركة بين التجربتين التونسية والمصرية، خـــلال الجمهوريـــة الأولى، هو علو كعب رئيس الجمهورية قبالة جميع السلطات والمؤسسات، ما جعله قطب رحى النظام السياسي.

(١) هلال، النظام السياسي المصري، ٩-١٠، ١٤٧-١٤٩.

(٢) انظر: المرجع السابق، ٩٩-١٠٠.

(٣) طارق، دستورانية، ٢٣٥.

(٤) هلال، النظام السياسي المصري، ٣٥.

(٥) بسيوني وهلال، *الجمهورية الثانية*، ١٠٤. انظر: هلال، محمد. "نظام الحكم في الدساتير المقارنة وفـــي الدســـتور المصري". في: **المحاور العلمية للبناء الدســـتوري: دراســـة مقارنـــة** (د.م: المؤسســـــة الدوليـــة للديمقراطيـــة والانتخابات، ٢٠١٢)، ٣٧.

(6)KARAWAN, Ibrahim A. "Politics and the Army in Egypt". **Survival: Global Politics Politics and Strategy**, Vol. 53, No. 2 (2011), 44.

(٧) عبد الفتاح، *النخبة والثورة*، ١٠٥.

(٨) انظر: هلال، *النظام السياسي المصري*، ٦٤.

المبحث الثاني: النظام السياسي المنشود للجمهورية الثانية

ما من مسوّغات وجيهة تشجع على المفاضلة بين نظام سياسي وآخر من حيث المبدأ، بقدر ما تكون المفاضلة بينهما لاعتبارات لها صلة بمناسبة النظام السياسي للبيئة ونجاعته في الحكم الديمقراطي. ولذلك، نجد أن القانون الدولي لا يتدخل في اختيار الدول لأنظمتها السياسية، اتصالاً بمبدأ سيادة الدولة،(١) تماماً كحال "الدين الحاكم" في الدولة؛ "فلا سلطة للآخر أيّاً كان، دينيّاً كان أم دنيويّاً، في بلورة أيٍّ من هذين الخيارين".(٢)

على ضوء التباس طبيعة النظام السياسي فيهما، وانفراطه لصالح هيمنة الرئيس خلال الجمهورية الأولى (كما عرض المبحث الأول)، شهدت تونس ومصر قبل الثورة جدلاً خجولاً حول طبيعة النظام السياسي المنشود للإصلاح؛ ففي مصر، ثارت نقاشات حول الإصلاح السياسي من خلال الإصلاح الدستوري، وإن اختلفت حول الآلية (تعديل الدستور أم دستور جديد).(٣) هناك من طالب بالإصلاح من من خلال "تحسين أداء النظام الرئاسي" القائم (مثل حركة كفاية)،(٤) فيما ذهب البعض إلى المطالبة بإجراء قطيعة شاملة من خلال التحول إلى النظام البرلماني.(٥) ومنهم من دعا في هذا السياق إلى

(١) أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في أكثر من قضية، من بينها "قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية" عام ١٩٨٦، انظر: الأمم المتحدة. **موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية: ١٩٤٨-١٩٩١** (نيويورك، ١٩٩٢)، ٢١٩.

(٢) سلامة، غسان. **العطش للدولة والريبة منها** (بيروت: المجلس العربي للعلوم الاجتماعية، ٢٠١٩)، ٨.

(٣) انظر حول رواد هذا الجدل: أبو المجد، أشرف عبد الفتاح. **ملامح النظام السياسي المقترح على ضوء المبادئ الدستورية العامة: دراسة تحليلية للواقع الدستوري مقارنة مع الدساتير المعاصرة** (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٥)، ٢٥.

(٤) سعيد، محمد السيد. "النموذج البرلماني للإصلاح الدستوري". في: **نحو دستور مصري جديد** (القاهرة: مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ٢٠٠٥)، ٧١.

(٥) انظر: سعيد، "النموذج البرلماني"، ٧١-٧٩؛ هلال، *النظام السياسي المصري*، ٨٧؛ حماد، محمد. **قصة الدستور المصري: معارك ووثائق ونصوص** (القاهرة: مكتبة جزيرة الورد، ٢٠١١)، ٧٨٥.

اعتماد مشروع دستور ١٩٥٤ "كأساس للإصلاح السياسي والدستوري".(١) ولم تخرج النقاشات في تونس عن هذا الإطار الجدلي المحدود.(٢)

أما بعد الثورة، فشهد البلدان جدلاً غير مسبوق حول هذا الموضوع الذي شكل "مادة للتفاوض، ولإعادة التفاوض بين الفاعلين السياسيين".(٣) واستغرق الكثير من وقت السلطة التأسيسية.(٤) حظي النظام شبه الرئاسي بالنصيب الأكبر من النقاش، ولعله بدا بمثابة المخرج من مبدأ "الكليات" التي يقوم عليها كلٌّ من النظامين البرلماني والرئاسي. وتكاد التحليلات في تفسير هذا التوجه تتفق على عاملين: الخشية من الرجوع إلى الحكم الاستبدادي حال اعتماد النظام الرئاسي، و "عدم ارتياح الكثيرين للنظام البرلماني؛ نظراً لما يحمله من عدم استقرار، أوما يمنحه من سلطات زائدة لأحزاب الأغلبية".(٥)

لم يقتصر النقاش خلال الفترة الانتقالية على النظام شبه الرئاسي، بل كان هنالك أنصار لكل من النظامين البرلماني والرئاسي، وبالأخص البرلماني،(٦) الذي طالب به الإخوان المسلمون (حركة النهضة في تونس وحزب الحرية والعدالة في مصر)، قبل أن يتراجعوا عنه لصالح نظام مختلطفي النهاية؛ إما بسبب "الحاجة" إلى التوافق، "مُكرَهة" كانت أم "بطلة" (حالة تونس) وإما لتغير المواقف

(١) انظر: عيسى، "مشروع دستور ١٩٥٤"، ١٠٧-١٢٥، ١٤٥؛ مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، "البيان الختامي"، ١٨٧-١٩٢؛ بسيوني وهلال، *الجمهورية الثانية*، ٢٠٨.

(٢) انظر: العلاني، علية. "تباين مواقف النخبة التونسية من مسألة الدستور من خلال صحيفة 'لاكسيون' ١٩٥٨". في: **أعمال المؤتمر العالمي الثالث حول: السلطة وآليات الحكم في عصر بورقيبة بتونس والبلاد العربية** (زغوان-تونس: مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات، ٢٠٠٣)، ١٤٦.

(٣) طارق، *دستورانية*، ٢٣٩.

(٤) سيعرض لذلك ببعض من التفصيل بخصوص تونس، بالاستعانة بمحاضر الجمعية التأسيسية. وبخصوص مصر، هناك من يؤكد أن الجمعية التأسيسية (وضعت دستور ٢٠١٢) ولجنة الخمسين (وضعت دستور ٢٠١٤)، قضتا "معظم" الوقت في مناقشة هذا الموضوع. انظر: درويش، إبراهيم. "الاتجاهات الحديثة في صناعة الدساتير". **مجلة الديمقراطية** (مصر)، مجلد ١٤، عدد ٥٣ (يناير ٢٠١٤)، ٩٠.

(٥) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية. "أنظمة الحكم: النظام شبه الرئاسي نموذجاً". ورقة بحثية (٢٧). آذار/مارس ٢٠١٢، ص ١ [نسخة إلكترونية، استرجعت ٢٠١٥/١٢/١١، https://bit.ly/2kMNHf7].

(٦) انظر: بلقزيز، عبد الإله. "مقدمة". في: **مستقبل التغيير في الوطن العربي** (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية والمعهد السويدي بالإسكندرية، ٢٠١٦)، ١٣-١٤.

المصلحية (حالة مصر). وبذلك، وبعد أن وصل التخير بين البرلمانية والرئاسية إلى أفق مغلق (المطلب الأول)، جرى التوافق في النهاية على شبه الرئاسية (المطلب الثاني).

قبل إفراد مطلبي هذا المبحث، تجدر الإشارة سريعاً إلى طبيعة النظام السياسي القائم خلال الانتقال؛ لما له من أثر على طبيعة النظام المنشود للجمهورية الثانية؛ فبعد ما شهدته تونس ومصر من جدل حول وضع الدستور القائم قبل الثورة، سرعان ما انتهى بالإقرار بسقوطه. وفيما سرعان ما حُل البرلمانان، شغلت مؤسسة الرئاسة مؤقتاً (رئيس البرلمان رئيساً مؤقتاً لتونس، والمجلس العسكري بمقام الرئيس في مصر). وفي كلتا التجربتين، تولت مؤسسة الرئاسة السلطة التشريعية بشكل عرضي. وحتى صدور الدستورين مطلع ٢٠١٤، دخلت كلتا التجربتين في تحولات سريعة، انتقلت فيها السلطتان التنفيذية والتشريعية بين أكثر من جهة. وفيما حكم الانتقال في مصر إعلانات دستورية سنّها وأصدرها المجلس العسكري والرئيسان المنتخب والمؤقت (إضافة إلى دستور ٢٠١٢ لفترة قصيرة)، حكم الانتقال في تونس مراسيم سنّها وأصدرها الرئيس المؤقت، وقانون تأسيسي سنّه المجلس الوطني التأسيسي.

في مصر، لم تُحدث الإعلانات الدستورية اختراقاً في طبيعة النظام السياسي القائم قبل الثورة،[١] باستثناء غياب واقعي للبرلمان لأغلب فترة الانتقال، حيث اضطلع بسلطته المجلس العسكري ثم الرئيسان المنتخب والمؤقت، وما بينهما مجلس الشورى. أما على صعيد العلاقة البينية في السلطة التنفيذية، فقد بقيت الحكومة ورئيسها أداة مطواعة في يدمؤسسة الرئاسة. في المقابل، شهدت تونس معادلة معاكسة، وبالأخص منذ انتخاب المجلس التأسيسيخريف ٢٠١١؛ حيث سُنّ قانون تأسيسي "بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية"[٢] فرض بموجبه نظاماً أقرب إلى النظام البرلماني،[٣] يقوم فيه

(١) صدرت عشرة إعلانات دستورية، وتجري الإشارة هنا بالأخص إلى إعلاني ٣٠ آذار/ مارس ٢٠١١ و٨ تموز/ يوليو ٢٠١٣ اللذين يبلوران طبيعة النظام السياسي (حكم الأول الانتقال حتى صدور دستور ٢٠١٢، فيما حكم الثاني الانتقال منذ إسقاط مرسي وتعطيل دستور ٢٠١٢ وحتى صدور دستور ٢٠١٤. أما بقية الإعلانات فهي إما معدلة، وإما ذات غرض إجرائي). الجريدة الرسمية، عدد (١٢ مكرر "ب")، ٢٠١١/٣/٣٠، ص٢-١٦؛ الجريدة الرسمية، عدد (٢٧ مكرر "أ") في ٢٠١٣/٧/٨، ص ٢-١٠.

(٢) رقم (٦) لسنة ٢٠١١، الرائد الرسمي، عدد (٩٧)، في ٢٠ و٢٠١١/١٢/٢٣، ص ٣١١١-٣١١٥.

(٣) يدعم هذا التوصيف: العجاتي، محمد. "عملية كتابة الدساتير ما بعد الثورات العربية في مصر وتونس وأثر السياق السياسي عليها". **مجلة الديمقراطية**(مصر)، عدد ٦٠ (أكتوبر ٢٠١٥)، ١٦٩؛ غريوال، شاران. "ثورة هادئة: الجيش التونسي بعد بن علي". الموقع الإلكتروني لـ **مؤسسة كارنيغي للسلام الدولي**، ٢٤ شباط/ فبراير ٢٠١٦، ص ٤-٥ (استرجعت بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢٥) https://bit.ly/2m8gV88.

المجلس عرضيّاً بدور البرلمان، ويمنح الحكومة –المساءلة أمام المجلس– صلاحيات تنفيذية واسعة قبالة رمزية مكانة رئيس الجمهورية الذي انتخبه المجلس بالتزكية.أما في الفترة السابقة لانتخاب المجلس التأسيسي، فقد نظمت السلطات بموجب مرسوم عن الرئيس المؤقت،[١] بنظام أقرب إلى شبهرئاسي، لكن في ظل غياب فعلي للبرلمان الذي اضطلع الرئيس بدوره التشريعي بمساعدة "الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة [...]".[٢] وبالإجمال، لا بد من تسجيل ملاحظة مفادها صعوبة توصيف طبيعة النظام السياسي خلال الانتقال، في ظل ما تتصف به هذه المرحلة–العملية من سيولة، وما يفرضه الواقع من غياب فعلي لمؤسسات رئيسة كالبرلمان.

المطلب الأول: الجدل الحدي بين البرلمانية والرئاسية

في الوقت الذي أسس فيه المطالبون بالنظام البرلماني منطلقهم على إحداث قطيعة مع خبرة الجمهورية الأولى، فإن المطالبين بالنظام الرئاسي دافعوا عنه باعتبار أن ما خبرته تلك الجمهورية لم يتعد تطبيقاً منحرفاً للنظام الرئاسي تجاه الرئاسوي، معتبرين أن الأول هو الأنسب للبيئة العربية.[٣] وفي فلك هذا المحور دار النقاش.

تونس:

أظهرت نتيجة استطلاع للرأي، في وقت مبكر من الانتقال (ربيع ٢٠١١)، أن ٧٤% من المستطلعة آراؤهم، يرغبون في تبنينظام برلماني، فيما البقية يرغبون في نظامرئاسي.[٤] وهناك من يشير إلى أن النظام البرلماني قد ظهر في بعض الأحيان كأحد المطالب الشعبية خلال الثورة والانتقال،[٥] وهناك من يعود بهذه المطالب إلى انتفاضة "٩ افريل١٩٣٨".[٦]

---

(١) رقم (١٤) لسنة ٢٠١١، الرائد الرسمي، عدد (٢٠)، في ٢٠١١/٣/٢٥، ص ٣٦٧–٣٦٨.

(٢) شكلت بموجب مرسوم رقم (٦) لسنة ٢٠١١، الرائد الرسمي، عدد (١٣)، في ٢٠١١/٣/١، ص ٢٠٠–٢٠١.

(٣) انظر في منطلقات أخرى لأنصار كلا الطرفين: طارق، *دستورانية*، ٢٣٩–٢٤١.

(4)ISTIS et MAYADINE, «Sondage d'opinion sur la situation politique et l'impact de la révolution sur les média presse». (Tunis, Avril 2011), 23. https://goo.gl/UYA7vc (vued on 15/1/2017)

كان هذا الجدل التخيري بين النظامين موضع نقاش في أكثر من ندوة مجتمعية خلال الانتقال، انظر مثلاً: التميمي، عبد الجليل (إشراف). **مرصد الثورة التونسية**، الجزء الأول (تونس: مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات، ٢٠١١)، ١٤٢–١٤٣.

(٥) انظر: مقطوف، عبد المجيد. "من تاريخ 'الوعي' البرلماني العربي". **مجلة المحاماة** (تونس)، عدد ممتاز (أفريل ٢٠١١)، ٧١–٧٢.

(٦) غومة، محمد الصالح. "نحو جمهورية ثانية". **مجلة المحاماة** (تونس)، عدد ممتاز (أفريل ٢٠١١)، ١٥٢.

طالبت حركة النهضة بتبني النظام البرلماني،[١] الذي لطالما دعا إليه زعيمها، راشد الغنوشي، منذ حوالي ثلاثة عقود، باعتباره الخيار "الأصلح لتونس"، اتفاقاً والديمقراطية المنشودة، وفقاً لتصريحات قيادة النهضة.[٢]فيما حلل باحثون نزعة النهضة –خلال الانتقال– لترسية هذا النظام إلى تحقيق مصالحها؛ كونها صاحبة الأغلبية الكبرى في المجلس التأسيسي، وتوقعها استمرار ذلك من خلال أغلبية برلمانية تحققها في الانتخابات القادمة.وهو بالفعل ما كان يخشاه العلمانيون والقوميون.[٣]

في المقابل، كانت النهضة تعارض بشدة تبني نظام رئاسي. وفي تفسير موقفها هذا، هناك من ردّه إلى خشيتها من اعتماد نظام انتخاب الرئيس بدورتين (وهو ما حدث فعلاً)، بما قد يقود إلى تمتع المرشحين العلمانيين والقوميين "بأغلبية داعمة على حساب المرشحين الإسلاميين"، بما يعني أن النظام الرئاسي سيصب في مصلحة خصومها السياسيين.[٤] ذلك فيما رد آخرون هذا الموقف لكونهم "من المعارضة السابقة التي تضررت من النظامين السابقين"، ولديهم دافع "نفسي"، يتمثل بـ "الرُهاب (الفوبيا) من عودة بورقيبة آخر، أو بن علي آخر"، و"لا يبررون شرعية مطالبهم ببراهين سياسية أو دستورية معقولة".[٥]

على الطرف الآخر، الرافض للنظام البرلماني،ذهبالمنصف المرزوقي في وقت مبكر من الانتقال (وهو الذي تقلد خلالهلاحقاً رئاسة الجمهورية، وشارك النهضة في تحالف "الترويكا" الحاكم)، إلى معارضة المنادين "بنظام برلماني صرف، يكون فيه الرئيس مجرّد رمز لوحدة البلاد، لا يتمتع بأي

(١) طرح عمر الشتوي (رئيس لجنة السلطتين التشريعية والتنفيذية في المجلس التأسيسي) أن أول من سوّق للنظام البرلماني هي "مخابرات بن علي" لإعاقة الانتقال؛ "بحثاً عن فرصة لالتقاط الأنفاس". مقابلة شخصية أجراها معه الباحث الأول، في ٢٦ أيار/مايو ٢٠١٦، تونس.

(٢) انظر: الغنوشي، راشد. "تونس: من الثورة إلى الدستور" [مقابلة]، تحرير: صلاح الدين الجورشي. **مجلة سياسات عربية** (قطر)، عدد ١٨ (كانون الثاني/يناير ٢٠١٦)، ١٠٨؛ مراد، حاتم (محرر رئيسي). **الحوار الوطني في تونس** (تونس: منشورات نيرفانا والجمعية التونسية للدراسات السياسية، ٢٠١٥)، ٧٦.

(٣) مراد، الحوار الوطني، ٧٦؛ العلي، "دستور تونس الجديد"، ١٢١.

(٤) العلي، زيد. "دستور تونس الجديد: تحليل سياقي". **مجلة سياسات عربية** (قطر)، عدد ١٨ (كانون الثاني/ يناير ٢٠١٦)، ١٢١. وفي السياق ذاته: مراد، الحوار الوطني، ٧٦–٧٧؛ الأبيض، أحمد. "تونس ومسار التوافقات من التوافق على الدستور والحكومة وصولاً إلى الانتخابات". **مجلة دراسات شرق أوسطية** (الأردن)، السنة ١٨، عدد ٦٨ (صيف ٢٠١٤)، ١٢٣.

(٥) الأخضر، العفيف. **رسائل تونسية** (بيروت وبغداد: منشورات الجمل، ٢٠١٤)، ٥٣–٥٩.

صلاحية سياسية"، معتبراً أن في هذا الموقف تجاهلاً لجملة من الحقائق.(١) لاحقاً، وعند تقلده الرئاسة في نظام أقرب للبرلماني، حازت فيه النهضة على أغلبية برلمانية، تحول موقفه النظري إلى موقف سياسي، شكّل رافعة لخلاف بينه وبين الحكومة التي ترأستها النهضة، متّهماً إياها بالسعي إلى "السيطرة على الدولة".(٢)

وفي الاتجاه ذاته المعارض للنظام البرلماني، عُدّت المناداة به بمثابة التسرع في "إبداء الرأي"؛ بحكم ما يتسبب به من عقبات (أبرزها عدم الاستقرار).(٣) وفيما انتقد إلى جانبه النظام شبه الرئاسي قبالة تفضيل النظام الرئاسي (لما يحققه من استقرار)؛(٤) فهنالك من انتقده إلى جانب النظام الرئاسي. وفيما كان لدى بعضهم نقد للنظامين بحد ذاتهما، وليس بداعي عدم مناسبتها لتونس، مفضّلين نظاماً "على الطريقة الفرنسية"، تُقيد فيه سلطات الرئيس ولا تجرد؛(٥) انتقدهما آخرون لعدم مناسبتهما لتونس، لتونس، مقترحين الخروج عنهما، إما باعتماد نظام "برلماني معقلن"،(٦)وإماعدم التقيد بأي نموذج، وإنما وإنما العمل على "إرساء التوازن داخل السلطة التنفيذية لخلق حكومة برأسين".(٧) وفي السياق ذاته، كان موقف الأطراف العلمانية والقومية و"المعارضة الديمقراطية" (مع بعض التباين في التفاصيل).(٨) وهي المواقف الذي أخذت تصب، بالمحصلة، لدعم نظام شبه رئاسي لم يسلم هو الآخر من الانتقادات؛ حيث هناك من اعتبر المنادين به قد أخطأ وإن ظنوا أنهم "بهذا النظام الهجين يجمعون بين محاسن النظامين البرلماني والرئاسي"، وهم في الحقيقة "وقعوا في مساوئ كلٍّ منهما".(٩)

(١) انظر: المرزوقي، منصف. **إنها الثورة يا مولاي** (تونس: الدار المتوسطية للنشر، ٢٠١١)، ١٩٦-٢٠٠.

(٢) شاهين، أيمن عبد العزيز وأنور موسى صالح. "التحول الديمقراطي في تونس بعد الثورة". **مجلة اللقاء**، السنة ٢٨، عدد ٣/٢ (٢٠١٣)، ٨٥.

(٣) انظر: بوزقرو، محمد. **الأنظمة السياسية والدساتير التونسية: ماذا نختار لتونس؟** ([تونس]: د.ن، [٢٠١١])، ١٢٩-١٣٠.

(٤) انظر: المرجع السابق، ١١٧-١٣١.

(٥) انظر: الأخضر، رسائل تونسية، ٥٣-٥٩. وانظر في انتقاد النظام الرئاسي "بكل صيغه": طرشونة، "منظومة التسلط"، ١٥-١٨.

(٦) الرواتبي، أي نظام سياسي لتونس، ٣٦-٣٧.

(٧) غومة، "نحو جمهورية ثانية"، ١٥٢.

(٨) انظر: مراد، الحوار الوطني، ٧٧، ٨٥.

(٩) انظر: بوزقرو، الأنظمة السياسية، ١٢٩-١٣٥.

لفهم هذا الجدل المكثف، لا بد من التذكير بأن هذه النقاشات كانت تجري ضمن "الحوار الوطني" الذي عاشته تونس، على مراحل/ موجات عدة خلال المرحلة الانتقالية،[١] منها ما تزامنت مع تشكيل المجلس التأسيسي وانعقاده، حيث سيطرت فيها "الترويكا" على الحكم، وكان نصيب النهضة رئاسة الحكومة بصلاحيات طغت على صلاحيات رئيس الجمهورية.

مصر:

أسوة بتونس، شهدت مصر جدلاً موسعاً حول النظام السياسي المنشود. وكانت المطالبات الثورية بالإصلاح الدستوري في مصر لافتةً لانتباه البعض؛ إذ تم التركيز عليها بشكل أكبر من المظالم الاقتصادية والاجتماعية. يقول ناثان براون: ربطت الجماهير بين المطالبة بالحرية والكرامة ومطالبتها "بوضع حد لهيمنة السلطة التنفيذية على كل مصادر السلطة السياسية". ويستطرد: ما يثير الدهشة تقديمها لمطالب محددة، هي قانونية بطبيعتها، مرفقة بمسائل تقنية واضحة.[٢]

وعلى صعيد الجدل الفقهي، توزّعت الآراء بين ثلاثة أنظمة (برلماني، رئاسي، شبه رئاسي)، تماماً كما حصل في تونس؛ حيث طالب البعض بالنظام البرلماني، باعتباره "الأنسب لمصر"، الذي بإمكانه "وحده" أن "يحقق ما نصبو إليه من ديمقراطية حرة، بينما يستحيل تحقيق الديمقراطية في الدولة [الـ] حديثة العهد بالديمقراطية [...] عن طريق النظام الرئاسي"، القابل للانحراف نحو "نظام استبدادي فردي مطلق". ويرى صاحب هذا الطرح أن النظام البرلماني، على خلاف النظام الرئاسي، قد "نجح نجاحاً كبيراً في دول كثيرة؛ إذ إن معظم الأنظمة الديمقراطية في العالم برلمانية". كما يرى أن "محاولة الجمع بين النظامين الرئاسي والبرلماني فيما يسمى بالنظام البرلماسي [...] يؤدي إلى نظام مشوّه، سرعان ما يتحول إلى نظام استبدادي ديكتاتوري".[٣]

وفي هذا السياق، هناك من انتقد توجه المعارضين لتصميم نظام برلماني "خوفاً من هيمنة الأغلبية البرلمانية الإسلامية الحالية [خلال الانتقال] على مقاليد السلطة التنفيذية"، بداعي عدم منطقية رسم "معالم النظام الدستوري لعملية الحكم في ضوء محاذير اللحظة الراهنة". وبالتالي، دعا إلى وضع

(١) انظر: مراد، الحوار الوطني، ٢٠-٢١.

(٢) انظر: براون، ناثان ج. "الثورات الدستورية والمجال العام". في: **شرح أسباب الانتفاضات العربية: منحى سياسي خلافي جديد في الشرق الأوسط** (بيروت: شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، ٢٠١٦)، ٤٣٤، ٤٤٦-٤٤٨.

(٣) سويلم، محمد علي. **الدستور الانتقالي في ضوء الفقه والقضاء الدستوري** (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، الجامعية، ٢٠١٣)، ٣٠٩-٣١٠.

"دستور مؤقت لتغطية مهام المرحلة الانتقالية، بينما يوضع الدستور الدائم، على مهل، للاستفادة من دروس الماضي، ومن أجل تلبية نداء المستقبل".(١)

في المقابل، نجد أن النظام الرئاسي حظي باهتمام البعض بالقول إن "الثقافة السياسية المصرية أقرب للنظام الرئاسي الديمقراطي وليس الاستبدادي الذي عرفناها من قبل"، ويرفض ربط الديمقراطية بالنظام البرلماني وحده، مستشهداً بديمقراطية النظام الرئاسي في عدد من تجارب العالم، وبالأخص العالم الثالث، كدول أمريكا اللاتينية والبرازيل بخاصة.(٢) وهناك من يرى أن المجلس العسكري كان من بين المطالبين بنظام رئاسي؛ لكون "المؤسسة العسكرية تفضل توزيع السلطة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، كما في النظام الرئاسي بطريقة تضمن عدم تغوّل السلطة السياسية على الجيش وقادته".(٣)

المطلب الثاني: التوافق النهائي على شبه الرئاسية

في كلتا التجربتين كان لموقف الإخوان السلمين دورٌ في ترجيح التوافق على نظام مختلط/مقارب للأنظمة شبه الرئاسية، وإن اختلفت المسوّغات؛ فكانت لمصالح توافقية في تونس، وذاتية حزبية في مصر.

تونس:

فيما كانت النهضة تطالب بنظام برلماني، تعارضه غالبية القوى الأخرى، هناك من طالب، ابتداءً، بنظام رئاسي معدّل (الحزب الديمقراطي التقدمي)، أو نظام مختلط (القطب الديمقراطي الحداثي).(٤) في النهاية، تراجعت النهضة عن مطالبتها بنظام برلماني محض، لكنها استمرت تدافع عن توسيع صلاحيات رئيس الحكومة، قبالة حصر صلاحية رئيس الجمهورية، فيما كانت أكثرية الأطراف الأخرى تطالب بتوازن السلطات بينهما.(٥) عزا الغنوشي تراجع النهضة عن المطالبة بالنظام البرلماني

(١) عيسى، "الدستور والثورة"، ١٤٩.

(٢) الشوبكي، عمر. "الدستور والسلطة التنفيذية: ورقة أولية". في: **النظام السياسي في دستور مصر الجديد: رؤى وتوصيات** (القاهرة: منتدى البدائل العربي للدراسات، [٢٠١٢])، ٥، ١٣ [نسخة إلكترونية، استرجعت ٢٠١٥/١١/٢٨، https://bit.ly/2kN0uhA].

(٣) حمد، محمود إبراهيم. "التحديات الدستورية بمصر ما بعد مبارك"، **مجلة رؤية تركية** (تركيا)، عدد ٢ (ربيع ٢٠١٢)، ١٠٢.

(٤) الحميدي، أبو السعود، وسفيان رجب. **محاور الخلاف في الانتقال الديمقراطي بتونس** (صفاقس: دار محمد علي للنشر، ٢٠١٢)، ١٧.

(٥) البوبكري، "ظهور فكرة الدستور"، ٨٦.

إلى حرصهم على "مبدأ التوافق"، وتجاوبهم مع "موازين القوى" (وهو الذي انتقد تفرد إخوان مصر بإعداد دستور غير توافقي). ويوضح أنهم تنازلوا عن هذا النظام على الرغم منكونهم كانوا قادرين على تمريره، وما زالوا يعتبرونه "الأصلح لتونس".[١] في المقابل، هناك من عزا هذا التراجع إلى التركيبة "المتشظية للغاية" لعضوية المجلس التأسيسي، التي لم تتحللنهضة التحكم كلّيّاً في وضع الدستور.[٢]

على صعيد النقاشات في المجلس التأسيسي، كان لطبيعة النظام المنشود نصيب الأسد، ولا سيما في اجتماعات "لجنة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والعلاقة بينهما" (لجنة السلطتين)؛ حيث انعكس النقاش الخارجي على مناقشات المجلس، "إذ تشبثت الكتلة النيابية لحزب النهضة باعتماد النظام البرلماني، بينما رأت أغلبية الكتل اعتماد نظام رئاسي متوازن، وهذا ما تم التوافق حوله في آخر المطاف".[٣] أما عن صيغة النظام المتوافَق عليه، فينقل عن أحد أعضاء اللجنة قوله: "اتفقنا [...] على أن ترجع السلطة السياسية إلى رئيس الجمهورية؛ فهو الضامن لوحدة الدولة، وأن تعود السياسة العامة إلى الحكومة، وكان هذا هو التقسيم النهائي".[٤] في المقابل، يشير تقرير لمركز كارتر إلى أنه "لم يقع الحسم في مسألة النظام السياسي صلب اللجنة" (يقصد لجنة السلطتين)؛ "نظراً لحساسيتها، وتمت تسويتها لاحقاً من قبل لجنة التوافقات".[٥]

قبل الوصول إلى تلك الاتفاقات، تشهد محاضر لجنة السلطتين على أن مسألة طبيعة النظام المنشود كانت حاضرة كموضوع أساسي في جلساتعدة.[٦] تتمثل أبرز الملاحظات على آلية عمل هذه

(١) انظر: الغنوشي، "تونس: من الثورة إلى الدستور"، ١١٦. يتفق وهذه المسوّغات إلى حدّ ما: مراد، الحوار الوطني، ٧٧.

(٢) العلي، "دستور تونس الجديد"، ١٢١.

(٣) السخيري – زروق، صبرية. **انتخاب ومهام المجلس الوطني التأسيسي التونسي** (منوبة – تونس: مركز النشر الجامعي، ٢٠١٤)، ١١١.

(٤) سمير الطيب (عضو المجلس عن حزب المسار الديمقراطي الاجتماعي) في: مراد، الحوار الوطني، ٨٥.

(٥) مركز كارتر. **عملية صياغة الدستور في تونس: التقرير النهائي (٢٠١١-٢٠١٤)** (أتلانتا، [٢٠١٤])، ٦٣ (حاشية (حاشية ١٢٥).

"لجنة التوافقات": لجنة استحدثها المجلس التأسيسي بعد إصدار المسودة النهائية للدستور في تموز/ يوليو ٢٠١٣، تضم ٢٣ عضواً، ممثلين لمختلف الكتل السياسية وعدد من المستقلين، برئاسة رئيس المجلس. وقد لعبت هذه اللجنة دوراً محوريّاً في التوصل إلى حلّ مجمل "القضايا الخلافية". المرجع السابق، ٣٦-٣٧.

(٦) يستند الباحثان بهذا الخصوص إلى عدد من محاضر جلسات اللجنة (الوصف: سجل بخط اليد، بعنوان "المجلد الأول"، وبصفحات غير مرقمة)؛ اذ اطلع الباحث الأول على النسخ الأصلية منها المودعة لدى مجلس نواب الشعب، واستنسخ عنها بإذن رئيس المجلس، وحضور ومساعدة السيدة سعاد بلعزي (كاتبة عامة مساعدة مكلفة باللجان)، بتاريخ ٢٠١٦/٦/٢٨.

اللجنة، في ماشهدته أشغالها من بطء شديد، نتيجة لكثرة المسائل الخلافية، متسببة أحياناً بتأخير إصدار مسودات مشروع الدستور.(١) اتفقت اللجنة، بدايةً، على اتباع منهجية "الانطلاق من الصلاحيات ثم الوصول إلى النظام السياسي"،(٢) أو كما عُبّر عنه في تقرير لها بـ "البحث عن التوافق بعيداً عن النمطية والتجاذبات الحزبية"، في ضوء "ضرورة مراعاة الخصوصية التونسية".(٣)

اتفاقاً وهذه المنهجية، جاءت مداخلات البعض كالمناداة بتوزيع الصلاحيات ضمن السلطة التنفيذية بدقة "لعدم الوقوع في التناقض"، "بقطع النظر عن النظام الذي سيتم اختياره".(٤) وخلافاً لهذه المنهجية، جاءت مداخلات أخرى، كالمناداة بـ "ضرورة تحديد النظام" بداية؛ للتمكن "من حصر الصلاحيات" تالياً.(٥) ومن المسائل التقنية التي أثيرت بهذا الخصوص، العلاقة بين طريقة انتخاب رئيس الجمهورية ومدى اختصاصاته بداية، وتحديد طبيعة النظام السياسي تالياً.(٦) ظلّ الجدل حول النظام السياسي حاضراً بقوة في العديد من الجلسات الأخرى، وبالأخص ما اتصل منها بشؤون الأمن والدفاع، وعلاقة ذلك بمرجعية الصلاحيات بين الرئيس ورئيس الوزراء.(٧) وقد بدا في كثير من الأحيان أن الجدل أخذ منحى التأثر بطبيعة تركيبة النظام السياسي الانتقالي ومراكز القوى فيه (سيطرة النهضة بالأخص)، حتى تساءل أحد الأعضاء مستنكراً: "كأننا بصدد توزيع السلط الآن حسب الواقع الحزبي الحالي".(٨)

وتجري الإشارة بالأخص إلى الجلسات التالية (رقمها وتاريخها): (١٥) في ٢٠١٢/٤/٣، (١٧) في ٢٠١٢/٤/١٧، (١٩) في ٢٠١٢/٤/٢٣، (٢٠) في ٢٠١٢/٤/٢٤، (٤٠) في ٢٠١٢/٧/٢٤، (٥٩) في ٢٠١٢/١١/٣٠، (٦٣) في ٢٠١٢/١٢/١٩. وكان من بين هذه الجلسات جلسات استماع لخبراء مهنيين في السياسة والحكم (جلسة ١٧)، ولخبراء في القانون العام (الجلستان ١٩ و٢٠)، ولخبراء دوليين (الجلسة ٦٣). لغايات التوثيق باختصار لاحقاً، يشار إلى رقم الجلسة، وبالإحالة الضمنية إلى هذه الحاشية المركزية.

(١) السخيري–زروق، انتخاب ومهام المجلس الوطني التأسيسي، ١١٢.

(٢) محضر الجلسة (١٥).

(٣) انظر: المجلس الوطني التأسيسي، "لجنة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والعلاقة بينهما: التقرير الأصلي، التقرير التكميلي، مشروع الفصول"، شباط/فبراير ٢٠١٣، ص٣. متوفر على موقع مجلس نواب الشعب عبر الرابط: https://goo.gl/ddLvsv (استرجع: ٢٠١٦/١١/٢٢).

(٤) إقبال المصدع (المؤتمر)، الجلسة (١٥).

(٥) آمال غويل (النهضة)، الجلسة (١٥).

(٦) نوقشت بشكل خاص في الجلسة (١٥)، وأعيد نقاشها في جلسات أخرى عدة مثل (١٩، ٢٠، ٤٠، ٦٣).

(٧) بالأخص الجلسة (٤٠)، وإلى حد ما الجلسات (٤٩، ٢٤، ١٦).

(٨) الوليد البناني (النهضة)، الجلسة (٤٩). كما أشار إلى ذلك (بخصوص تونس ومصر): العجاتي، "عملية كتابة الدساتير"، ١٦٧–١٦٩.

على صعيد جلسات الاستماع للخبراء، استمعت اللجنة لثلاثة أصناف من الخبراء: سياسيين مهنيّين (ساسة)، أكاديميّين في القانون العام، خبراء دوليين. يلاحظ أنه كانت للمهنيين تصورات خاصة حول النظام المنشود، فاتفق الخبيران على رفضهما للنظام الرئاسي، واختلفا حول إن كان الأنسب نظاماً برلمانيّاً أم مختلطاً.[١] أما الأكاديميون، فغلب على مداخلاتهم التحذير من التقليد غير الواعي للأنظمة، وضرورة مراعاة البيئة التونسية عند تصميم النظام. وإن كان ذلك لم يمنعهم من التلميح إلى النظام الأمثل أو الأسوأ برأي كل منهم، وجمعتهم فكرة عدم مناسبة النظام البرلماني.[٢] وفيما يتعلق بالخبراء الدوليين، استمعت اللجنة لخبير من معهد "Max Planck" الألماني،[٣] الذي استهل مداخلته بالقول إنه "لا يسعى إلى تقديم مثال [يـ] عتمدونه في الدستور الجديد"، لينتقل إلى الحديث عن عدم إيجابية تجربتهم (كألمان) للنظام المزودج "في ظل حكومة فايمر"؛ كونها "أدت إلى الدكتاتورية (هتلر)". واقترح عليهم جملة من المقترحات أبرزها: ضرورة أن تكون للرئيس شرعية مباشرة وصلاحيات محددة بشكل واضح؛ وضع آليات مراقبة تكفل التوازن؛ التمييز الواضح بين اختصاصات الأمن والجيش؛ عدم "إقحام المحكمة الدستورية في المسائل السياسية". وبمناسبة الحديث عن الخبرات الدولية، يُشار إلى أن اللجنة اهتمت بشكل خاص بالاطلاع والمقاربة مع دستوري البرتغال (١٩٧٦) وفرنسا (١٩٥٨).[٤]

مصر:

طالب الإخوان المسلمون، بدايةً، بنظام برلماني "يضع القوة التنفيذية في يد رئيس الوزراء، صاحب الأغلبية بالمجلس النيابي"،[٥] للرئيس فيه دور محدود".[٦] وعلى هذا الأساس، قدموا تعهدات

(١) الحديث هنا بالأخص حول الطاهر بلخوجة ومنصور معلّى، وكلاهما شغل وزارات عدة في عهد بورقيبة (الجلسة ١٧).

(٢) شفيق صرصار، الجلسة (١٩)؛ وعياض بن عاشور وسلسبيل قليبي ولمياء ناجي، الجلسة (٢٠). وهي الآراء التي تتقارب مع رأي أكاديمي آخر، هو قيس سعيّد (انتخب مؤخراً رئيساً للجمهورية، وكان من بين الخبراء الذين استمعت لهم اللجنة، إلا أنه تعذر الوصول إلى جلسة الاستماع خاصته). انظر: التميمي، مرصد الثورة التونسية، ٢٣٢.

(٣) محضر الجلسة (٦٣). لم يُشر إلى اسم الخبير.

(٤) مراد، الحوار الوطني، ٨٥. كما يلاحظ ذلك في المحضرين (١٥) و(٦٣). وفي مقابلة مع رئيس اللجنة (وثقت سابقاً) أشار إلى أنهم اطلعوا، أيضاً، على دساتير جنوب إفريقيا، وألمانيا ومصر (دستور ٢٠١٢).

(٥) ماضي، "تحولات الثورة المصرية"، ٢٦.

(٦) العجاتي، "عملية كتابة الدساتير"، ١٦٨. وفي سياق متصل: حمد، "التحديات الدستورية"، ١٠٣.

"لطمأنة القوى الأخرى من قوة الجماعة شعبياً وتنظيمياً" بعدم التنافس على منصب رئيس الجمهورية. إلا أن الجماعة لم تتقيد بهذه التعهدات "بعد أن رفض المجلس العسكري فكرة الجماعة في تبنّي النظام البرلماني"،[١] فطالبوا مع خسارتهم للأغلبية البرلمانية بحل مجلس الشعب،[٢] وفوز مرشحهم (مرسي) برئاسة الجمهورية،[٣] بـــ "نظام سياسي شبه رئاسي بصلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية".[٤] وبذلك، فإن تحوّل إخوان مصر عن النظام البرلماني تجاه شبه الرئاسي تباين عن ظرف تحول أقـــرانهم فـــي تونس؛ إذ إن إخوان تونس ألجأهم التوافق على ذلك، فيما كان تحول إخوان مصر بداعي المصـــلحة، اتصالاً بمكسب رئاسة الجمهورية. وفي هذا السياق، استغرب البعض من تراجع "الأحزاب السياســـية" عن مطالبتها بنظام برلماني خلال عهد مبارك إلى نظام مختلط بعد الثورة، فيما عزي إلـــى "تطـــور أوضاع" تلك الأحزاب.[٥]

على الصعيد الفقهي، بقيت "الأنظمة المختلطة" أكثر النُظم طلباً بين جمهور الفقهاء، فهنـــاك مـــن رأى أن أنسب الأنظمة السياسية لمصر ما بعد الثورة، هو "النظام الرئاسي المقيد"، الذي يشارك فيـــه مجلس الوزراء رئيس الدولة "في سلطاته، على أن يخضع مجلس الوزراء لرقابة مجلس الشعب". وقد وصل إلى هذا الرأي بعد أن أبرز عدم مناسبة النموذجين الأمريكي والفرنسي لمصر؛ الأول، لكونـــه يعوض فيه "انفراد رئيس الجمهورية بالسلطة التنفيذية [...] وجود مؤسسات المجتمع الأهلي واعتمـــاد النظام هناك على فكرة الولايات"، وغيرها من المسوّغات. فيما أن النظام الرئاسي في مصر ســـينتج عنه "سلطات استبدادية محضة". أما النموذج الثاني (وصفه بـــ "الجمهوري البرلماني" قاصداً النظـــام

(١) ماضي، عبد الفتاح. "تحولات الثورة المصرية في خمس سنوات". **مجلة سياسات عربية** (قطر)، عدد ١٨ (كـــانون الثاني/يناير ٢٠١٦)، ٢٦.

(٢) فاروق، ياسمين. "صنع دستور الثورة المصرية بين العقد الاجتماعي والتعاقد السياسي". في: الإصلاح الدســـتوري في الأوقات الانتقالية: تأمين شـــرعية مســـار بنـــاء المؤسسة الديمقراطية (باريس وبيروت: مبادرة الإصـــــلاح العربي، ٢٠١٤)، ١١٩.

(٣) الحدثان في حزيران/ يونيو ٢٠١٢، تزامنا مع تشكيل الجمعية التأسيسية الثانية.

(٤) العجاتي، "عملية كتابة الدساتير"، ١٦٨.

(٥) انظر: هلال، علي الدين. "الإطار الدستوري والتشريعي: صياغة القانون تحت ضغوط السياسة". في: الصراع من أجل نظام سياسي جديد: مصر بعد الثورة (القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ٢٠١٣)، ١٩٦-١٩٧.

الفرنسي الحالي)، "فهو يحتاج إلى أحزاب قليلة، لكنها قوية تتبادل السلطة فيما بينها [بما] يكفل الاستقرار".[١]

وفي هذا السياق، ذهب باحثان للقول –بعد لفت الانتباه إلى عدم مثالية أيٍّ من النماذج التقليدية– إن"نظام الحكم الأنسب لمصر في المرحلة المقبلة هو النظام المختلط الذي يجمع بين خصائص النظامين الرئاسي الصرف والبرلماني الصرف، والذي يقترب من النموذج الفرنسي"، بوصفه "الأكثر ملاءمة لظروفها السياسية وواقعها الاجتماعي". وبهذا الخصوص، يقدمان ثلاثة دفوع للأخذ بهذا النظام: الأول، عدم خبرة مصر لهذا النظام سابقاً، وبالتالي ليس صحيحاً أنه فشل في التطبيق المصري؛ الثاني، الواقع السياسي المصري وما يشهده من تباين في الأطراف السياسية/ الحزبية وتعددها؛ الثالث، الحاجة الملحة للاستقرار السياسي في مصر خلال المرحلة القادمة. ويعتبران هذه الدفوع هي ذاتها التي تدعو "للتمهل في تبنّي النموذج البرلماني"، مقابل اعتبارات عدة تجعلهما يوصيان "بالابتعاد عن النظام الرئاسي الصرف"، تتصدرها معاناة مصر تاريخيّاً من "التركيز الهائل للسلطات في يد الرئيس".[٢]

في النهاية، قاد العزوف عن التخير بين البرلماني والرئاسي إلى دراسة عدد من النماذج من دول العالم، يقول محمد العجاتي: "فجرى التوصل على نحو طبيعي إلى فكرة النظام شبه الرئاسي أو المختلط"،[٣] في ضوء "وجاهة وأهمية حجج" الطرفين المناديين بالنظامين البرلماني والرئاسي (كل من من جهته)؛[٤] بما يعني أنه كان خياراً وسطيّاً.

(١) البشري، طارق. ثورة ٢٥ يناير والصراع حول السلطة (مصر: دار البشير للثقافة والعلوم، ٢٠١٤)، ٥٩–٦٠. وفي سياق متصل: حماد، قصة الدستور، ٧٨٧.

(٢) بسيوني وهلال، *الجمهورية الثانية*، ١٠٤–١٠٥، ٣٤٣–٣٤٨. وفي السياق ذاته: هلال، "نظام الحكم"، ٣٧–٣٩.

(٣) العجاتي، محمد. "الدستور المصري بين منهج ومضمون". **مجلة بدايات**(لبنان)، عدد ٢ (صيف ٢٠١٢)، ٣٤.

(٤) العجاتي، محمد. "النظام السياسي المصري ما بين البرلماني والرئاسي". **أوراق البدائل** (القاهرة: منتدى البدائل العربي للدراسات، د.ت)، ٧. [نسخة إلكترونية، استرجعت ٢٠١٥/١١/٢٨، https://bit.ly/2m8P3AP].

خاتمة:

إن تقفي تطور النظام السياسي في تونس ومصر، منذ الجمهورية الأولى، يُظهر كيف كان دائماً ترجمة للحظات القوة. وفقاً لهذا المنطق نفهم –على سبيل المثال– التحول المحوري في النظام السياسي اتصالاً بشخصية القائد الملهم (بورقيبة وعبد الناصر)، الذي عُدل لأجله النظام من برلماني إلى رئاسي/ رئاسوي مع تركه لرئاسة الحكومة وتوليه لرئاسة الدولة. ووفقاً للمنطق ذاته، أعيد إحياء منصب رئاسة الحكومة لأسباب بحالة الرئيس الصحية (بورقيبة) أو رؤيته الشخصية (عبد الناصر).

صدر الدستوران التونسي والمصري الحاليان العام ٢٠١٤.[١] وفي الوقت الذي يُعتبر فيه الدستور التونسي هو الأول للجمهورية الثانية، التي اصطبغت تجربتها التأسيسية بالتروي، فإن الدستور المصري هو بمثابة نسخة مُعدلة من دستور العام ٢٠١٢ الذي وضع بتحكم التيار الإسلامي، وعُمد إلى تعطيله مع إسقاط حكمهم صيف ٢٠١٣ بتدخل الجيش. وقد شهد ربيع ٢٠١٩ تعديل الدستور المصري بأحكامٍ تعزز صلاحيّات رئيس الجمهورية على حساب بقية السلطات والمؤسسات.[٢] وهي التعديلات التي فاقمت من التباس طبيعة النظام.

يدعم ما استعرضته هذه الدراسة الشق الثاني من الفرضية الرئيسة التي قامت عليها؛ حيث ما زال الباحثون يلجأون في توصيفهم للنظام السياسي إلى محاولة حشرة في نماذج الأنظمة التقليدية، ولعل ذلك ليس متصلاً، بالضرورة، بمحدودية أفق التحليل، بل قد يكون سببه حاجة

(١) نشر الدستوران على التوالي في: الرائد الرسمي، عدد (خاص)، في ٢٠١٤/٢/١٠؛ والجريدة الرسمية، عدد (٣ مكرر "أ")، في ٢٠١٤/١/١٨.

(٢) انظر التعديلات عبر موقع الهيئة العامة للاستعلامات المصرية، ١٥ نيسان/أبريل ٢٠١٩: https://bit.ly/2DsNB26 (استرجع: ٢٠١٩/٨/١٣).

الباحث لمصطلحات متفق عليها لتوصيف النظام سريعاً.[١] أما فيما يتعلق بالشق الأول من الفرضية، فقد اتضح أن تونس ومصر لم تقلّدا الأنظمة الغربية، بل لطالما خبرتا أنظمة سياسية هجينة، سواء في الجمهورية الأولى أو الجمهورية الثانية؛ صحيح أنها بدت في نهاية الجمهورية الأولى وبداية الثانية مقاربة شكليّا لفكرة النظام شبه الرئاسي (من خلال عملية خلط بين سمات النظامين البرلماني والرئاسي)، إلا أنها لم تخرج كذلك.

وعلى الرغم من إيمان العديد من الكتاب بهذه الحقيقة، فإن ذلك لم يمنعهم ويمنع غيرهم من محاولة توصيف النظام السياسي الذي أرساه الدستور الساري بالمقاربة مع الأنظمة التقليدية؛ فبخصوص تونس، وفي الوقت الذي وصف فيه البعض النظام بالبرلماني المعدل،[٢] أو "جزء من النظام البرلماني"،[٣] أو مقارب له،[٤] أو "أقرب ما يمكن من النظام البرلماني"،[٥] أو نظام شبه رئاسي،[٦] أو "مختلط (رئاسي/ برلماني)"،[٧] هناك من يرى أن النظام السياسي المرسوم "ربما احتاج إلى توصيف جديد، خارج التصنيفات الرسمية، ليكون من قبيل ما يمكن أن نسميه: نظام 'برلمانوي ترئيسي' (Parlementariste Presidentialisé) في معنى نظام قائم على

(١) ومن ذلك أن الباحثين اضطرا في هذه الدراسة إلى استعمال تلك المصطلحات، وإن حرصا أن تكون إشارتهما إليها غير مطلقة، أحياناً باستعمال تعابير تُفيد الانتماء وليس التوصيف الدقيق، كاستعمال "شبه الرئاسية" (وليس شبه رئاسي) بما يفيد مقاربة النظام الموصوف شكليّاً للنظام شبه الرئاسي.

(٢) الدقي، تونس من الإيالة إلى الجمهورية، ٨.

(3)OTHMAN, Farhat, 'Les nouvelles constitutions arabes: Tunisie, Maroc, Egypte', p. 6. http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK_files/Colloque.pdf (vued on 29/1/2018)

(٤) سعد، نادين. "تطور الأوضاع الدستورية والسياسية في بلدان الثورات والانتفاضات: تونس–مصر–ليبيا–اليمن". في: **حال الأمة العربية ٢٠١٤–٢٠١٥: الإعصار: من تغيير النظم إلى تفكيك الدول** (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠١٥)، ١٩١.

(٥) خضر، الحبيب. **الوجيز في شرح الدستور** (تونس: مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، ٢٠١٧)، ١٢٣.

(٦) العلي، "دستور تونس الجديد"، ١٢١؛ غي، سيسيل. **دستور الجمهورية التونسية الصادر في ٢٧ جانفي ٢٠١٤ وحوكمة القطاع الأمني** (د.م: مركز جنيف للرقابة الديمقراطية على القوات المسلحة، [٢٠١٥])، ١٧. وأيضاً:

Jörg FEDTKE, "Comparative analysis between the constitutional processes in Egypt and Tunisia -lessons learnt- Overview of the constitutional situation in Libya" (Brussels: Directorate-General for External Policies at European Parliament, 2014), 9.

(٧) طارق، دستورانية، ٢٤٩. وفي سياق متصل: بن حماد، القانون الدستوري، ٥٤١.

مبدأ برلماني مشوّه، ومطعَّم بآليات رئاسية ثانوية أو هامشية".[١] في المقابل، رأت لجنة البندقية[٢] ملامح لنظام شبه رئاسي، تطغى فيه سمة البرلمانية على الرئاسية.[٣]

أما بخصوص مصر، فهناك من وصف دستور ٢٠١٢ (في معرض انتقاد) بأنه أخذ بنظام سياسي مختلط على النمط الفرنسي،[٤] أو تجاوز ذلك النمط "لمصلحة النظام الرئاسي".[٥] وبالإجمال، أُخذ على هذا الدستور نزعته نحو تعزيز صلاحيات الرئيس ومكانته.[٦] وبذلك، جاء تصميم النظام معبراً عن "ممارسة 'انتقائية' من منابع فكرية ودستورية متنوعة المشارب"، فكان الناتج نظاماً مختلطاً.[٧] أما دستور ٢٠١٤ (قبل تعديلات ٢٠١٩)، فهناك من وجده قد "أعاد

(١) العجمي، بين ثورة المجتمع، ٤٠.

(٢) اسمها الكامل "المفوضية الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون"، وتُعرف بلجنة البندقية أو فينيسيا نسبة للمدينة الإيطالية التي تعقد فيها اجتماعاتها. وهي هيئة استشارية تابعة لمجلس أوروبا، تقدم استشارات قانونية للدول الأعضاء فيها لتطوير بناها الدستورية والقانونية، انظر حولها:
https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN

(٣) انظر: الرأي (٢٠١٣/٧٣٣)، في ٢٠١٣/١٠/١٧، ص ١٦. متوفر على موقع اللجنة عبر الرابط: https://goo.gl/hq18mW. جاء تعليق اللجنة على المسودة الرابعة–الأخيرة المؤرخة في ١ حزيران/ يونيو ٢٠١٣.
يتفق مع هذا التوصيف لطفي طرشونة (عضو الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في الجمهورية التونسية)؛ إلا أنه يعلق ذلك الطغيان أو المنحنى البرلماني على وجود رئيس وزراء من أغلبية برلمانية وذي شخصية قوية. وهو ما يبقى مرهوناً بالواقع. مقابلة شخصية، ١٣ تموز/يوليو ٢٠١٦، سوسة–تونس.

(٤) جمال جبريل في: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات. "ندوة 'الدستور المصري ومرحلة الانتقال نحو الديمقراطية'". في: **جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر: بين ٢٥ يناير و٣٠ يونيو** (بيروت، ٢٠١٤)، ٢٧٠.

(٥) انظر: عليوة، محمد طه. "مصر على أعتاب الجمهورية الثانية: التغيرات الدستورية قبل ثورة ٢٥ يناير وبعدها". في: **جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر: بين ٢٥ يناير و٣٠ يونيو** (بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٢٠١٤)، ٨٧–٨٨.

(٦) انظر: عبد الله، ثناء فؤاد. "الدستور المصري الجديد ومرحلة التأسيس الديمقراطي: ملابسات المرحلة الانتقالية". في: **جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر: بين ٢٥ يناير و٣٠ يونيو** (بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٢٠١٤)، ٢٤٦–٢٤٧.

(٧) هلال، "الإطار الدستوري والتشريعي"، ٢٠٣، ١٩٢.

النظام الرئاسي"،[١] فيما تحدث البعض عن تبنّيه نظاماً شبه رئاسي،[٢] أو "نظاماً رئاسياً معقلناً بجرعات برلمانية أقل" مما في النظام التونسي.[٣]

وفيما يتعلق بمقاربة "الثبات والتحول"، خلصت الدراسة إلى أن الثبات قد طغى على التحول، سواء في تصميم الأنظمة أو توصيفها؛ فإضافة إلى ما ذكر أعلاه، يُلاحظ أن الأدبيات التي عرضت لتوصيف النظام السياسي في الجمهورية الثانية، ما زالت تتبع المعايير التقليدية ذاتها، في تصنيف الأنظمة السياسية التي اتّبعت في تحليل النظام السياسي، خلال الجمهورية الأولى. وهي المعايير التي تقف عاجزة عن إبراز إشكاليات النظام السياسي في كلٍّ من تونس ومصر؛ لعدم مراعاتها خصوصية "الحبكة" التي قام عليها النظامان. ولذلك، عمد الباحثان في دراسة سابقة،[٤] إلى بلورة مقاربة نظرية جديدة في تحليل الأنظمة السياسية، وسوف يطوّرانها ويطبقانها على الحالتين التونسية والمصرية في دراسة لاحقة.[٥]

(١) أبو ردن، عبد الإله "مدى تأثر التعديلات الدستورية بالمشهد السياسي في مصر"، **مجلة دراسات- علوم الشريعة والقانون**(الأردن)، مجلد ٤٤- ملحق (٢٠١٧)، ٢٦.

(٢) انظر: القاسم، باسم، وربيع الدنّان. **التغيرات الدستورية والانتخابات**. سلسلة مصر بين عهدين – مرسي والسيسي: دراسة مقارنة (١) (بيروت: مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، ٢٠١٦)، ٥٢. وأيضاً: FEDTKE, "Comparative analysis", 9 (التوصيف ذاته قدمه للنظام التونسي). وكذلك: مجيب، مي. "سلطة تنفيذية قوية: العلاقة بين الرئيس ومجلس الوزراء". في: **عودة الدولة: تطور النظام السياسي في مصر بعد ٣٠ يونيو** (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠١٥)، ٢١٨ (في الصفحة التالية تصفه بنظام رئاسي!).

(٣) طارق، *دستورانية*، ٢٥٠. وفي سياق متصل: سعد، "تطور الأوضاع"، ١٨٩.

(٤) توام وخليل، "مقاربة نظرية جديدة".

(٥) إضافة إلى الاستناد إلى المقاربة التي نظرت لها الدراسة السابقة، ستعمد الدراسة القادمة (قيد التحكيم) إلىالتأسيس لتحليل النظام السياسي من خلال دور ثلاث مؤسسات ومكانتها: الرئاسة، الجيش، والقضاء الدستوري؛ التي تطرح إشكال تعدد "المرجعيات المفتاحية".

تعدد الجنسيات وحق ممارسة الحقوق السياسية في التشريع الأردني

د. محمد حسين القضاة*

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٩/١٢/٣م. تاريخ القبول: ٢٠٢٠/٢/٢٧م.

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النصوص القانونية التي يترتب على تطبيقها تعدد الجنسيات، وذلك من خلال تعريف تعدد الجنسيات وأسبابه في ضوء قانون الجنسية الأردنية رقم ٦/ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته، بالإضافة إلى بيان النصوص القانونية التي تنظم حق متعدد الجنسيات في ممارسة الحقوق السياسية في التشريع الأردني، ومقارنته بتشريعات بعض الدول، وذلك من خلال التطرق إلى حقه في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها، وحق الانتخاب والترشيح، وحقه في تولي المناصب العليا في السلطتين التنفيذية والقضائية. وقد توصلت الدراسة إلى أن ممارسة متعدد الجنسيات لحقوقه السياسية في التشريع الأردني ينجم عنها العديد من الإشكاليات بسبب غياب النصوص المنظمة لحلها، ومن ناحية أخرى بسبب تعارض العديد من نصوص هذه القوانين مع الدستور. لذلك تدعو الدراسة المشرع الأردني إلى وضع آلية واضحة تنظم الحقوق السياسية لمتعدد الجنسيات. تم الاعتماد عند إعداد هذه الدراسة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وكذلك المنهج المقارن والمنهج التاريخي. وتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول: تعريف تعدد الجنسيات وأسبابه، المبحث الثاني: حق متعدد الجنسيات في ممارسة الحقوق السياسية.

الكلمات الدالة: تعدد الجنسيات، أسباب تعدد الجنسيات، الحقوق السياسية لمتعدد الجنسيات.

* كلية الحقوق، جامعة عمّان الأهلية، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Multiple Citizenship and the Right to Exercise Political Rights in the Jordanian Legislation

Dr. Mohammed Husien Al-Qudah

Abstract

This study aims to clarify the legal provisions that their application entail multi-nationality, by defining multiple citizenship and its causes in light of the Jordanian Nationality Law No. 6 of 1954 and its amendments, in addition to defining the legal provisions regulating the multinational right to exercise political rights in Jordanian legislation, in comparison with the legislation of some other countries, by addressing the right to establish and join political parties, the right to vote and run for Elections, and the right to hold senior positions in the executive and judicial authorities.

The study concludes that exercising political rights by multinationals under Jordanian legislation results in many complications due to the absence of provisions governing its resolution; on the other hand, many of these provisions contradict the Constitution. The study calls on the Jordanian legislator to establish a clear mechanism to regulate the political rights of multinationals. This study adopted the descriptive and analytical approaches, as well as the comparative and historical approaches. This study was divided into two chapters. The first chapter defines multinationalism and its causes, the second chapter discusses the multinational right to exercise political rights.

Keywords: Multinational, Multi Citizenship Causes, Political Rights of Multinational.

المقدمة:

ينظم المشرع الأردني أحكام الجنسية في القانون رقم ٦/ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته، وتبين نصوص هذا القانون من يتمتع بالجنسية الأصلية، ومن يكتسب الجنسية عن طريق التجنس أو الزواج المختلط. ومما لا شك فيه أنه عند تطبيق نصوص القانون تظهر حالات تعدد الجنسيات للأفراد، ويترتب على حيازتها نشوء العديد من الحقوق التي قد تثير إشكاليات عند ممارستها في العديد من الحالات.

فيما يتعلق بالحقوق السياسية، يلحظ أن الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته، وبعض القوانين الأردنية، نصت صراحة على جواز تعدد الجنسيات، حتى بالنسبة لمن يتولى بعض المناصب العليا في الدولة مثل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، بل ووصل الأمر كذلك إلى السلطة القضائية، مما يثير التساؤل حول مدى كفاية النصوص القانونية المنظمة للحقوق السياسية لمتعدد الجنسيات.

مشكلة الدراسة:

يثير تعدد الجنسيات العديد من الإشكاليات للأشخاص الذين يحملون جنسيات هذه الدول. إذ تظهر بشكل واضح عند ممارسة الشخص لحقوقه السياسية مثل الحق في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها، الحق في الانتخاب والترشيح، وكذلك عند تولي المناصب السيادية في الدولة، مثل منصب رئيس الوزراء أو وزير في الحكومة. ومما لا شك فيه أنه عند ممارسة هذه الحقوق أو تولي المناصب العليا، فمن شأنها التأثير على سيادة الدولة وأمنها، وذلك نظراً لخطورة المهام التي يمارسها شاغلو هذه المناصب، وما يتولد عنها من قرارات مصيرية ترتبط ارتباطاً مباشراً بمصالح الدولة العليا وتقرير مصيرها في كثير من الاحيان.

ولعل غياب بعض النصوص القانونية المنظمة لحق متعدد الجنسيات في ممارسة الحقوق السياسية، وتعارض العديد من أحكامها مع الدستور يشكّل النقطة الأساسية لإشكالية الدراسة. فالمشرع الأردني أغفل تنظيم حق الانتخاب بالنسبة للمرأة الأجنبية المتجنسة بالجنسية الأردنية بسبب زواجها من أردني، وتحتفظ بجنسيتها الأجنبية مما يجعلها من متعددي الجنسيات، ويثير التساؤل عن حقها في انتخاب أعضاء مجلس النواب. كما أن بعض نصوص قوانين الانتخاب لمجلس النواب والمنظمة لحق الترشيح لعضوية مجلس النواب تتعارض مع المادة (١/٧٥) من الدستور، الأمر الذي أفقد هذه النصوص قيمتها في التطبيق وجعلها عرضة للمخالفة.

ويتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات، منها:

١- هل يحق لمتعدد الجنسيات ممارسة حقوقه السياسية بشكل مطلق أسوة بالشخص الذي يحمل جنسية واحدة؟ وهل هناك قيود معينة تمنعه من ممارسة تلك الحقوق؟

٢- هل يعتبر المشرع الدستوري موفقاً في تنظيمه لحق متعدد الجنسيات في الانتخاب والترشح لعضوية مجلس النواب، وتولي المناصب العليا في الأردن؟ وهل يُعدُّ هذا التنظيم كافياً، أم هو بحاجة إلى نصوص أخرى؟

٣- هل تنبّه المشرع الأردني للمشكلات التي سيواجهها متعدد الجنسيات عند ممارسته لمهامه السيادية في الدولة، إذ إن ممارسة هذه المهام قد تكون محفوفة بالعديد من المخاطر، فهل تبنّى المشرع حلولاً لها؟

إن كل هذه التساؤلات ستكون محور دراستنا عند مناقشة ظاهرة تعدد الجنسيات والمشكلات التي تثيرها هذه الظاهرة عند ممارسة متعدد الجنسيات للحقوق السياسية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النصوص القانونية في تشريع الجنسية الأردنية التي ينجم عنها تعدد الجنسيات، وإلى الأسباب التي أدت إلى نشوء هذه الظاهرة، مع بيان أبرز المشكلات التي قد تواجه متعدد الجنسيات عند ممارسته للحقوق السياسية. كما تهدف الدراسة إلى بيان القواعد القانونية التي تبناها المشرع الأردني لتنظيم هذه الظاهرة.

أهمية الدراسة:

من قراءة النصوص الواردة في الدستور والعديد من القوانين المتعلقة بتنظيم ممارسة الحقوق السياسية، يلاحظ بأن المشرع الأردني يميل إلى تبني مبدأ تعدد الجنسيات من دون آلية لتنظيمه تنظيماً دقيقاً يحفظ حقوق المواطن الأردني من دون تمييز، ويترتب العديد من الإشكاليات القانونية على ترك هذه المسألة من دون تنظيم بهذه الصورة، خاصة وأن ممارسة هذه الحقوق تتعلق بسيادة الدولة وأمنها الوطني، فلذلك لابد من وجود آلية دقيقة وواضحة تنظم هذا الموضوع.

منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهجين الوصفي والتحليلي، وعند التطرق إلى تشريعات الدول الأخرى تم اعتماد المنهج المقارن، والمنهج التاريخي وخاصة عند تتبع النص القانوني المتعلق بتنظيم حق الأردني في الترشح لعضوية مجلس النواب.

تقسيم الدراسة:

سنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول: تعريف تعدد الجنسيات وأسبابه، المبحث الثاني: حق متعدد الجنسيات في ممارسة الحقوق السياسية.

المبحث الأول: تعريف تعدد الجنسيات وأسبابه

يستعمل الفقه عدة مصطلحات للتعبير عن تعدد الجنسيات، فهو يستعمل مصطلح ازدواج الجنسية، ومصطلح التنازع الإيجابي للجنسيات، ومصطلح تراكم الجنسيات.(١) ولبيان مصطلح تعدد الجنسيات، يتعين تعريفه من جهة، وبيان أسبابه من جهة أخرى، وذلك في المطلبين الآتيين: المطلب الأول: تعريف تعدد الجنسيات، المطلب الثاني: أسباب تعدد الجنسيات.

المطلب الأول: تعريف تعدد الجنسيات

تعدد الجنسيات عبارة عن مصطلح مركب من كلمتين: "تعدد"، و "الجنسيات"، لذا من الأهمية بمكان تعريف كل منهما على حدة، وبعد ذلك تعريف تعدد الجنسيات كمصطلح مركب.

التعدُد في اللغة من العدّ الذي هو الإحصاء، نقول عددت الشيء أي أحصيته.(٢) قال تعالى: {وَأَحْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا}(٣) والتعدد يدل على التنوع أو الكثرة، نقول مثلاً: تعددت الآراء حول الموضوع، أي كثرت أو تنوعت. ونقول تعدد الزوجات، أي الشخص الذي له أكثر من زوجة.

أما الجنسيات فهو جمع لفظة الجنسية، والجنسية لغة: لفظ مشتق من كلمة الجنس، والجنس: الضرب من كل شيء، هو من الناس ومن الطير، والجمع أجناس.(٤) والجنسية هي رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة.(٥)

أما فيما يتعلق بتعريف تعدد الجنسيات اصطلاحاً فقد وضع الفقه عدة تعريفات، ويمكن عرضها على النحو الآتي:

(١) انظر: عشوش، القانون الدولي الخاص، ص ٤٢.
(٢) ابن منظور، لسان العرب، المجلد (٦)، ص ٤٣.
(٣) سورة الجن، الآية ٢٨.
(٤) ابن منظور، مرجع سابق، المجلد (١٠)، ص ٦٤.
(٥) انظر تفصيلا: عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج١، ص ١٢٥.

عرف جانب من الفقه تعدد الجنسيات بأنه: "وضع قانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر، بحيث يعتبر قانوناً من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها وبصرف النظر عما إذا كانت الجنسيات قد تعددت دون إرادة الشخص أو كان لإرادته دور في ذلك".(١)

وهناك تعريف آخر هو أن: "تعدد الجنسيات وضع قانوني يثبت فيه لنفس الفرد جنسية أكثر من دولة في وقت واحد، بحيث يعتبر قانوناً من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها، وذلك سواء أكانت إرادته صريحة أو مفترضة".(٢)

ويلاحظ مدى التشابه بين التعريفين السابقين، إذ يعرفان تعدد الجنسيات على أنه وضع قانوني يكون أو يثبت لنفس الشخص جنسية أكثر من دولة، بغض النظر عما إذا كان لإرادة هذا الشخص دور في الحصول على هذه الجنسيات أم لم يكن لهذه الإرادة أي دور.

ويقترب من هذين التعريفين التعريف الذي اعتبر فيه تعدد الجنسيات "حالة"، فقد عرف أحد الشراح تعدد الجنسيات بأنه: "حالة يعتبر فيها الشخص في نفس الوقت مواطناً بموجب قوانين أكثر من دولة واحدة".(٣)

ويستعمل جانب آخر من الفقه لفظ "تمتع"، إذ يعرف أحدهم تعدد الجنسيات على أنه: "تمتع الشخص بأكثر من جنسية وفقاً لقانون دولتين أو أكثر".(٤) أو هو: "تمتع شخص معين بجنسية أكثر من دولة على وجه صحيح، وفقاً لقوانين هذه الدول".(٥) ولفظ التمتع مجازي فيما يبدو، لأنه يرد عادة على على الانتفاع بالشيء المادي، أما بالنسبة لمصطلح الجنسية، وإن كانت ليست شيئاً مادياً إلا أن الشخص يستفيد منها من خلال الانتفاع بالحقوق التي تمنحها له الدولة مانحة الجنسية.

وعرف جانب آخر من الفقه تعدد الجنسيات بأنه: "انتماء متزامن للفرد إلى دولتين ذواتي سيادة".(٦) وما يعيب هذا التعريف أنه لم يُبيّن طبيعة الانتماء إلى الدولتين. وانتماء الشخص لهاتين

(١) انظر: سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ص ١٦٥– ١٦٦.

(٢) انظر: عبدالعال، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، ص ١٥٠.

(3) Tiryakioglu, Bilgin, Multiple citizenship and its consequences in Turkish Law, Ankra Law Review, pp- 16.

(٤) عشوش، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٥) العيسى، الأصول العامة في الجنسية، ص ١٨٦.

(٦) مشار إليه عند خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، ص ٥.

الدولتين يكون بالجنسية التي يحملها، والأمر الآخر أنه قَصَرَ انتماء الشخص لدولتين فقط، في حين أنه قد يحمل الشخص أكثر من جنسيتين.

ويفرّق جانب آخر من الفقه[١] بين ازدواج الجنسية وتعدد الجنسيات، فيعرف ازدواج الجنسية على أنه: "تمتع الشخص بجنسية دولتين، في حين انه يقصد بتعدد الجنسية حيازة الشخص لجنسية أكثر من دولتين".

وهنا تجدر الاشارة إلى أن المعنيين مترادفان فيما يبدو، فلا داعي للتفرقة بين ازدواج الجنسية وتعدد الجنسيات، فكما نقول للشخص المتزوج من امرأتين متعدد الزوجات، فإننا نقول أيضا للشخص المتزوج من ثلاث أو أربع نساء متعدد الزوجات.

ومن ناحية أخرى يلاحظ في هذا التعريف استعمال لفظ "تمتع" بالنسبة للشخص الحامل لجنسيتين، ولفظ "حيازة " بالنسبة للشخص الحامل أكثر من جنسية. ونعتقد أنه لا داعي لهذه التفرقة لأنهما يحملان نفس المعنى.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد عرفت الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية لسنة ١٩٩٧م تعدد الجنسيات في المادة (٢/ب) بأنه: "الحيازة المتزامنة لجنسيتين أو أكثر من قبل نفس الشخص".[٢]

وحيازة الشخص في وقت واحد لجنسيتين أو أكثر يقصد به كما يبدو حمل الشخص لهذه الجنسيات في وقت واحد، لهذا يعرف بعض الفقهاء متعدد الجنسيات بأنه: "الشخص الذي يحمل قانوناً أكثر من جنسية في لحظة زمنية محددة وفقاً لقانون دولتين أو أكثر".[٣]

أما على صعيد التشريعات، فنجد بعض القوانين قد تعرضت لتعريف تعدد الجنسيات. فقد عرّف قانون الجنسية لدولة بوروندي لعام الصادر في ١٨/ يوليو ٢٠٠٠ ازدواج الجنسية في المادة (٤/١) على أنه: "وضع قانوني بمقتضاه يكتسب الشخص جنسية ثانية بالإضافة إلى جنسيته الأصلية".[٤]

---

(١) زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري، ص ٣٥٨.

(2) Multiple nationality means the simultaneous possession of two or more nationalities by the same person

(٣) خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، ص ٢٩.

(٤) انظر: الموقع الإلكتروني: https://www.refworld.org/docid/485ba8577.html ، تاريخ الدخول:٢٤/١/٢٠٢٠.

ويفهم من هذا التعريف أن متعدد الجنسيات يجب أن يحمل جنسيتين إحداهما أصلية والأخرى مكتسبة، في حين أن تعدد الجنسيات يمكن بمقتضاه اكتساب جنسيتين أصليتين وخاصة بالنسبة لتعدد الجنسيات المعاصر للميلاد.

والذي يبدو أن اقتصار تعريف تعدد الجنسيات على الشخص الذي يحمل جنسيتين هو ما يظهر على صعيد الواقع من أن الأشخاص الذين يحملون جنسيتين، أي أن مزدوجي الجنسية أكثر عددا من الذين يحملون ثلاث جنسيات أو أربع.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فهو يستعمل كلا التعبيرين، إذ جاء في المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣/ لسنة ١٩٧٦ الآتي: "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى، فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه".

وبعد أن فرغنا من تعريف تعدد الجنسيات، سيتعين علينا معرفة الأسباب التي تؤدي إلى نشوء تعدد الجنسيات وهو ما سنعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أسباب تعدد الجنسيات

تختلف الأسباب المؤدية إلى تعدد الجنسيات نظراً لاختلاف تشريعات الجنسية للدول المختلفة. فقد تكون أسباب تعدد الجنسيات مرافقة لميلاد الشخص، وقد تكون في تاريخ لاحق لميلاد الشخص. وتشريع الجنسية الأردني هو الآخر تظهر فيه العديد من الحالات التي ينشأ عنها تعدد الجنسيات المرافق للميلاد، وكذلك اللاحق للميلاد. ولبيان هذه المسائل سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول: أسباب تعدد الجنسيات المرافق للميلاد، الفرع الثاني: أسباب تعدد الجنسيات اللاحق على الميلاد.

الفرع الأول: أسباب تعدد الجنسيات المرافق للميلاد

قد يتحقق تعدد الجنسيات المرافق للميلاد في الحالات الآتية:

أولاً: اختلاف الأسس في منح الجنسية

قد تختلف الأسس التي تأخذ بها تشريعات الجنسية للدول المختلفة في منح الجنسية، إذ إن بعضاً من هذه التشريعات تمنح جنسيتها بناء على حق الدم مثل قانون الجنسية الأردني رقم ٦/ لسنة ١٩٥٤

وتعديلاته،[١] في حين تمنح تشريعات أخرى جنسيتها بناء على حق الإقليم مثل كندا.[٢] وبناء على ذلك فإذا ولد طفل من أب يتمتع بجنسية دولة تعتد بحق الدم على إقليم دولة أخرى تعتد بحق الإقليم، فإن هذا الطفل سيكون متعدد الجنسيات فور ميلاده، حيث ستثبت له جنسية دولة الأب بناء على حق الدم، وستثبت له كذلك جنسية الدولة التي ولد فيها بناء على حق الإقليم.[٣] ومن الأمثلة على ذلك أن يولد طفل لأب أردني في كندا، فيكون الطفل في هذه الحالة متعدد الجنسيات، إذ سيحصل على جنسية أبيه الأردني بناء على حق الدم، كما سيحصل على الجنسية الكندية بناء على حق الإقليم الذي ولد فيه.

ثانياً: اتحاد الأسس في منح الجنسية مع اختلاف طريقة إعمالها

قد تتفق دولتان في منح الجنسية بناء على حق الدم مع الاختلاف في تحديد دور الأب أو الأم في نقل الجنسية للمولود، فيكون للمولود جنسية كل من الدولتين. فقانون الجنسية الأردنية يمنح بموجب المادة (٣/٣) الجنسية الأصلية بناء على حق الدم من جهة الأب، في حين يمنح قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦/ لسنة ٢٠٠٦ الجنسية الأصلية من جهة الأب أو الأم من دون تمييز.[٤] وبناء على ذلك إذا ولد طفل لأب أردني الجنسية وأم عراقية، فيكون للطفل المولود الجنسية الأردنية بناء على حق الدم من جهة الأب، والجنسية العراقية بناء على حق الدم من جهة الأم العراقية.

ثالثاً: تعدد جنسيات الأب أو الأم

ليس هناك ما يمنع من الناحية النظرية والقانونية والعملية أن يكون سبب تعدد الجنسيات المرافق للميلاد هو تعدد جنسيات الأب أو الأم قبل ميلاد الطفل الذي ينحدر من هذه العلاقة الزوجية، ومن الأمثلة على ذلك، أن يتمتع الأب بالجنسيتين الأردنية والألمانية. وبذلك يستطيع الأب من الناحية القانونية نقل الجنسيتين التي يحملهما إلى الولد المولود منه. وإذا كان الأب المتعدد الجنسيات متزوجاً من امرأة مصرية مثلاً يصبح هذا المولود حاملا لثلاث جنسيات هي الجنسية الأردنية والألمانية

(١) حيث تنص المادة (٣/٣) بأنه: يعتبر أردني الجنسية من ولد لأب متمتع بالجنسية الأردنية ".

(٢) حيث تنص المادة (٣/١/أ) من قانون الجنسية الكندية الآتي: مع مراعاة هذا القانون يكون الشخص مواطناً إذا ولد في كندا بعد ١٤/ شباط ١٩٧٧. انظر الموقع الإلكتروني:

https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-29/20140206/P1TT3xt3.html ، تاريخ الدخول:٢٠٢٠/١/٢٤.

(٣) صادق، الجنسية المصرية، ص ١٩٤.

(٤) حيث تنص المادة (٣/أ) من قانون الجنسية العراقية بأنه: يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو أم عراقية.

والمصرية. وإذا كانت هذه المرأة المصرية تحمل كذلك الجنسية الفرنسية يصبح المولود أيضاً حاملا لأربع جنسيات وهكذا.(١)

الفرع الثاني: أسباب تعدد الجنسيات اللاحق على الميلاد

تبرز أسباب تعدد الجنسيات اللاحق على الميلاد في العديد من نصوص قانون الجنسية الأردنية وتعديلاته، ويمكن بيان ذلك في الآتي:

أولاً: التجنس الإرادي

يعد التجنس أحد طرق كسب الجنسية في العديد من تشريعات الدول. فقد يحدث أن يقدم أحد الأشخاص طلباً بالتجنس في إقليم الدولة التي يقيم فيها، ويحصل على جنسيتها من دون أن تشترط عليه هذه الدولة التنازل عن جنسيته الأولى، فيصير متعدد الجنسيات. وقد نصت المادة (١٥) من قانون الجنسية الأردنية بأن: "لكل أردني أن يتخلى عن جنسيته الأردنية ويتجنس بجنسية دولة أجنبية بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء".

فلو فرضنا أن هذا الأردني تجنّس بالفعل بالجنسية الأجنبية في الوقت الذي لم يوافق فيه مجلس الوزراء على أن يتخلى عن جنسيته الأردنية، فإن هذا الأردني سيكون متعدد الجنسيات. وكذلك الحال إذا لم يقدم الأردني طلباً بالتخلي عن جنسية الأردنية إذ يبقى محتفظاً بجنسيته الأردنية سنداً للمادة (١٧/أ) من قانون الجنسية الأردنية.(٢)

ونفس الحكم يسري بموجب المادة (١٦) من قانون الجنسية الأردني في حالة تجنس الأردني بجنسية دولة عربية من دون أن يتخلى عن جنسيته الأردنية فيكون متعدد الجنسيات إذ لا يتطلب موافقة مجلس الوزراء.(٣)

---

(١) حيث إن القانون رقم ١٥٤/ لسنة ٢٠٠٤م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٦/ لسنة ١٩٧٥م بشأن الجنسية المصرية سمح للأم المصرية بنقل جنسيتها إلى ابنها، حيث تنص المادة (٢/ الفقرة ١) الآتي: " يكون مصرياً من ولد لأب مصري أو لأم مصرية".

(٢) تنص المادة (١٧/أ) على أنه: يبقى الأردني الذي حصل على جنسية دولة عربية محتفظاً بجنسيته الأردنية ما لم يتخل عنها وفقاً لأحكام هذا القانون.

(٣) تنص المادة (١٦) على أن لكل أردني أن يتخلى عن جنسيته الأردنية ويتجنس بجنسية دولة عربية.

ثانياً: الزواج المختلط

يقصد بالزواج المختلط: "ذلك الزواج الذي يعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين".[١] أو بأنه: "الزواج الذي يعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة".[٢]

ويعد الزواج المختلط أحد طرق اكتساب الجنسية في العديد من تشريعات الدول. فقد يحدث أن يتزوج مواطن أردني من امرأة أجنبية، فتدخل في جنسيته بناء على شروط ميسرة يمنحها قانون جنسية الزوج الأردني من دون أن يشترط هذا القانون التنازل عن جنسيتها، فتصبح الزوجة مزدوجة الجنسية، تحمل جنسيتها الأصلية، وفي نفس الوقت تحمل جنسية الزوج الأردنية المكتسبة. وقد نصت المادة(١/٨) بأنه: "للأجنبية التي تتزوج أردنيا الحصول على الجنسية الأردنية بموافقة وزير الداخلية إذا أعلنت عن رغبتها خطياً وذلك وفقاً لما يلي: (أ) إذا انقضى على زواجها ثلاث سنوات وكانت تحمل جنسية عربية. (ب) إذا انقضى على زواجها خمس سنوات وكانت تحمل جنسية دولة غير عربية".[٣]

كما يمكن أن يحدث الزواج المختلط عند زواج الأردنية من غير أردني، فبموجب المادة (٢/٨) من قانون الجنسية الأردني فإن للمرأة الأردنية التي تتزوج من أجنبي وحصلت على جنسية زوجها الاحتفاظ بجنسيتها الأردنية. فالقانون لا يلزمها بالتخلي عن جنسيتها الأردنية إلا وفقاً لأحكام هذا القانون. ولكن إذا اشترط قانون جنسية الزوج التخلي عن جنسيتها للحصول على جنسية الزوج فهي بالخيار بين التخلي عن جنسيتها الأردنية لصالح جنسية الزوج أو الاحتفاظ بجنسيتها الأردنية.[٤] الجدير بالذكر أنه في حالة انتهاء الرابطة الزوجية لأي سبب كان، فتستطيع هذه الزوجة استعادة جنسيتها الأصلية قبل انتهاء الرابطة الزوجية، وفي هذا نصت الجملة الثانية من المادة (٢/٨) بأنه: "ويحق لها العودة (أي الزوجة الأردنية) إلى جنسيتها الأردنية بطلب تقدمه لهذا الغرض إذا انقضت الزوجية لأي سبب من الأسباب".

---

(١) رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، ص ٥٣

(٢) عبدالله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٣) وخلافاً لقانون الجنسية الأردني يلاحظ أن قانون الجنسية اليمني في المادة (١١/ ب) لا يفرق بين مدة الزواج بالنسبة للعربية والأجنبية إذ جعل هذه المدة أربع سنوات من تاريخ الزواج.

(٤) ومن القوانين التي تشترط تنازل الزوجة الأجنبية عن جنسيتها نذكر على سبيل المثال قانون الجنسية وجواز السفر الإماراتي رقم ١٧/ لسنة ١٩٧١، إذ نصت المادة (٣) بأنه: لا يترتب على زواج المرأة الأجنبية بمواطن في الدولة أن تكتسب جنسية زوجها إلا إذا أعلنت وزارة الداخلية برغبتها في ذلك، واستمرت الزوجية قائمة مدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانها لهذه الرغبة، ويشترط أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية.

ثالثاً: التجنس بالتبعية

١-تجنس الزوجة الأردنية بجنسية زوجها الجديدة

نصت المادة (٣/٨) من قانون الجنسية الأردنية بأن: للمرأة الأردنية التي تجنس زوجها أو يتجنس بجنسية دولة أخرى بسبب ظروف خاصة أن تبقى محتفظة بجنسيتها الأردنية". إن تطبيق هذا النص قد يؤدي إلى تعدد الجنسيات في الفرض الذي تتجنس فيه هذه الزوجة بجنسية زوجها الجديدة، وتظل محتفظة بجنسيتها الأردنية".

٢- تجنس الطفل الأردني بجنسية والده الأجنبية

تنص المادة (١٠) من قانون الجنسية الأردنية بأن: " يحتفظ الولد القاصر الذي حصل والده على جنسية أجنبية بجنسيته الأردنية ".

إن تطبيق هذا النص يعني أن الأردني الذي يتجنس بجنسية دولة أجنبية، لا يؤدي إلى فقدان أولاده القصر جنسيتهم الأردنية. وبالفرض أن تشريع الدولة التي اكتسب الأب الأردني جنسيتها، تلحق أولاده القصر بجنسيتها بالتبعية، فإن ذلك سيؤدي إلى ازدواج جنسية هؤلاء الأولاد القصر،[١] وهذا المبدأ يتفق مع ما نصت عليه اتفاقية لاهاي بشأن تنازع القوانين في مسائل الجنسية الصادرة في سنة ١٩٣٠؛ إذ جاء في المادة (١٣) أن: "تجنس الآباء يكسب الأبناء القصر جنسية الدولة التي منح قانونها التجنس لآبائهم...". ويرى الفقه أن قصر التبعية على الأبناء القصر دون الراشدين مردّه إلى عدم وجود إرادة مستقلة بعكس الراشدين.[٢] ولا يخيّر القاصر عند بلوغه سن الرشد بين جنسيته الأصلية الأردنية وجنسيته الجديدة، لأن قانون الجنسية الأردني يجيز تعدد الجنسيات للأردنيين.

رابعاً: استرداد الجنسية الأردنية

من المتصور أن تعطي دولة ما لمن كان حاملاً لجنسيتها الحق في العودة إلى جنسيته القديمة، والقيام باستردادها بقوة القانون. وقد تطرق المشرع الأردني لمسألة استرداد الجنسية الأردنية في المادة (١٦/ب) من قانون الجنسية الأردنية حيث جاء فيها: "لمجلس الوزراء بتنسيب من وزير الداخلية أن يعيد الجنسية الأردنية للأردني الذي تنازل عن جنسيته الأردنية لاكتساب جنسية أخرى، وفق أحكام

(١) انظر: طبيشات، مدى توافق المشرع الأردني في قواعد الجنسية مع متطلبات المجتمع الدولي، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ص ٣١٢، الداوودي، ازدواج الجنسية في القانون الأردني والمقارن، مجلة البلقاء، ص ٢٢٠.

(٢) انظر: عبدالعال، القانون الدولي الخاص، ص ٢٤١.

هذا القانون، بناء على طلب يتقدم به لوزير الداخلية". كما تطرق المشرع الأردني لمسألة استرداد الجنسية الأردنية بالنسبة للمرأة الأردنية التي فقدت جنسيتها بالزواج، وذلك في الجملة الأخيرة من المادة (٢/٨) حيث جاء فيها: "... ويحق لها العودة إلى جنسيتها الأردنية (أي الأردنية التي تزوجت من أجنبي) بطلب تقدمه لهذا الغرض إذا انقضت الزوجية لأي سبب من الأسباب".

فإذا ما تم هذا الاسترداد دون اشتراط التخلي عن الجنسية القديمة للشخص المعني تحقق هذا التعدد في الجنسيات، حيث يحمل الأخير جنسية الدولة الجديدة بالإضافة إلى جنسيته القديمة والتي استردها مؤخراً بعودته إلى وطنه الأصلي.(١)

ويتبين من استعراض أسباب تعدد الجنسيات المرافق للميلاد أو اللاحق للميلاد أنها تتعلق بالمواطن الأردني الذي قد تنطبق عليه أحد هذه الأسباب فيصير متعدد الجنسيات، يحمل إلى جانب الجنسية الأردنية جنسية دول أخرى أجنبية. أما بالنسبة للأجنبي الذي يتجنس بالجنسية الأردنية، فيجب عليه التخلي عن جنسيته التي يحملها.(٢) أما المرأة الأجنبية المتزوجة من أردني، فيحق لها بناء على رغبتها التجنس بالجنسية الأردنية، والاحتفاظ بجنسيتها الأجنبية، مما يجعلها في حالة تعدد الجنسيات.

ويثير تعدد الجنسيات العديد من الإشكاليات في التنظيم القانوني بالنسبة للأردني متعدد الجنسيات، وبالنسبة للمرأة الأجنبية زوجة الأردني التي تحمل الجنسية الأردنية إلى جانب جنسيتها الأجنبية، وهو الموضوع الذي سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: ممارسة الحقوق السياسية لمتعدد الجنسيات

يتمتع الإنسان بمجموعة من الحقوق المدنية والسياسية وكذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقد اهتم المجتمع الدولي بهذه الحقوق عموماً، وبالحقوق السياسية خصوصاً. ويعد الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اعتمد من قبل الجمعية العامة في عام ١٩٤٨ أول وثيقة دولية تضمنت هذه الحقوق،(٣) ثم جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في عام ١٩٦٦ الذي أقر الحقوق السياسية في المادة (٢٥) بفقراتها الثلاث.(١)

---

(١) عبدالعال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) وقد نصت المادة (٣/١٣) من قانون الجنسية الأردني بأنه: لا تمنح شهادة التجنس بالجنسية الأردنية إلى أي شخص، إلا إذا كان يفقد بهذا التجنس الجنسية التي كان تابعاً في تاريخ تجنسه هذا.

(٣) فعلى سبيل المثال نصت المادة (٢١) من الإعلان على أن: (١) لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حراً. (٢) لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في

وقد أفردت العديد من دساتير الدول تقريباً فصلاً خاصاً لهذه الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للدستور الأردني لسنة ١٩٥٢وتعديلاته.[٢]

وتعددت التعريفات المتعلقة بالحقوق السياسية، إذ ذهب جانب من الفقهاء[٣] إلى أنها: "تلك الحقوق التي تتقرر للمواطن بصفته عضواً في الجماعة السياسية للدولة بغية تمكينه من الإسهام في الحياة السياسية، والاشتراك في حكم وإدارة البلاد، وتتطلب في من يتمتع بها صفة المواطنة".

ويعرفها أحد الشراح بأنها: تلك الحقوق التي تسمح للفرد برسم السيادة الوطنية وتوجيه الشؤون العامة وممارستها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة".[٤]

ويفضل جانب آخر من الفقه مصطلح المنصب السيادي حيث يعرفه بأنه: "ذلك المنصب الذي يتصل بصورة مباشرة بسيادة الدولة وأمنها، بحيث يمنح شاغله القدرة على اتخاذ القرارات المتعلقة بسياسة الدولة وأمنها ومصالحها العليا".[٥]

يتضح من هذه التعاريف أن الحقوق السياسية هي حقوق مقصورة على المواطنين دون غيرهم، لكونها أشبه بتكليف أو وظيفة يؤدونها خدمة لأوطانهم، بجانب أنها حق لهم.[٦] وبذلك فهذه الحقوق تختلف عن المدنية التي يقصد بها بأنها: " تلك الحقوق اللازمة لكل فرد وهي لازمة لحياة الإنسان ولا يمكن الاستغناء عنها ".[٧]

تقلد الوظائف العامة في البلاد. (٣) إن إرادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة دورية، تجري على أساس الاقتراع السري، وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب إجراء مماثل يضمن حرية التصويت.

(١) أما بالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦ فقد تناول في المواد (٦- ١٥) الحقوق الاقتصادية: مثل حق العمل، والاجتماعية: مثل الحق في الضمان الاجتماعي، والثقافية: مثل حق التعليم.

(٢) وقد تناول الفصل الثاني حقوق المواطنين وواجباتهم في المواد (٦- ٢٣).

(٣) الداوودي، المدخل إلى علم القانون، ص ٢٦١.

(٤) انظر: سلامة، مرجع سابق، ص ٥٧٥.

(٥) موسى، حسين رحيم، زهراو، دعاء، إبراهيم، التنظيم القانوني لحق متعدد الجنسية في تولي المنصب السيادي، على الموقع الإلكتروني: https://annabaa.org/arabic/studies/16088 ، تاريخ الدخول ٧/١٠/ ٢٠١٨.

(٦) انظر: بدراوي، مبادئ القانون، ص ٢٦٩.

(٧) الداوودي، مرجع سابق، ص ٢٦١.

وسنداً لهذا القول فإن الحقوق السياسية التي يتمتع بها المواطن الأردني هي الحق في تأسيس الأحزاب السياسية، والحق في الانتخاب والترشيح لعضوية مجلس النواب،[١] والعضوية في المجالس المحلية (البلدية). كما يدخل في مضمون هذا الحق تولي بعض الوظائف السيادية في السلطة التنفيذية مثل منصب رئيس الوزراء ومنصب الوزارة، ومنصب القضاء، وغير ذلك من المناصب.[٢] وهذه الحقوق قررها المشرع الأردني في العديد من القوانين لعل أبرزها الدستور الصادر سنة ١٩٥٢[٣] وتعديلاته التي كان آخرها في سنة ٢٠١٦، وكذلك في قوانين الانتخاب لمجلس النواب التي كان آخرها القانون رقم ٦/ لسنة ٢٠١٦، وكذلك في قانون استقلال القضاء رقم ٢٩/ لسنة ٢٠١٤، وغير ذلك من القوانين.

ومما لا شك فيه أنه لا توجد مشكلة في ممارسة هذه الحقوق إذا كان الأردني يتمتع بالجنسية الأردنية وحدها، ومستوفيا للشروط التي حددتها تشريعاته الوطنية، ولكن الإشكالية قد تبرز إذا كان المواطن الأردني متعدد الجنسيات، الأمر الذي يتطلب بيان مدى تمتعه بحقوقه السياسية. ولبيان ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأول: حق الأردني متعدد الجنسيات في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها، والمطلب الثاني: حق الأردني متعدد الجنسيات في الانتخاب والترشيح لعضوية مجلس النواب، والمطلب الثالث: حق الأردني متعدد الجنسيات في تولي الوظائف العامة العليا.

المطلب الأول: حق الأردني متعدد الجنسيات في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها

عرف الفقه الحزب السياسي بأنه: "جماعة منظمة من الأفراد تسعى إلى الوصول إلى الحكم، وممارسة السلطة بالطرق المشروعة لتحقيق مبادئها المتفق عليها".[٤]

ويعرف أيضاً بأنه: "جماعة منظمة من المواطنين تسعى بالطرق المشروعة للوصول إلى مقاعد الحكم أو الدفاع عمن يتربعون عليها".[٥]

(١) أما بالنسبة لمجلس الأعيان فيتم فيه التعيين من قبل جلالة الملك مباشرة استناداً إلى المادة (٣٦) من الدستور.

(٢) مثل تولي المناصب العسكرية، والدبلوماسية وأمن الدولة.

(٣) منشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٠٩٣ تاريخ ١٩٥٢/١/٨.

(٤) عبدالله، النظم السياسية، ص ٢٩٨.

(٥) الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ص ٩٠.

ولا يخرج قانون الأحزاب السياسية الأردني رقم ٣٩/ لسنة ٢٠١٥، في تعريفه للحزب السياسي عن التعريفين السابقين. فقد جاء في المادة (٣) من هذا القانون تعريف الحزب السياسي على أنه: "كل تنظيم سياسي مؤلف من جماعة من الأردنيين وفقاً لأحكام الدستور وهذا القانون، بقصد المشاركة في الحياة السياسية، وتحقيق أهداف محددة تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ويعمل بوسائل مشروعة وسلمية".(١)

ويتبين من هذه التعريفات أن الهدف الرئيس للحزب هو الوصول للسلطة بالوسائل المشروعة أو الدفاع عن القائمين عليه في حالة الحزب الواحد. كما يتبين أيضاً أن مواطني الدولة هم الذين يكوّنون الحزب السياسي وفقاً للقوانين المنظمة له.

وجسّدت العديد من الدساتير حق المواطن في تكوين الأحزاب السياسية. فقد نصت المادة (٧٤) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ على أن: "للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية بإخطار ينظمه القانون...".

كما نصت المادة (٢/٢٩) من الدستور السلوفاكي رقم ٤٦٠/لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته على أن: "للمواطنين الحق في تأسيس الأحزاب السياسية والحركات السياسية والانضمام إليها".(٢)

وقد سلك الدستور الأردني مسلك هذه الدساتير، فقرر حق تكوين الأحزاب في المادة (١٦)؛ إذ جاء فيها: "للأردنيين حق تأليف الجمعيات والنقابات والأحزاب السياسية على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لا تخالف أحكام الدستور".

كما قرر قانون الأحزاب السياسية الأردني الشروط الواجب توافرها في العضو المؤسس للحزب السياسي، والشروط الواجب توافرها في العضو المنتسب له، ويمكن بيان ذلك في الفرعين الآتيين:

---

(١) كما عرفته المادة (٢) من قانون الأحزاب المصري رقم ٤٠/ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته بأنه: كل جماعة منظمة مشتركة وتعمل بالوسائل السياسية الديمقراطية لتحقيق برامج محددة تتعلق بالشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة وذلك عن طريق المشاركة في مسؤوليات الحكم.

(٢) الدستور السلوفاكي على الموقع الإلكتروني:

https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf تاريخ الدخول ٢٥/٦/ ٢٠١٩

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في العضو المؤسس للحزب

نصت المادة (٦/ب/ ١) من قانون الأحزاب السياسية الأردني بأنه يشترط في العضو المؤسس...أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل ".[١]

يتبين من هذا النص، وسنداً للمادة (٤/أ) من القانون ذاته،[٢] أن للأردني وحده الحق في تأسيس الحزب السياسي سواء أكان أردنياً، أم كان متجنساً بالجنسية الأردنية منذ عشر سنوات. وسواء أكان يحمل الجنسية الأردنية وحدها أم يحمل إلى جانبها جنسية أخرى أجنبية. فالمهم أنه أردني.

وعلى عكس قانون الأحزاب السياسية الأردني فإن قانون الأحزاب السياسية المصري رقم ٤٠/ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٣٣/ لسنة ١٩٧٨، لا يجيز للمتجنس تأسيس أي حزب سياسي، فقد نصت المادة (٢/٦) بأنه: "يشترط فيمن يشترك في تأسيس الحزب أو يتولى منصباً قيادياً فيه أن يكون من أب مصري". ونفس النص تقريباً نلحظه في المادة (١١/أ) من قانون الأحزاب والتنظيمات السياسية اليمني، إذ جاء فيها: "يشترط في من يشترك في تأسيس حزب أو تنظيم سياسي أن يكون من أب يمني".[٣]

وعند المقارنة بين هذه القوانين يتبين أن مسلك القانون الأردني محمود، فهو لا يفرق بين الوطني الأصيل والوطني المتجنس. فانطلاقاً من مبدأ المساواة بين الأردنيين، من حق أي مواطن تأسيس أي حزب سياسي، حتى وإن كان متجنساً، مادام استوفى الشروط التي قررها القانون.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في العضو المنتسب للحزب

نصت المادة (١٨) من قانون الأحزاب السياسية الأردني بأن: "لكل أردني أكمل الثامنة عشرة من عمره أن ينتسب إلى الحزب بعد الإعلان عن تأسيسه وفق أحكام هذا القانون، على أن تتوافر فيه

(١) أما بقية الشروط فهي على التوالي: (٢) أن يكون قد أكمل الثامنة عشرة من عمره، (٣) أن لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأخلاق أو الآداب العامة. باستثناء الجرائم ذات الصفة السياسية، ما لم يكن أعيد إليه اعتباره. (٤) أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية والقانونية الكاملة. (٥) أن يكون مقيماً عادة في المملكة. (٦) أن لا يكون قاضياً. (٧) أن لا يكون عضواً في أي حزب آخر أو أي تنظيم سياسي غير أردني. (٨) أن لا يكون من المنتسبين للقوات المسلحة الأردنية أو أي من الأجهزة الأمنية أو الدفاع المدني.

(٢) تنص المادة (٤/أ) بأن: للأردنيين الحق في تأليف الأحزاب والانتساب إليها وفقاً لأحكام الدستور وهذا القانون.

(٣) وانظر أيضاً قانون الأحزاب السياسية العراقي رقم ٣٦/ لسنة ٢٠١٥ حيث جاء في المادة (٩/ أولاً) بأنه: يشترط فيمن يؤسس حزباً أن يكون عراقي الجنسية.

الشروط المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (٦) من هذا القانون باستثناء ما ورد في البند (٥) من تلك الفقرة".[١]

ويلاحظ بأن المشرع الأردني اشترط في المتجنس عند انتسابه إلى الحزب مرور عشر سنوات على تجنسه بالجنسية الأردنية أسوة في ذلك بالعضو المؤسس، وهذه المدة في اعتقادنا طويلة، فلا ينبغي أن يقارن العضو المؤسس للحزب بالعضو المنتمي إليه، لذلك يفضل لو وضع المشرع الأردني نصاً قانونيا يحدد مدة أقل من عشر سنوات.

ومن القوانين التي نصت على مدة أقل من عشر سنوات للانتساب لعضوية الحزب، قانون الأحزاب السياسية المصري، فقد نصت المادة (٦/ بند ١) من القانون رقم ٤٠/ لسنة ١٩٧٧، المعدل بالقانون رقم ١٢/ لسنة ٢٠١١. على أنه: "يشترط في من ينتمي لعضوية أي حزب سياسي (١) أن يكون مصرياً، فإذا كان متجنساً وجب أن يكون قد مضى على تجنسه خمس سنوات على الأقل".[٢]

وعلى عكس قانوني الأحزاب السياسية الأردني والمصري، يلاحظ أن قانون الأحزاب السياسية اليمني ٦٦/ لسنة ١٩٩٠ حدد مدة أعلى. فقد نصت المادة (١/١٠) بأنه: "يشترط في من يقبل انضمامه لعضوية الحزب أو التنظيم السياسي... أن يكون يمنياً"، فإذا كان متجنساً وجب أن ينطبق عليه قانون الجنسية بالنسبة للفترة الزمنية.[٣]

نخلص من ذلك أن قانون الأحزاب الأردني يقر للمتجنس بعد انقضاء عشر سنوات الحق في تأسيس الحزب السياسي أو الانضمام إليه، في حين لا يقر القانونان المصري واليمني ذلك، وإنما يقران للمتجنس الحق في الانتساب إلى أي حزب سياسي بعد مضي مدة زمنية على انتسابه.

المطلب الثاني: حق الأردني متعدد الجنسيات في الانتخاب والترشيح

ينظم المشرع الأردني حق المواطن الأردني في الانتخاب والترشيح لمجلس النواب في قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٦/ لسنة ٢٠١٦. وتتولى الهيئة المستقلة للانتخاب إدارة الانتخابات

(١) تشترط في العضو المؤسس أن يكون مقيماً عادة في المملكة. في حين أن العضو المنتسب إلى الحزب لا يشترط أن يكون مقيماً في الأردن على عكس العضو المؤسس.

(٢) وقد كان النص قبل التعديل يقتضي مرور عشر سنوات، فجاء التعديل إلى خمس سنوات.

(٣) وهذه المدة بمقتضى المادة (٢٣) من قانون الجنسية اليمني هي خمس عشرة سنة من تاريخ اكتسابه للجنسية اليمنية.

النيابية والبلدية، والإشراف عليها في الأردن.[١] فيما يلي سنبيّن حق الأردني متعدد الجنسيات في الانتخاب والترشيح وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: حق الأردني متعدد الجنسيات في الانتخاب

يقصد بالناخب بحسب ما جاء في المادة (٢) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٦/ لسنة ٢٠١٦ هو: "كل أردني له الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب وفق أحكام هذا القانون". ويجب على الناخب الذي يحق له الإدلاء بصوته لانتخاب أعضاء مجلس النواب أن يكون بالغًا سن الرشد، فقد نصت المادة (٣/ أ) من قانون الانتخاب لمجلس النواب لسنة ٢٠١٦ على أن: "لكل أردني بلغ ثماني عشرة سنة شمسية من عمره قبل تسعين يوماً من التاريخ المحدد لإجراء الاقتراع الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب وفق أحكام هذا القانون".[٢]

يتضح من هذا النص بأن حق الانتخاب مكفول لكل أردني سواء أكان يحمل الجنسية الأردنية فقط أم يحمل إلى جانبها جنسية دولة أخرى أجنبية. وإذا كان غير الأردني اكتسب الجنسية الأردنية، فيحق له كذلك الانتخاب. ولا يهم إن كان عربياً أم غير عربي، ولا فرق إن اكتسب الجنسية الأردني تجنساً خاصاً أم تجنساً عادياً، ولا فرق إن كان مسلماً أم غير مسلم، فالمهم أنه أردني واكتسب الجنسية الأردنية بموجب قانون الجنسية الأردنية، وبموجب الدستور فإن جميع الأردنيين متساوون في الحقوق والواجبات من دون تمييز.[٣]

يلاحظ أن قانون الانتخاب تحدث عن الأردني منفرد الجنسية الأردنية أو متعدد الجنسيات، أما بالنسبة للأجنبي المتجنس بالجنسية الأردنية، فيجب عليه قبل ممارسة حقه في الانتخاب أن يتنازل عن أية جنسية يحملها. وكذلك الحال بالنسبة للأجنبية المتجنسة بالجنسية الأردنية، فيجب عليها أولاً التنازل عن جنسيتها الأجنبية. وفي هذا نصت المادة (٣/١٣) من قانون الجنسية الأردني بأنه: "لا تمنح شهادة

(١) وقد نشأت هذه الهيئة بموجب قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم ١١/ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم ٤٦/ لسنة ٢٠١٥.

(٢) ومن القوانين التي نصت على مثل هذا السن قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم ١٣/ لسنة ٢٠٠١، إذ نصت المادة (٣) بأنه: "يتمتع بحق الانتخاب كل مواطن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية كاملة... ".

(٣) تنص المادة (١/٦) من الدستور الآتي: "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين ".

التجنس بالجنسية الأردنية إلى أي شخص إلا إذا كان يفقد بهذا التجنس الجنسية التي كان تابعاً لها في تاريخ تجنسه هذا".

أما بالنسبة للأجنبية المتجنسة بالجنسية الأردنية بسبب زواجها من أردني، فيلاحظ أن قانون الجنسية الأردني لم يشترط أن تتنازل عن جنسيتها،(١) وبالتالي تكون في هذه الحالة متعددة الجنسيات. وفي هذا الخصوص يبرز السؤال الآتي: هل يحق لهذه المرأة أن تمارس حقها في انتخاب أعضاء مجلس النواب أسوة في ذلك بالمواطن الأردني؟

لم ينص الدستور الأردني الصادر سنة ١٩٥٢(٢) على ذلك مطلقاً، وكل ما في الأمر أنه حدد من يحق له الترشح لعضوية مجلس النواب. فقد جاء في المادة (١/٧٥) بأنه: " لا يكون عضواً في مجلسي الأعيان والنواب: (أ) من لم يكن أردنياً.

كما أن قانون الجنسية الأردني رقم ٦/ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته لم ينص إلا عن حق المتجنس في الترشح لتولي المناصب السياسية والدبلوماسية، والوظائف العامة التي يحددها مجلس الوزراء، أو أن يكون عضواً في مجلس الأمة إلا بعد عشر سنوات على اكتسابه الجنسية الأردنية.(٣)

أما بالنسبة لقوانين الانتخاب لمجلس النواب، فقد كان قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٢٤/ لسنة ١٩٦٠ يمنع متعدد الجنسيات صراحة من حق الانتخاب، فقد نصت المادة (٣/ب) على الآتي: "ويحرم من حق الانتخاب (أ) من لم يكن أردنياً. (ب) من يدعي بجنسية أو حماية أجنبية".(٤)

أما قوانين الانتخاب لمجلس النواب اللاحقة لقانون ١٩٦٠، فلم تتطرق إلى تنظيم هذه المسألة.(٥) وإزاء هذا الفراغ القانوني، وسنداً للمادة (٣/أ) من قانون الانتخاب لسنة ٢٠١٦، التي تمنح كل أردني

---

(١) وقد نصت المادة (١/٨) من قانون الجنسية الأردني بأن: للأجنبية التي تتزوج أردني الحصول على الجنسية الأردنية بموافقة وزير الداخلية إذا أعلنت رغبتها خطياً وذلك وفقاً لما يلي: (أ) إذا انقضى على زواجها مدة ثلاث سنوات وكانت تحمل جنسية عربية (ب) إذا انقضى على زواجها مدة خمس سنوات وكانت تحمل جنسية دولة غير عربية.

(٢) حل محل الدستور الأردني رقم ٣/ لسنة ١٩٤٧.

(٣) تنص المادة (١٤) من قانون الجنسية الأردني الآتي: "يعتبر الشخص الذي اكتسب الجنسية الأردنية بالتجنس أردنياً من جميع الوجوه، على أنه لا يجوز له تولي المناصب السياسية والدبلوماسية والوظائف العامة التي يحددها مجلس الوزراء أو أن يكون عضواً في مجلس الأمة إلا بعد مضي عشر سنوات على الأقل على اكتسابه الجنسية الأردنية، كما لا يحق له الترشيح للمجالس البلدية والقروية والنقابات المهنية إلا بعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على اكتسابها ".

(٤) وقد ألغي هذا القانون بقانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢/ لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته.

(٥) ومن هذه القوانين نذكر القانون رقم ٢٢/ لسنة ١٩٨٦، القانون رقم ٣٤/ ٢٠٠١، القانون رقم ٩/ لسنة ٢٠١٠، والقانون رقم ٢٥/ لسنة ٢٠١٢.

بلغ سن الرشد الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب، وسنداً للفقرة (ج) من المادة (٣) التي حرمت فئة معينة من ممارسة حق الانتخاب[١] لم تكن زوجة الأردني الأجنبية متعدد الجنسيات من ضمنهم، فيمكن القول: إن لهذه المرأة الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب شأنها في ذلك شأن الأردني منفرد الجنسية أو متعدد الجنسيات. لذلك ومنعاً للاجتهاد الذي قد يؤدي إلى تفاوت في الأحكام، نرى أن يضع المشرع الأردني نصاً يجيز بموجبه لزوجة الأردني الأجنبية المتجنسة بالجنسية الأردنية الحق في الانتخاب أسوة بالمواطن الأردني متعدد الجنسيات.

وخلافاً لقانون الانتخاب الأردني، يلاحظ بأن قانون انتخاب أعضاء مجلس النواب اللبناني رقم ٤٤/ لسنة ٢٠١٧، يجيز للمرأة الأجنبية التي تصبح لبنانية بزواجها من لبناني أن تمارس حقها في انتخاب أعضاء مجلس النواب. فقد جاء في المادة (٥) بأنه: "لا يجوز للمجنس لبنانياً أن يقترع... إلا بعد انقضاء عشر سنوات على تنفيذ مرسوم تجنيسه، ولا تطبق هذه المادة على المرأة الأجنبية التي تصبح لبنانية باقترانها بلبناني".[٢]

يتبين من هذا النص أن الأجنبية المكتسبة للجنسية اللبنانية بسبب زواجها من لبناني في وضع أفضل من الأجنبي المتجنس بالجنسية اللبنانية عند ممارسة حق الانتخاب.

وإذا كان قانون الانتخاب اللبناني يفرّق بين المتجنس بالجنسية اللبنانية والأجنبية المتجنسة بسبب زواجها من لبناني في حق الانتخاب، فإن بعض القوانين تقّيد حق المتجنسين في ممارسة الانتخاب دون تفرقة، إذ تشترط عليهم مضي مدة معينة على اكتسابهم الجنسية. فعلى سبيل المثال تنص المادة (١٣) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم ٤٥/ لسنة ٢٠١٤ بأنه: "يجب أن يقيد في قاعدة بيانات الناخبين كل من له حق في مباشرة الحقوق السياسية من الذكور والإناث، ومع ذلك لا يقيد من اكتسب الجنسية المصرية بطريق التجنس، إلا إذا كانت قد مضت خمس سنوات على الأقل على اكتسابه إياها".[٣] وهذا النص يتفق مع ما ورد بالمادة (٩) من قانون الجنسية المصري رقم ٢٦/

(١) تنص الفقرة (ج) من المادة (٣) بأنه: يحرم من ممارسة حق الانتخاب (١) المحكوم عليه بالإفلاس ولم يستعد اعتباره قانونياً.
(٢) المجنون أو المعتوه أو المحجور عليه.

(٢) الجدير بالذكر أن قانون الجنسية اللبناني – أسوة في هذا الخصوص بقانون الجنسية الأردني – لا يشترط أن تتنازل المرأة الأجنبية عن جنسيتها عندما تصبح لبنانية بزواجها من لبناني استنادا للمادة (٥) من قانون الجنسية اللبناني الصادر سنة ١٩٢٥ المعدل بالقانون الصادر بتاريخ ١٩٦٠/١/١١ إذ جاء فيها: المرأة الأجنبية التي تقترن بلبناني تصبح لبنانية بعد مرور سنة على تاريخ تسجيل الزواج في قلم النفوس بناء على طلبها.

(٣) وقد وردت هذه المادة في الفصل الثالث تحت عنوان: القيد في قاعدة بيانات الناخبين.

لسنة ١٩٧٥ وتعديلاته؛ إذ لا تعطي المتجنس بالجنسية المصرية ممارسة حق الانتخاب إلا بعد خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية المصرية. فقد نصت المادة (٩) منه بأنه: "لا يكون للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية طبقاً للمواد (٣، ٤، ٥، ٦، ٧) حق التمتع بمباشرة الحقوق السياسية قبل خمس سنوات من تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضواً في أية هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من التاريخ المذكور...". وهذه الحكم يسري أيضاً على الأجنبية المتجنسة بالجنسية المصرية بسبب زواجها من مصري.

والذي يظهر أن قانون الجنسية المصرية يفرّق في هذا الجانب بين حق الانتخاب وحق الترشيح بالنسبة للأجنبي المتجنس بالجنسية المصرية، فبالنسبة لحق الانتخاب يحق للمتجنس ممارسته بعد مرور خمس سنوات من تاريخ اكتسابه هذه الجنسية، أما بالنسبة لحق الترشيح فيكون له ذلك بعد مرور عشر سنوات من تاريخ اكتسابه الجنسية المصرية.[١]

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم ١٣/ لسنة ٢٠٠١، فهو لا يعطي المتجنس بالجنسية اليمنية، بشكل عام، الحق في ممارسة الانتخاب إلا بعد خمس عشرة سنة من تاريخ اكتسابه إياها. فقد نصت المادة (٣) من هذا القانون بأنه: "يتمتع بحق الانتخاب كل مواطن بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية كاملة، ويستثنى من ذلك المتجنس الذي لم يمض على كسبه الجنسية اليمنية المدة المحددة قانونا". وهذا النص ينسجم تماماً مع المادة (٢٣) من قانون الجنسية اليمني رقم ٦/ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته ونصها: "الأجنبي المسلم الذي اكتسب الجنسية اليمنية عملا بأحكام المواد (٤، ٥، ٦، ٩، ١١) من هذا القانون، لا يكون له حق مباشرة الحقوق السياسية المقررة لليمنيين قبل انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ كسبه للجنسية المذكورة، كما لا يجوز انتخابه او تعيينه في أية هيئة نيابية قبل مضي المدة المذكورة من التاريخ المذكور".

وهذا النص يشمل أيضاً المرأة الأجنبية التي أصبحت يمنية بزواجها من يمني ولم تتنازل عن جنسيتها الأصلية؛ أي أصبحت متعددة الجنسيات.

(١) وهذا المنهج يختلف عن التشريع الأردني، ففي المادة (١٤) من قانون الجنسية الأردني فإنه لا يجوز للمتجنس أن يكون عضواً في مجلس الأمة إلا بعد مرور عشر سنوات ولا يحق له الترشيح للمجالس البلدية إلا بعد انقضاء خمس سنوات على اكتسابها.

الفرع الثاني: حق الأردني متعدد الجنسيات في الترشح لعضوية مجلس النواب

تباينت مواقف المشرع الدستوري الأردني في منح متعدد الجنسيات الأردني الحق في الترشح لعضوية مجلس النواب. ففي الدستور الأردني الأساس الصادر في سنة ١٩٥٢ أعطى المشرع متعدد الجنسيات الأردني هذا الحق، أما في الدستور المعدل لسنة ٢٠١١ فقد حرمه منه. واستمر هذا الحرمان إلى صدور الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦ ليعود المشرع مرة أخرى ويمنح متعدد الجنسيات هذا الحق.[١]

أما على صعيد قوانين الانتخاب لمجلس النواب، فنلحظ أن المشرع قد سلك مسلكاً مغايراً للدستور؛ إذ حرم في جميع هذه القوانين [٢] الأردني متعدد الجنسيات من ممارسة حق الترشح لعضوية مجلس النواب، ويمكن بيان ذلك على النحو الاتي:

أولاً: صدر الدستور الأردني في سنة ١٩٥٢[٣]، وقد حدد في المادة (١/٧٥) شروط العضوية في مجلس النواب والتي جاء فيها: "لا يكون عضواً في مجلسي الأعيان والنواب (أ) من لم يكن أردنياً.[٤]

يتبين من هذا النص أن العضوية في مجلس النواب لا تكون إلا للمواطن الأردني، ولا يهم بعد ذلك إن كان لا يحمل سواها أم يحمل إلى جانبها جنسية دولة أخرى، ولا يهم أيضا إن كان قبل ذلك أجنبياً ثم تجنس بالجنسية الأردنية، فالمهم أنه أردني الجنسية. أما الأجنبي فلا يحق له أن يكون عضواً في مجلس النواب، لأنه ضيف ويخضع لقانون الدولة المضيفة، ولا يكون له الحق في وضع قوانين هذه الدولة أو انتخاب من يضع هذه القوانين.[٥] فالأجنبي يتمتع بهذا الحق في الدولة التي يحمل جنسيتها.

---

(١) وقد جاءت التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١١ بأمر مباشر من جلالة الملك عبدالله الثاني، فقد كلف لجنة ملكية برئاسة السيد أحمد اللوزي رئيس الوزراء الأسبق. خلصت اللجنة إلى تعديلات جوهرية مرت بجميع مراحلها الدستورية واقترنت بالتوشيح السامي.

(٢) باستثناء قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٢٤/ لسنة ١٩٦٠ إذ لم ينص على ذلك.

(٣) نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (١٠٩٣) تاريخ ١/٨/ ١٩٥٢.

(٤) أما بقية الشروط فهي على النحو الآتي: (ب) من محكوماً عليه بالإفلاس ولم يستعد اعتباره قانونياً. (ج) من كان محجوراً عليه ولم يرفع الحجر عنه. (د) من كان محكوماً عليه بالسجن مدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه. (هـ) من كان مجنوناً أو معتوها. (و) من كان من أقارب الملك في الدرجة التي تعين بقانون خاص.

(٥) الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ص ٢٨٥.

وخلال فترة سريان هذا الدستور، وإلى ما قبل تعديله في سنة ٢٠١١، صدرت عدة قوانين لانتخاب مجلس النواب. فقد صدر قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٤/ لسنة ١٩٦٠،[١] الذي أجاز للأجنبي المتجنس بالجنسية الأردنية الترشح لعضوية مجلس النواب بعد مرور خمس سنوات على حصوله الجنسية الأردنية؛ إذ نصت المادة (١٧/أ) بأنه: "يشترط في المرشح أن يكون (أ) أردنياً منذ خمس سنوات على الأقل"، مما يدل على أن هذا القانون لم يحرم متعدد الجنسيات من الترشح لعضوية مجلس النواب.

وقد أُلغي القانون رقم ٢٤/ لسنة ١٩٦٠، ليحل محله قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢/ لسنة ١٩٨٦. فحدد هذا القانون في المادة (١٨) الشروط الواجب توافرها في المرشح لعضوية مجلس النواب، إذ جاء في الفقرة (أ) أنه: "يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب ما يلي: (أ) أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل، وأن لا يدعى بجنسية أو حماية أجنبية".[٢] وفي هذا القانون ظهر أول قيد يحرم متعدد الجنسيات من ممارسة حق الترشح لعضوية مجلس النواب مخالفاً بذلك نص المادة (٧٥/١/أ) التي تجيز له ذلك.

ثم توالت نصوص قوانين الانتخاب لمجلس النواب اللاحقة بهذه الصيغة تقريباً. فقد نصت المادة (٨) من قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٣٤/ لسنة ٢٠٠١ المعدل بالقانون رقم ١١/ لسنة ٢٠٠٣ بأنه: "يشترط في المتقدم بطلب الترشيح لعضوية مجلس النواب ما يلي: (أ) أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل. (ب) أن لا يدعى بجنسية أو حماية أجنبية". والمقصود بذلك الاستقواء بجنسية الدولة الأجنبية على القانون الأردني والدولة الأردنية، وهذا ممنوع.[٣]

وكذلك نصت المادة (٨) من قانون الانتخاب الأردني المؤقت رقم ٩/ لسنة ٢٠١٠[٤] بأنه: "يشترط في المتقدم بطلب الترشيح لعضوية مجلس النواب ما يلي: (أ) أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل. (ب) أن لا يدعى بجنسية أو حماية أجنبية".

---

(١) منشور في الجريدة الرسمية رقم ١٤٩٤، الصفحة ٦٠٥، بتاريخ ٦/١١/ ١٩٦٠.

(٢) الجدير ذكره أن قوانين الانتخاب لمجلس النواب اللاحقة استحدثت الفقرة (ب) لجملة: أن لا يدعي بجنسية أو حماية دولة أجنبية.

(٣) تصريح الناطق باسم الانتخابات سميح المعايطة، انظر: وكالة زاد الأردن الاخبارية على الموقع الإلكتروني: http://www.jordanzad.com/print.php?id=25378 ، تاريخ الدخول ٢٨/١/ ٢٠٢٠.

(٤) منشور في الجريدة الرسمية رقم (٥٠٣٢) على الصفحة ٢٩٣٨، بتاريخ ١٩/٥/ ٢٠١٠.

ونظراً لأن الدستور يسمو على التشريع[١]، فإن الدستور يلغي كل نص قانوني يتعارض معه. ولهذا فإن النصوص القانونية الواردة في قوانين الانتخاب لمجلس النواب التي لا تجيز لمتعدد الجنسيات الأردني من ممارسه حقه في الترشح لعضوية مجلس النواب، تعد جميعها ملغاة بموجب المادة (١/٧٥) من دستور سنة ١٩٥٢ وتعديلاته إلى ما قبل عام ٢٠١١.

ثانياً: طرأ على الدستور الأساس عدة تعديلات لم تمس المادة (١/٧٥/أ) إلا في سنة ٢٠١١. ففي الدستور المعدل لسنة ٢٠١١،[٢] اتجه المشرع الأردني إلى تقييد حق الأردني متعدد الجنسيات من ممارسة حقه في الترشح لعضوية مجلس النواب. فقد أضاف المشرع إلى المادة (١/٧٥) الفقرة (ب) ليكون النص على النحو الآتي: لا يكون عضواً في مجلسي الأعيان والنواب (أ) من لم يكن أردنياً. (ب) من يحمل جنسية دولة أخرى.[٣]

واستناداً إلى الدستور المعدل لسنة ٢٠١١، صدر قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٥/ لسنة ٢٠١٢. فقد حظر هذا القانون على المتقدم بطلب الترشيح لعضوية مجلس النواب أن يحمل جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية الأردنية، ونصت المادة (١٠) على أنه: "يشترط فيمن يترشح لعضوية مجلس النواب (أ) أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل. (ب) أن لا يحمل جنسية دولة أخرى". وبذلك تحقق التوافق بين النص الدستوري والنص القانوني.

وفي الدستور المعدل لسنة ٢٠١٤[٤] بقي نص المادة (١/٧٥) على حاله، يحرم متعدد الجنسيات من ممارسة حقه في الترشح لعضوية مجلس النواب.

---

(١) يقصد بسمو الدستور اعتبار الدستور القانون الأعلى في الدولة لا يعلوه قانون آخر. (انظر: الخطيب، مرجع سابق، ص ٥٣٢- ٥٣٣.

(٢) منشور في العدد ٥١١٧ تاريخ ١/١٠/ ٢٠١١ من الجريدة الرسمية.

(٣) وتطبيقاً لذلك قدم العين طلال أبو غزالة في تشرين الأول ٢٠١١ استقالته من عضوية مجلس الأعيان لطاهر المصري رئيس مجلس الأعيان حينها، لحمله الجنسية الكندية. انظر الموقع الإلكتروني عمون: https://www.ammonnews.net/article/276922 ، تاريخ الدخول: ٢٠١٩/٢/١٦. كما قدم النائب شريف الرواشدة استقالته من عضوية مجلس النواب للأمانة العامة في مجلس النواب لحمله الجنسية الكندية. انظر: الموقع الإلكتروني جراسا http://www.gerasanews.com/article/58137، تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١/٢٤.

(٤) منشور في العدد رقم (٥٢٩٩) ، الصادر بتاريخ ٩/١/ ٢٠١٤ من الجريدة الرسمية.

واستمر الوضع دون تغيير حتى مع صدور قانون الانتخاب رقم ٦/ لسنة ٢٠١٦[١] فقد نصت المادة (١٠) على أنه: "يشترط في من يترشح لعضوية مجلس النواب ما يلي: (أ) أن يكون أردنياً منذ عشر سنوات على الأقل. (ب) أن لا يحمل جنسية دولة أخرى.

ثالثاً: في أيار ٢٠١٦، صدر الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١٦،[٢] فقد عمل المشرع على تعديل المادة (١/٧٥) من دستور سنة ٢٠١١، بعد حذف الفقرة (ب) منها ليصبح النص على النحو الآتي: " لا يكون عضواً في مجلس الأعيان والنواب (أ) من لم يكن أردنيا ".[٣]

ويلاحظ وجود تعارض بين المادة (١٠) من قانون الانتخاب الأردني لسنة ٢٠١٦ التي لا تجيز تعدد الجنسيات للأردني، وبين المادة (١/٧٥) من الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦ التي تجيز له ذلك. ونظراً لسمو الدستور على التشريع، ولأن النص الدستوري المعدل جاء بعد النص القانوني، فإن الدستور يلغي كل نص قانوني يتعارض معه. ولهذا فإن الفقرة (ب) من المادة (١٠) من قانون الانتخاب لمجلس النواب لسنة ٢٠١٦ تعد ملغاة بموجب المادة (١/٧٥) من الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦.

وبناء على النص الدستوري الجديد، فإنه يحق للأردني أن يترشح لعضوية مجلس النواب، سواء أكان يحمل الجنسية الأردنية فقط أم يحمل إلى جانبها جنسية دولة أخرى أجنبية.[٤]

وقد استند المشرع الدستوري الأردني عند منح متعدد الجنسيات الأردني الحق في الترشح لعضوية مجلس النواب إلى سببين رئيسيين:

---

(١) منشور في العدد ٥٣٨٦ الصادر بتاريخ ٣/١٥/ ٢٠١٦ من الجريدة الرسمية.

(٢) منشور في العدد٥٣٩٦بتاريخ ٥/٥/ ٢٠١٦ من الجريدة الرسمية.

(٣) وهو نفس النص الذي كان معمولاً به في دستور سنة ١٩٥٢ مع اختلاف طفيف، إذ تحولت كلمة مجلسي إلى كلمة مجلس، والأنسب كلمة مجلسي لأن مجلس الأمة يضم مجلس الأعيان ومجلس النواب.

(٤) ومن القوانين التي لم تنص على حرمان مزدوج الجنسية من حق الترشيح لعضوية مجلس النواب نذكر على سبيل المثال قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ٤٥/ لسنة ٢٠١٣، حيث لم يتبين في المادة (٨) المتعلقة بحق الترشيح أي منه أو حرمان مزدوج الجنسية من حق الترشح لعضوية مجلس النواب. فالمادة آنفة الذكر تنص على أنه: يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب إضافة للشروط الواجب توافرها في الناخب... ". وبموجب المادة (٥) فأنه يشترط في الناخب أن يكون عراقي الجنسية.

الأول: تطبيق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين الأردنيين دون تمييز.[١] فقد نصت المادة (٦) من الدستور الأردني الآتي: "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين".

الثاني: لا يتضمن الدستور أي شرط يحد من حق الأردني متعدد الجنسيات من ممارسة حقه في الترشيح لعضوية مجلس النواب، فشروط العضوية في مجلس النواب المحددة في المادة (١/٧٥) من الدستور، ليس من بينها شرطٌ يقضي بمنع الأردني متعدد الجنسيات من ممارسة حقه في الترشيح لعضوية مجلس النواب.[٢]

ونهج الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦، لا يختلف عن نهج العديد من الدساتير والتشريعات العربية، فقد نصت المادة (١٠٢) من الدستور المصري الصادر في ١٨ كانون الثاني/ يناير سنة ٢٠١٤ على أنه: "... ويشترط في المترشح لعضوية المجلس (أي مجلس النواب) أن يكون مصرياً... "، كما نصت المادة (١/٨) من قانون مجلس النواب المصري رقم ٤٦/ لسنة ٢٠١٤ على أنه: "يشترط في من يترشح لعضوية مجلس النواب أن يكون مصرياً".[٣]

(١) انظر في الأسباب الموجبة لمشروع تعديل الدستور الأردني بتاريخ ٢٠١٦/٤/١٨، صحيفة الدستور ١٩انيسان/إبريل ٢٠١٦ على الموقع الإلكتروني: https://www.addustour.com/articles/39417 .

(٢) وعند مناقشة مشروع التعديلات لدى مجلس الأعيان، أيد العديد من الأعيان على حق مزدوج الجنسية في ممارسة حقه في الترشح لعضوية مجلس النواب، فعلى سبيل المثال قال أحد الأعيان: أنا شخصياً لا أعتقد أن اقتناء جنسية أخرى يقلل من الولاء أو الانتماء للوطن ولا حتى الاستغناء عن الجنسية الأخرى يزيد من الولاء والانتماء للوطن، لأن الولاء والانتماء للوطن سمة شخصية تكبر معنا وتُغرس فينا وتترعرع (انظر: محضر الجلسة الثانية عشرة من الدورة العادية الثالثة لمجلس الأعيان المنعقدة في ٢/٥/ ٢٠١٦، ص ٤٩).

(٣) هكذا أصبح النص النهائي بعد صدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٢/ لسنة ٢٠١٥ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٥/ لسنة ٢٠١٤، وقانون مجلس النواب الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦/ لسنة ٢٠١٤. (انظر الجريدة الرسمية العدد ٣٠ مكرر (أ) في ٢٩/ يوليو سنة ٢٠١٥). وقد كان النص قبل التعديل على النحو الآتي: " يشترط فيمن يترشح لعضوية مجلس النواب أن يكون مصرياً متمتعاً بالجنسية المصرية المنفردة "، إلا أن المحكمة الدستورية المصرية أصدرت حكمها في يوم السبت، ٧/٥/ ٢٠١٥، فى الدعوى رقم ٢٤ لسنة 37 قضائية، وقضت بعدم دستورية عبارة «متمتعًا بالجنسية المصرية منفردًا «الواردة بالبند الأول من المادة ٨ من قانون مجلس النواب، الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤، التي تحرم مزدوجي الجنسية من الترشح للبرلمان. انظر: صحيفة المصري اليوم الإلكترونية الصادرة بتاريخ ٢٠١٥/٣/٧، على الموقع:
https://www.almasryalyoum.com/news/details/671788، تاريخ الدخول ٢٠١٩/٢/١٧.

كما نصت المادة (٢/٦٤) من الدستور اليمني لسنة ٢٠٠١ على أنه: يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب الشروط الآتية: (أ) أن يكون يمنياً، كما نصت المادة (٥٦/أ) من قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم ١٣/ لسنة ٢٠٠١ على أنه: "يحق لكل ناخب أن يرشح نفسه في الدائرة التي بها موطنه الانتخابي، ويشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب... أن يكون يمنياً".

وخلافاً لهذه المبررات، ذهب جانب من الفقهاء إلى رفض الاعتراف لمتعدد الجنسيات بالحق في الترشيح لعضوية مجلس النواب، مستنداً في ذلك إلى العديد من الحجج نذكر منها:

١- أن تطبيق مبدأ المساواة مبررًا لمنح متعدد الجنسيات حق الترشيح لعضوية مجلس النواب لا يرقى إلى الاعتماد عليه؛ ذلك أن المساواة بين المواطنين في هذه الحالة لا تقوم بين غير المتساويين في المراكز القانونية.(١) بمعنى أن المساواة لا تقوم بين أردني متعدد الجنسيات، وأردني آخر لا يحمل سوى جنسيته الأردنية. فالأردني متعدد الجنسيات يكون في وضع أفضل من الأردني الذي لا يحمل سواها.

٢- أن منح متعدد الجنسيات حق الترشيح لمجلس النواب يتعارض مع مبدأ الولاء. وفي هذا يرى الفقه(٢) أن مفهوم الجنسية يعني أنها رابطة تقوم بين فرد ودولة، يدين فيها الفرد بولائه للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وفي المقابل يتعين على الدولة أن تحميه إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي مساس أو تعدٍ، ومفاد ذلك ومؤداه أن الشخص الذي ينتمي إلى دولتين بحكم تمتعه بجنسيتين يكون متعدد الولاء بتعدد الجنسية.

٣- أن القسم الذي يؤديه عضو مجلس النواب قبل الشروع في عمله، لا يتصور معه أن يكون للملك وللوطن شراكه مع غيره.(٣) وفي هذا قال أحد الأعيان: "إن قسم اليمين عمل مقدس، عندما يكون في حضرة صاحب الجلالة، فالقسم ليس بروتوكولاً، وإنما قلبي ووجداني، وعقلي، مركز على

(١) انظر: د. هشام صادق، الجنسية الفعلية بين الانتماء المادي والانتماء المعنوي، منشور في صحيفة الأهرام المصرية، ٨ فبراير/ شباط ٢٠٠٤، السنة ١٢٧، العدد ٤٢٧٩٧ على الموقع الإلكتروني:
http://www.ahram.org.eg/Archieve/2004/2/8/OPIN3.HTM ، تاريخ الدخول ٤/٣/ ٢٠١٨.

(٢) مشار إليه عند: عفيفي، الحقوق السياسية والقانونية للمهاجرين ومزدوجي الجنسية، ص ٣٢٧، العجارمة، نوفان مدى أحقية مزدوج الجنسية الترشح لعضوية مجلس النواب، منشور في الموقع الإلكتروني عمون بتاريخ ١١/١٠/ ٢٠١٠. www.ammonnews.net/article/71164 ، تاريخ الدخول ٢٠/٥/ ٢٠١٠.

(٣) والقسم الذي يؤديه العضو أمام مجلسه قبل الشروع في عمله بمقتضى المادة (٨٠) من الدستور هو: أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للملك والوطن، وأن أحافظ على الدستور، وأن أخدم الأمة، وأن أقوم بالواجبات الموكولة إليّ حق القيام.

الالتزام بمعنى ما أقول، فإذا أقسمت بالولاء للأردن لا يستطيع عقلي أن يستوعب أنني أيضاً أقسمت بالولاء إلى دولة أخرى. فالولاء لدولتين لا يجتمعان.(١)

٤- إن وجود ازدواج الجنسية يؤدي إلى وجود شبه تضارب أو تعارض في المصالح خاصة إذا كان هناك عدم توافق ما بين الدولتين التي يحمل الشخص جنسيتهما، مثلاً عند اندلاع حرب ما بين هاتين الدولتين، فإلى أي جانب سوف يقف هذا الشخص.(٢)

ولعل الرأي الرافض لحق متعدد الجنسيات في الترشح لعضوية مجلس النواب وكما يرى الباحث انه هو الرأي الجدير بالاعتبار وذلك لقوة حججه، إذ أن النص الدستوري بوضعه الحالي فيه إخلال لمبدأ المساواة بين الأردنيين الذي قرره الدستور الأردني. فالمشرع يجيز تعدد الجنسيات عند الترشح لعضوية مجلس النواب، ولا يجيز تعدد الجنسيات لأعضاء الهيئة المستقلة للانتخاب (المفوضين والأمين العام).(٣)

ولكي نتجنب الإخلال بمبدأ المساواة بين الأردنيين فإن الباحث يرى ضرورة العودة للدستور المعدل لسنة ٢٠١١ الذي نص في المادة (٧٥/١/ب) على عدم جواز الترشح لعضوية مجلس النواب لمن يحمل جنسية دولة أخرى.

الفرع الثالث: حق الأردني متعدد الجنسيات في تولي المناصب العليا

نصت المادة (٢٢/ ١) من الدستور الأردني بأن: "لكل أردني حق في تولي المناصب العامة بالشروط المعينة بالقوانين أو الأنظمة". وترك الدستور الأردني تنظيم هذا الحق لنظام الخدمة المدنية رقم ٨٢/ لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته.(٤) إلا أن هناك من المناصب السيادية، ينظمها الدستور الأردني بنصوص خاصة، مثل منصب رئيس الوزراء، ومنصب الوزارة.

كان الدستور الأردني وتعديلاته إلى ما قبل عام ٢٠١١، لا يقيد حق متعدد الجنسيات الأردني في تولي منصب الوزارة. إذ نصت المادة (٤٢) بأنه: "لا يلي منصب الوزارة وما في حكمها إلا أردني".

---

(١) انظر: ملحق الجريدة الرسمية، مجلس الأعيان، محضر الجلسة الثالثة عشرة من الدورة العادية لمجلس الأعيان السادس والعشرون بتاريخ ٢٤ رجب ١٤٣٧هـ ، الموافق ٢/٥/ ٢٠١٦، ص ٥٤.

(٢) انظر: العجارمة، مرجع سابق.

(٣) بموجب المادة (٩/أ) من قانون الهيئة المستقلة للانتخابات رقم ١١/ لسنة ٢٠١٢ وتعديله فإنه: يشترط في المفوض أو الأمين العام: (١) أن يكون أردني الجنسية منذ مدة لا تقل عن عشر سنوات ومتمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة. (٢) أن لا يحمل جنسية دولة أخرى.

(٤) وقد بدأ العمل به اعتبارا من ١/١/ ٢٠١٤.

وقد استمر الوضع هكذا حتى صدور الدستور الأردني المعدل في سنة ٢٠١١، إذ منع الأردني متعدد الجنسيات من تولي منصب الوزارة. ونصت المادة (٤٢) على أنه: "لا يلي منصب الوزارة وما في حكمها إلا أردني لا يحمل جنسية دولة أخرى".[١]

إلا أن المشرع اتجه بعد صدور الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦، إلى إطلاق حق متعدد الجنسيات في تولي المناصب السيادية. فقد نصت المادة (٤٢) على أنه: "لا يلي منصب الوزارة وما في حكمها إلا أردني".

ونظراً لتعدد المناصب العليا، فسنعرض في هذا الفرع، حق الأردني متعدد الجنسيات في تولي منصب رئيس الوزراء، ومنصب الوزارة، ومنصب القضاء وذلك على النحو الآتي:

أولاً: منصب رئيس الوزراء

نصت المادة (٣٥) من الدستور الأردني بأن: "الملك يعين رئيس الوزراء... ويعين الوزراء...". ويشترط الدستور في من يتولى منصب الوزارة أن يكون أردنياً. فقد نصت المادة (٤٢) من الدستور لسنة ٢٠١٦، على أنه: "لا يلي الوزارة وما في حكمها إلا أردني".[٢] واستنادا لهذا النص فإنه يجوز للأردني متعدد الجنسيات أن يتولى منصب الوزارة، شأنه في ذلك شأن من يترشح لعضوية مجلس النواب؛ مما يدلّ أنه، واستناداً إلى هذا النص، أن يكون كذلك رئيساً للوزراء أو نائباً له، ما دام مستوفياً للشروط المحددة في الدستور.

ومقارنة مع الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، يلاحظ أنه لا يجيز تعدد الجنسيات عند تولي منصب رئيس الوزراء؛ إذ نصت المادة (١٦٤/ الفقرة ١) على أنه: "يشترط في من يعين رئيساً لمجلس الوزراء أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يحمل هو أو زوجه جنسية دولة أخرى، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية، أو أعفي منها قانوناً، بالغاً من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل في تاريخ التكليف".

ويتبين من هذه المادة أنه يشترط في التعيين لمنصب رئيس الوزراء في مصر أن لا يكون الشخص متعدد الجنسيات مطلقاً، وذلك بالنظر إلى أهمية هذا المنصب الرفيع والمهام البالغة الحساسية التي يقوم بها رئيس الوزراء في الدولة. كما أن الدستور المصري يذهب إلى أبعد من ذلك؛ إذ يشترط أن يكون هذا الشخص مصرياً، من أبوين مصريين، وأن لا يحمل هو أو زوجه جنسية دولة أخرى.

---

(١) ونفس النص نلحظه في الدستور المعدل لسنة ٢٠١٤.

(٢) بموجب التعديل المنشور في العدد ٥٣٩٦ تاريخ ٥/٥/ ٢٠١٦ من الجريدة الرسمية.

والذي يبدو أن ما ذهب إليه الدستور المصري جدير بالاعتبار، بالنظر لخطورة هـذا المنصـب الرفيع، وللمهام التي يقوم بها رئيس الحكومة، إلا أن المشرع الأردني اتخذ موقفـاً مغـايراً، وأجـاز للأردني متعدد الجنسيات أن يتولى منصب رئيس الوزراء. وعليه، فإن الباحث يرى أن منصب رئيس الوزراء في الأردن يجب أن يتولاه أردني الجنسية ومن لا يحمل جنسية دولة أخرى، وذلك لحساسـية ومكانة هذا المنصب السيادي الرفيع ومدى خطورته وإمكانية تأثير قراراته علـى مكانـة ومصـير ومستقبل وسيادة وأمن الدولة الأردنية وكافة النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية فيها على حد سواء.

ثانياً: منصب الوزارة

في ما يتعلق بتولي منصب الوزارة، يجوز للأردني إن كان منفرد الجنسية أو متعدد الجنسيات أن يتولاه، فالدستور لم يقيد ذلك مطلقاً.

ومن الدساتير العربية التي لم تقيد حق متعدد الجنسيات في تولي منصب الوزارة نذكر على سبيل المثال الدستور المصري لسنة ٢٠١٤. فقد نصت المادة (٢/١٦٤) على أنه: "ويشترط في من يعـين عضواً بالحكومة، أن يكون مصرياً، متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية... ".

وهنا، يؤكد الباحث أيضا على ضرورة أن يكون الوزير في الأردن منفرد الجنسية والولاء للدولة الأردنية، وذلك بالنظر إلى أهمية منصبه السياسي الرفيع وباعتباره الرئيس الإداري الأعلى لوزارته، إذ يتولى رسم سياسة وزارته وتوجيهها وإدارتها في حدود السياسة العامة للدولة، ويقوم أيضا بتنفيذها. كما أن حمل الوزير للجنسية الأردنية المنفردة فقط يستوجب إقامته الدائمة في الأردن، واتخاذه منهـا مركزاً لمصالحه المادية والمعنوية، وممارسته بها كافة المسؤوليات والمهام الموكولة إليه.

ثالثاً: حق متعدد الجنسيات الأردني في تولي منصب القضاء

١- قضاة المحكمة الدستورية

لم ينظم المشرع الدستوري أحكام المحكمة الدستورية إلا في الدستور المعدل لسنة ٢٠١١، فـي المواد (٥٨- ٦١). وبالنسبة لقضاة المحكمة الدستورية يلاحظ أن هذا الدستور حـرص علـى أن لا يحمل عضو المحكمة الدستورية جنسـية دولة أجنبية إلى جانب الجنسـية الأردنية. فقد نصت المادة

(١/٦١) من الدستور الأردني على أنه: "يشترط في عضو المحكمة الدستورية ما يلي: (أ) أن يكون أردنياً ولا يحمل جنسية دولة أخرى".[١]

وسنداً لهذا النص الدستوري فقد صدر قانون المحكمة الدستورية رقم ٢٠١٢/١٥ الذي نظم شروط تعيين وصلاحيات ومهام أعضاء المحكمة الدستورية.

وفي ما يتعلق بالتعيين في عضوية المحكمة الدستورية نصت المادة (٦/أ/١) على أنه: "يشترط في من يعين عضواً في المحكمة... أن يكون أردنياً ولا يحمل جنسية دولة أخرى".

ويتبين من هذه النصوص أن المشرع قرر صراحة عدم جواز حمل قضاة المحكمة الدستورية جنسية دولة أخرى أجنبية إلى جانب الجنسية الأردنية، وذلك بالنظر إلى أهمية هذا المنصب السيادي وحساسيته، إذ إن قضاة المحكمة الدستورية يُعيّنون مباشرة من قبل جلالة الملك، على عكس قضاة المحاكم الأخرى الذين يكون تعيينهم بتنسيب من وزير العدل وقرار من المجلس القضائي وإرادة ملكية سامية. وجميع القضاة، دون استثناء يجب عليهم أن يؤدوا قسم الولاء عند تعيينهم وقبل مباشرتهم لوظيفتهم.[٢]

وفي ما يتعلق باختصاصات المحكمة الدستورية نصت المادة (٥٩) من الدستور المعدل لسنة ٢٠١١ على أن: "تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتصدر أحكامها باسم الملك، وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات وللكافة، بالإضافة إلى حق المحكمة في تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر من مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأغلبية ويكون قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية.

كل هذه الاعتبارات في ما يبدو جعلت المشرع يحرص على أن لا يحمل قاضي المحكمة الدستورية جنسية دولة أجنبية إلى جانب الجنسية الأردنية؛ الأمر الذي يؤكد الباحث على صحته وضرورته وضرورة استمرار العمل به.

---

(١) ولم يطرأ أي تعديل على هذا النص في الدستور المعدل لسنة ٢٠١٤ ولا في الدستور المعدل لسنة ٢٠١٦.

(٢) تنص المادة (١٤/أ) من قانون استقلال القضاء الآتي: يقسم القاضي عند تعيينه وقبل مباشرته لوظيفته القسم التالي: أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للملك والوطن وأن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم القوانين وأؤدي وظائفي بكل أمانة وإخلاص وأن ألتزم سلوك القاضي الصادق الشريف.

وبناء على ذلك فإذا كان أحد ممن خدموا قضاة في محكمة التمييز أو المحكمة الإدارية العليا[١] أو أحد من أساتذة الجامعات يحمل رتبة الأستاذية أو أحد من المحامين الذي مضى مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة في المحاماة، ويحمل جنسية دولة أجنبية إلى جانب الجنسية الأردنية فيجب عليه إما أن يتنازل عن جنسيته الأجنبية، ويبقى في شغل وظيفة قاضي في المحكمة الدستورية، وإما أن يحتفظ بجنسيته الأجنبية، ويترك منصبه قاضيا في المحكمة الدستورية.[٢]

٢-قضاة المحاكم الأخرى

أما بالنسبة لقضاة المحاكم الأخرى بما فيهم قضاة محكمة التمييز والمحكمة الإدارية العليا، فقد كان يحظر عليهم تعدد الجنسيات في بداية الأمر؛ إذ جاء في المادة (١٠/أ) من قانون استقلال القضاء الأردني رقم ١٥/ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته بأنه: "يشترط في من يعين قاضيا أن يكون... أردني الجنسية غير متمتع بحماية أجنبية".

واستمر الوضع على ذاك الحال حتى عند صدور قانون استقلال القضاء رقم ٢٩ لعام ٢٠١٤، حيث نصت المادة (٩/أ/ ١) على أنه: "يشترط في من يعين قاضيا أن يكون... أردني الجنسية ولا يحمل جنسية دولة أخرى".[٣]

إلا أنه وبموجب القانون المعدل لقانون استقلال القضاء رقم(١٩) لعام ٢٠١٦ ، جرى تعديل البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٩) من القانون الأصلي رقم ٢٩/ لسنة ٢٠١٤ بإلغاء عبارة (ولا يحمل

(١) تعدلت تسمية محكمة العدل العليا إلى المحكمة الإدارية العليا، بموجب المادة (٣) من قانون القضاء الإداري رقم ٢٧/ لسنة ٢٠١٤.

(٢) تنص المادة (٦/ أ/٣ من قانون المحكمة الدستورية بأنه: يشترط فيمن يعين عضواً في المحكمة ما يلي: (٣) أن يكون من أي من الفئات التالية: أولاً: ممن خدموا قضاة في محكمتي التمييز والعدل العليا، ثانياً: من أساتذة القانون في الجامعات الذين يحملون رتبة الأستاذية، ثالثا: من المحامين الذي أمضوا مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة في المحاماة.

(٣) منشور في الجريدة الرسمية، صفحة (٥٠٠١)، عدد رقم (٥٣٠٨) بتاريخ ١٠/١٦/ ٢٠١٤.

جنسية دولة أخرى) الواردة في آخره. وبموجب هذا التعديل أصبح نص المادة (٩/١/أ) على النحو الآتي: "يشترط في من يعين قاضياً أن يكون... أردني الجنسية".[١]

وبهذا التعديل أصبح من حق القاضي الأردني حمل جنسية دولة أخرى إلى جانب الجنسية الأردنية. وهذا النص رغم عموميته فإنه لا يشمل قضاة المحكمة الدستورية، لأن الدستور في المادة (٦١/١) اشترط عدم حمل قضاة المحمة الدستورية جنسية دولة أخرى.

ويلاحظ بأن المشرع الأردني تشدد كثيراً في تعيين قضاة المحكمة الدستورية؛ إذ اشترط أن لا يكون العضو فيها متعدد الجنسيات، أما قضاة المحاكم الأخرى فأجاز للعضو فيها أن يكون متعدد الجنسيات. ويرى الباحث أن القضاة جميعاً يمثلون سلطة الدولة، وأنه لا يجب أن يكون بينهم أي تمييز، فجميعهم يؤدون يمين الإخلاص والولاء، لذلك فمن الأجدر والأفضل أن يكون لجميع القضاة حكمٌ واحدٌ وهو عدم السماح لهم بتعدد الجنسيات.

الخاتمة:

وبعد أن فرغنا بعون الله من هذه الدراسة توصّلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات والتي نأمل أن تجد لها مكانا في التطبيق العملي، وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- من خلال استعراض أسباب تعدد الجنسيات في تشريع الجنسية الأردني، يتبين أنها تتعلق بالمواطن الأردني الذي قد تنطبق عليه أحد هذه الأسباب، فيصير متعدد الجنسيات، وكذلك المرأة الأجنبية التي أصبحت أردنية بزواجها من أردني. وما دام الأمر كذلك فمن حق الأردني أن يتجنس بجنسية دولة أخرى، إلا أنه عند ممارسة الحقوق السياسية، وتولي المناصب العليا، يجب عليه أن يتخلى عن الجنسية الأجنبية.

(١) ومن القوانين التي لم تشترط حمل القاضي جنسية أجنبية نذكر على سبيل المثال قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦/ لسنة ١٩٧٢، إذ نصت المادة (٣٨) بأنه: " يشترط فيمن يولى القضاة أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية... ".

٢- كشفت الدراسة أن المشرع الأردني لا ينص صراحة في قانون الانتخاب لمجلس النواب على حق المرأة الأجنبية التي أصبحت أردنية بسبب زواجها من أردني في ممارسة حق الانتخاب، مما يجعل هذه المسألة عرضة للاجتهاد، وبالتالي تفاوت الأحكام فيها.

٣- من خلال دراسة حق الأردني متعدد الجنسيات في الترشح لعضوية مجلس النواب يلاحظ أن المادة (١٠/ب) من قانون الانتخاب لمجلس النواب لسنة ٢٠١٦ التي لا تجيز للأردني متعدد الجنسيات الترشح لعضوية مجلس النواب، تتعارض مع المادة (١/٧٥) الدستور التي تجيز له ذلك. كما يلاحظ أن المادة (٩/أ/٢) من قانون الهيئة المستقلة للانتخابات رقم ١١/ لسنة ٢٠١٢ التي لا تجيز تعدد الجنسيات للمفوض أو الأمين العام، تتعارض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (٦) من الدستور.

٤- أوضحت الدراسة بأن منصب رئيس الوزراء ومنصب الوزارة من المناصب السيادية التي تمس كيان الدولة السياسي لا يجب أن يتولاها إلا أردنيٌّ لا يحمل جنسية دولة أخرى أجنبية.

٥- في الوقت الذي يقر فيه المشرع الأردني تعدد الجنسيات للقضاة الأردنيين استناداً لمبدأ المساواة، نلحظ أنه في المقابل لا يقر هذا التعدد لقضاة المحكمة الدستورية العليا، مما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين القضاة الأردنيين، والتمييز فيما بينهم.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المشرع الأردني أن يطلق مبدأ تعدد الجنسيات بحيث يتمتع به كل مواطن أردني، على أن يكون تطبيق هذا المبدأ مقيداً عند ممارسة حق الترشح لعضوية مجلس النواب، وتولي المناصب العليا في الدولة، مثل منصب رئيس مجلس الوزراء ومنصب الوزارة وما في حكمها، ومنصب القضاء.

٢- نوصي المشرع الأردني أن ينص صراحة في قانون الانتخاب على أن المرأة الأجنبية التي أصبحت أردنية بسبب زواجها من أردني، لها الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب.

٣- نوصي المشرع الأردني بإجراء تعديل في المادة (٧٥/١/أ) من الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١٦، بحيث يكون النص الجديد على النحو الآتي: لا يكون عضواً في مجلسي الأعيان والنواب: (أ) من لم يكن أردنياً. (ب) من يحمل جنسية دولة أخرى.

٤- نوصي المشرع الأردني بأن يعمل على تعديل المادة (٤٢) من الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١٦، بحيث يكون النص على النحو الآتي: لا يلي منصب الوزارة وما في حكمها إلا أردني لا يحمل جنسية دولة أخرى.

٥- منعا للتمييز بين القضاة وتحقيقا للمساواة في ما بينهم، نوصي المشرع بتعديل المادة (٩/١/أ) من قانون استقلال القضاء المعدل رقم ١٩/لسنة ٢٠١٦ بحيث يكون النص على النحو الآتي: يشترط في من يعين قاضياً أن يكون أردني الجنسية، ولا يحمل جنسية دولة أخرى.

المراجع

بدراوي، عبدالمنعم (١٩٨٥)، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة.

الحلو، ماجد راغب (١٩٩٥)، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

خالد، هشام (٢٠٠١)، المركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.

خربوط، مجد الدين (١٩٩٧)، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة.

الخطيب، نعمان أحمد، (١٤٣١هـ – ٢٠١٠) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الداوودي، غالب على (٢٠١٦)، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، عمان.

الداوودي، غالب علي (١٩٩٨)، ازدواج الجنسية في القانون الأردني والمقارن، مجلة البلقاء، الأردن.

الدستور الأردني الصادر في سنة ١٩٥٢، نشر في عدد الجريدة الرسمية ١٠٩٣ تاريخ ٨/١/ ١٩٥٢.

الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١١.

الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١٤.

الدستور الأردني المعدل لسنة ٢٠١٦.

الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (١٩٩٥)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت.

رياض، فؤاد عبدالمنعم (١٩٩٥)، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة.

رياض، فؤاد عبدالمنعم، (١٩٩٥)، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة.

زمزم، عبدالمنعم (٢٠١١)، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلامة، أحمد عبدالكريم (١٩٩٣)، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة.

صادق، هشام علي (١٩٨٦)، الجنسية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة.

طبيشات، خلدون سعيد (٢٠١٠)، مدى توافق المشرع الأردني مع متطلبات المجتمع الدولي وأثر ذلك في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ٧، العدد (١).

عبدالعال، عكاشة (١٩٩١)، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دراسة تحليلية وتأهيلية في القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، بيروت.

عبدالعال، عكاشة (٢٠٠١)، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

عبدالعال، عكاشة محمد (١٩٩٦) القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.

عبدالعال، عكاشة محمد (٢٠٠٦)، أحكام الجنسية اللبنانية، الطبعة (١)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

عبدالله، عبدالغني بسيوني (٢٠٠٢)، النظم السياسية، ط ٤، منشأة المعارف، الاسكندرية.

عبدالله، عزالدين (١٩٧٧)، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، القاهرة.

عشوش، أحمد عبدالحميد (١٩٩٧)، القانون الدولي الخاص، (الجنسية – تنازع القوانين)، القاهرة ٢٠١٢.

عفيفي، عادل عبد المقصود (١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤)، الحقوق السياسية والقانونية للمهاجرين ومزدوجي الجنسية (جمهورية مصر العربية نموذجاً)، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

العيسى، طلال ياسين (٢٠٠٧)، الأصول العامة في الجنسية، دراسة مقارنة في القانون العراقي والأردني والمقارن، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان.

قانون استقلال القضاء الأردني رقم ١٥/ لسنة ٢٠٠١.

قانون استقلال القضاء الأردني رقم ١٩/ لسنة ٢٠١٦.

قانون استقلال القضاء الأردني رقم ٢٩/ لسنة ٢٠١٤.

قانون الأحزاب السياسية العراقي رقم ٣٦/ لسنة ٢٠١٥.

قانون الأحزاب والتنظيمات السياسية اليمني رقم ٦٦/ لسنة ١٩٩١م.

قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٢٥/ لسنة ٢٠١٢.

قانون الانتخاب لمجلس النواب الأردني رقم ٦/ لسنة ٢٠١٦.

قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم ١٣/ لسنة ٢٠٠١.

قانون الجنسية الأردنية رقم ٦/ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون رقم ٢٢/ لسنة ١٩٨٧.

قانون الجنسية الإماراتي رقم ١٧/ لسنة ١٩٧١م.

قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦/ لسنة ٢٠٠٦.

قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦/ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ١٥٤/ لسنة ٢٠٠٤.

قانون الجنسية اليمنية رقم ٦/ لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ٢٥/ لسنة ٢٠١٠.

قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥/ لسنة ٢٠١٢ منشور على الصفحة ٢٥١٩ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥١٦١ بتاريخ ٦/٧/ ٢٠١٢.

قانون الهيئة المستقلة للانتخاب رقم ١١/ لسنة ٢٠١٢ وتعديله.

قانون انتخاب أعضاء مجلس النواب اللبناني رقم ٤٤/لسنة ٢٠١٧، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٧، تاريخ ٢٠١٧/٦/١٧.

قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ٤٥/ لسنة ٢٠١٣، الصادر في ٢٥ تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠١٣، والمنشور في ٢/ كانون الأول ٢٠١٣.

قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم ٤٥/ لسنة ٢٠١٤، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ (تابع) في ٥ يونيه/ حزيران سنة ٢٠١٤.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (١٣٧٥ه – ١٩٦٥)، لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، الطبعة الأولى، بيروت.

الوقيد، جمال سلامة أحمد (١٤٣٦هـ – ٢٠٠٥)، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثارها الأمنية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط(١)، القاهرة.

الوكيل، شمس الدين (١٩٦٨)، الجنسية ومركز الأجانب، ط٣، الاسكندرية.

المراجع الأجنبية

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137.

European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997.

Tiryakioglu, Bilgin, Multiple citizenship and its consequences in Turkish Law, Ankra Law Review, Vol. 3 No. 1(Summer 2016).

المواقع الإلكترونية:

http://www.gerasanews.com/article/58137

https://annabaa.org/arabic/studies/16088

https://www.addustour.com/articles/39417

https://www.ammonnews.net/article/276922

https://www.refworld.org/docid/485ba8577.html

www.ammonnews.net/article/71164

http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?22960

https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-29/20140206/P1TT3xt3.html

https://www.almasryalyoum.com/news/details/671788

https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pd

http://www.ahram.org.eg/Archieve/2004/2/8/OPIN3.HTM -

Jordan Journal of Law and Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Issued by the Higher Scientific Research Committee/Ministry of Higher Education and Scientific Research and the Deanship of Academic Research/Mu'tah University

Price Per Issue: **(JD 3)**

Subscription:

Subscriptions should be sent to:

Jordan Journal of Law and Political Sciences
Deanship of Academic Research
Mu'tah Jordan
Karak- Jordan

Annual Subscription:

Individuals:

- Jordan : [JD 10] Per year
- Other Countries: [$30] Per year

Institutions:

- Jordan : [JD 20] Per year
- Other Countries: [$40] Per year

Students:

- [JD 5] Per Year

Subscriber's Name & Address:

Name	
Address	
Job	

Form:

☐ Cheque: ☐ Bank Draft ☐ Postal Order

Signature: **Date: / /200**

Editorial Correspondence
Manuscripts for submission should be sent to: Editor-in-Chief,
Jordanian Journal of Arabic Language and Literature
Deanship of Academic Research
P.O. Box (19)
Mu'tah University, Mu'tah (61710),
Karak, Jordan.
Tel: (03–2372380)
Fax. ++962–3–2397170

Swies, R. 1988. Construction Insurance in the Arab Gulf Area: An Analysis of Cover and Contracts, ph. D Thesis, The city University, London.

F. Unpublished or in press:

Author**,** year, articae title, (un published, in press submitted, or private contact).

Example:

AL- Qudah, Fayyad, 2009, "Mada Fualeyat Raqabar Mudagig AL- Hisabat a'la A'amal Majles AL- Edarah Fi AL- Smarekaat AL- Musahamah AL- Aammeh Fi AL- Qanun AL- Orduni" submitted.

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

G. Institution publications:

Institution, publisher, place, year of publication.

Example:

The University of jordan, The Annual Book, Amman, 1991, The University of Jordan.

North, EASTERN State University, 1980-1982 Catalogues. Oklahoma. 1982.

H. Manuscript:

Author, title of the manuscript, place, classification number, sheet number, pointing if it is back ("b") or inside ("in"). It should be staed between paranthesis that the source is a manuscript.

Example:

AL- Dinori, Abu Baker Ahmad Bin Marwan, AL- Muhasabah; The National Library, Sophia , OP 1964 (Manuscript).

I .Nerspapers:

A. News Item:

News paper, place, issue, date, page.

A ddustour, Amman, issue number 9268, July, 1993.

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

B.Non – News Item:

Book, title of the article / poem…, News paper, place, issue, date, page.

Mahmud Darrish, 'Ahada Ashar Kawkaban; Addustoure, Amman, issue 9165, 31 March, 1993, pag ε35. Jordan Times, Amman, No 5290, 24 April, 1993, page 35.

J.As agift, the journal gihes the main author one copy of the issue in alich the manuscript is published, in addition to 20 off – prints for all the other authors. A charge will be made for any additional off – prints requested.

H. Manuscripts should be sent to:

Editor – in – chief, Jordan Journal of Law and Political Sciences.

Deanship of Scientific Research P.O Boox (19), postal code (61710).

Example:

Annahi, Tawheed Ahkam AL-Ethbaat, p. 12.

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

C.Chapter in A Book:

a. At the end of the dissertation:

Name of the author (chapter's author), Year, chapter's title, in, Book's title, editor(s), Editions, publisher, place of publication, pages.

Example:

Abbas, Ihsan, 1984, AL- Arab Fi SIGILYAH, IN Murajaa't Hawl Al- Orubah Wa El-Islam Wa Oropai edited by Mahmud Assamrah, First Edition. Al- Arabi JOURNAL, Kuwait, pp. 71 – 79.

Latifi, M. 1986. Commercial production of Anti – Snakcbite Seram. In: Carands, C. and Gans, K. (editors), Biology of the Reptelia. Academic press New York.

b.In the Margin:

Author, title of the article, page.

Example:

Abbas, AL- Arab Fi sigiyah' .pp. 71 – 79.

Salter, M. Remedies for Banks .p. B1.

C.Court Judgment:

Name of the court, number and year of the Judgment (3/94), place and year and issue (If found).

Example:

If published in the Law years. Unrb, Journal.

"Tamyeez Hu 9009 91/383. Majalat Naqabar AL- Muhameen AL- Urdinegeen, 1993, issue 1-3, page 181.

Insurance Co. of North Amerca, V. Heritage Bank, 595, Federal, Secand, 171, 173 (3rd. Cir 1979).

D.Conference Proceedings:

Author, titel proceedings, Volume or issue no, place of conference, place of proceedings publication, year.

Example:

Aqil, Nabeeh. "Mawled AL- Hizbeyah AL- Seyasiyah wa Qadeyat AL- Hukm. "The Fourth International Conference on The History of Bilad AL- Sham Bilad AL- Sham in the Ummayad Era), volume 1, University of jordan, Amman. 1989.

Carlier,p. and King, G. 1989. Qustal al- Balqa: An Umayyal Site in Jordan. Proceedings of the fourth International conference on the History of Bilad AL- Sham, vol. 11. the University of Jordan. Pp. 17-110.

E.Dissertation / The sies:

Author, Year, title, MA This or phD dissertation, University, place.

Example:

AL- Abbadi, Abdul- Salam. Daoud, 1973, AL- Kulayah Fi AL- Shayah AL- Islameyah wa wathifatuha wa Quyooduha: A Comparative study with positive Laws. Ph D Dissertation, AL- Azhar University, AL- Azhar, Cairo.

- Two abstract (one in English and another in Arabic) should be submitted with the manuscript. Each abstract must have Keywords.
- In a letter addressed to the editor – in – chief, the researcher should express his / her desire to consider their manuscript for publication, specity the title of the research, and warranr not to submit the manuscript elsenhere. The author should also specity the folloming: full name, date of mailing, mailing address, email and converienmt contact details.
- The author(s) should specity, in a margh in the titles page, if the manuscript is part of an MA or phD dissertaion .If to, documentation – including the name and address of the anthor and the defense committee members – is needed.
- Documentation:
  A. In – text citations are made with raised Arabic numerals in the text placed in parantuesis [(1)], [(2)] , [(3)] . referring to notes that provide complete publishing in formation at the bottom of the page, according thir order in the text.
  B. At the end of the manuscipt, references are alphabetically order (the author's last name) as follows:

1.Books

A. At the end of a dissertation

The authore's last name followed by first and middle names (no titles), full title of the book, publisher, place of publication, edition number and year of publication.

Example:

Al-Sanhury, Abdul – Razaq, AL-Waseet Fi SharH AL- Qanun AL- Madani; Dar Ehyaal AL-Turath AL-Arabi. Beirut, 1964.

Honnald, O. 1982. Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nation Convention. Kluwer Law and Taxation publisher, Deventer, Netherlands.

Editors and translators place their names directly after the book's title, preceded by the words "Edited by" or "Translated by"

Example:

Klaus, Hans. AL- Natharyah AL-Watari. Legal Research Center. Baghdad. Edition 1 . 1986.

B. In the margin:

The author's last name, shortened book title, parts, page number.

Example:

Hannold, Uniform Law For International Sales, pp. 50.

2. Research paper in Journals:

A. At the end of the dissertation:

Author's name, title of the paper, Journal, place of publication, volume number, issue number, year and pages.

Example:

Annahi, Salahuddin, Tawheed Ahkam AL- Ethbaat Fi AL- Bilad AL- Arabiyah: **Majallt AL- Qadaa**: Baghdad, volume one, 1981, pp. 35 – 47.

Hardfield, H. 1971. The Increasing Domestic Use of the letter of Credit. ***Unifirm Commencial Code Law Journal, 4***: 251 – 255.

B.Margin:

Shortened author's name, shortened title of the research paper, Journal, page.

The Journal Welcomes research papers and scientific studies in the field of law and political sciences according to the following**:**

First: General Conditions of Publications:

- The journal publishes original, authentic and innovative research papers and academic studies that observe sound methodology, documentabion and flawless language.
- The journal welcomes contributions in Arabic, English or French, from jordan or other countries.
- The research must not have been published or submitted for publication elsewherey and the researcher apaper is accepted for publicashion, its anther can not publish it, wholly or partially, or in any language, unless he / she gets a written permission from the editor – in – chief after one year of its publication.
- Submitted research papers will be confidentilly evaluated. Final approval of the paper is given after the researcher(s) do the required corrections suggested by the referees the content of the paper is the responsibility of the researcher. Views expressed in the paper are those of the anthors' and are not necessarily the Editorial Board of the Journal, or the policy of Mutah University. Or the policy of the Higher Committee for Scientific Research or THE Ministry of Higher Education and Scientific Research.
- When Apaper is accepted for publication, its copy rights are transferred to the (publisher), the Deanship of Scientific Reseaech.
- The Editorial Board reserves the right not to proceed with publicatin without giving any justification. The Boanl's decisions are final The Boanl reserves the eight to make any editorial changes as may be necessary to make the paper suitabie for publication.
- Auther(s) many cite published or unpublished material and they have to ackuouledge sources of funding (if any).
- If the author chooses to withdraw his / her paper or decides not to proceed with publication, they should pay all the evaluation fees.
- The jornal does not pay for the papers published .
- Oeder of the papers in the journal is not subject to any considerathers.

Second: Organizational Rules:

- Arabic monuscriprs should be typed using MS word with"Simpliphid Arabic" font. Normal (14) font size and 1.2 cm. margins. Manuscripts in English or French should be typed using the "Time New Roman", (12) font size and 1.0 cm margins. All manuscripts should be on one Dace of A4 papers. They should not exceed 35 pages in leagth, including Bibliography and appendices. The margins should be: 2cm upper, 3.4 cm lower, 3.3 cm right and 3.3 cm left. Paragraphs are indented at 0.7 cm and 6 points distanced, and line spacing is singale.
- Four copies of each manuscript should be submitted. One copy should have that Allowing: the author(s) names (English and Arabic), academic rank, mailing address, emailo and institutional affiliation.The other thrce copies must not hinr to the author(s) identity. The author(s) must submit a copy on a floppy 3.5 disk or on CD, compatible with the Windows IBM.

Jordan Journal of

LAW and POLITICAL SCIENCES

An International Refereed Research Journal

Vol. 12 No. (3) 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 Nezam Al-Majali
Professor Jamal Al-Shalabi	Professor Fayyad Al-Quda
Professor Mohamed Al-khalayleh	Professor Ayman Masadeh
Professor Anis Al-Mansour	Dr. Naida Qozmar

Editorial Advisory Board

Professor Kamil Abu – Jaber	Professor Hisham Sadeq Ali
Professor Ahmad Y. Ahmad	Professor Aboud Al- Saraj
Professor Kamil Al-Said	Professor Tunisi Bin Amir
Professor Alemarani M. Zentar	Professor Mohammad Al-Mesfer

Proofreader: (Arabic) Prof. Khaleel Alrfooh
Proofreader: (**English)** Dr. Atef. Al- Sarairah

Director of Publications
Seham Al-Tarawneh

Editing
Dr. Mahmoud N. Qazaq

Typing & Layout Specialist
Orouba Sarairah

Follow Up
Salamah A. Al-Khresheh

© All Rights Reseved for Mu'tah University, Karak, Jordan

Publisher
Mu'tah University
Deanship of Academic Research (DAR)
Karak 61710 Jordan
Fax: 009623 – 2397170
Email:jjl_ps@mutah.edu.jo

© 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

The Hashemite Kingdom of Jordan

Ministry of Higher Education

Mutah University
Deanship of Academic Research

Jordan Journal of
LAW and POLITICAL SCIENCES

An International Refereed Research Journal
Founded by the Higher Committee for Scientific Research

Vol. 12 No.(3) 2020

Mu'tah University

The Hashemite Kingdom of Jordan

صندوق دعم البحث العلمي
Scientific Research Support Fund

Jordanian Journal of

Law & Political Sciences

An International Refereed Research Journal

Vol. (12), No. (3),2020

S.NO
46

ISSN 2520 – 744X