



مجلة جامعة الملك سعود، م٢٢، الأنظمة والعلوم السياسية (٢)، ص ص ٢٣١ - ٣٥٩، الرياض (٢٠١٠م / ١٤٣١هـ)

مجلة جامعة الملك سعود

(دورية علمية محكمة)

المجلد الثاني والعشرون

الأنظمة والعلوم السياسية (٢)

يوليو (٢٠١٠م)
رجب (١٤٣١هـ)

النشر العلمي والمطابع - جامعة الملك سعود

ص.ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ - المملكة العربية السعودية



هيئة التحرير

رئيس التحرير

- أ.د. علي بن سعيد الغامدي
أ.د. صالح بن رميح الرميح
أ.د. خالد بن عبدالله الرشيد
أ.د. إبراهيم بن محمد الشهوان
أ.د. أنيس بن حمزة فقيها
أ.د. سالم بن سعيد القحطاني
أ.د. فهد بن عبد الله الدليم
أ.د. فيصل بن عبد العزيز المبارك
أ.د. سليمان بن عبدالرحمن الذيب
أ.د. عبد الله بن محمد الدوسري
د. سعد بن هادي الحشاش
د. منصور بن محمد السليمان
د. أسامة بن محمد السليمان
أ.د. علي بن محمد التركي

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

رئيساً

عضواً

عضواً

عضواً

عضواً

عضواً

- د. أسامة بن محمد السليمان
أ.د. رضا عبد الحلیم عبد المجید
د. عصام حنفي موسى
د. عبد الله جبر العتيبي
د. الدين الجيلاني بوزيد
د. علي رمضان علي بركات

ح ٢٠١٠م (١٤٣١هـ) جامعة الملك سعود

جميع حقوق الطبع محفوظة. لا يسمح بإعادة طبع أي جزء من المجلة أو نسخه بأي شكل وبأي وسيلة، سواء أكانت إلكترونية أم آلية، بما في ذلك التصوير والتسجيل أو الإدخال في أي نظام حفظ معلومات أو استعادتها بدون الحصول على موافقة كتابية من رئيس تحرير المجلة.

مطابع جامعة الملك سعود ١٤٣١هـ



المحتويات

صفحة

الاتجاهات الحديثة في تجريم الاحتيال المعلوماتي	
أسامة بن غانم العبيدي	٢٣١
الحق في محاكمة جنائية عادلة في المملكة العربية السعودية	
عبد المجيد بن عبد الله الحرقان	٢٦٥
مشكلة إثبات سوء نية الإدارة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية : دراسة تحليلية نقدية	
بسام محمد أبو إرميلة	٣١٥

الاتجاهات الحديثة في تجريم الاحتيال المعلوماتي

أسامة بن غانم العبيدي

أستاذ القانون المشارك

معهد الإدارة العامة، الرياض

(قدم للنشر في ٢٥/٤/١٤٣٠هـ؛ وقبل للنشر في ١٢/١/١٤٣١هـ)

ملخص. أدى الانتشار المتزايد في استخدام الحاسب الآلي وشبكات الإنترنت إلى زيادة كبيرة في الجرائم المعلوماتية المرتكبة ومنها جرائم الاحتيال المعلوماتي، وهي من الجرائم التي يتزايد انتشارها سنوياً وتشكل تحدياً كبيراً للسلطات في دول العالم المختلفة وتتسبب في خسائر سنوية تقدر ببلاتين الدولارات. ويتناول هذا البحث جرائم الاحتيال المعلوماتي من حيث ماهيتها ووسائل ارتكابها وصورها وكيفية تعامل القوانين والتشريعات المقارنة معها. وقد بينا في المبحث التمهيدي من هذا البحث ماهية جرائم النصب (الاحتيال) وماهية الاحتيال المعلوماتي. كما بينا في المبحث الأول من هذا البحث مدى قابلية البيانات والمعلومات للاستيلاء عليها، ومدى صلاحية النقود الإلكترونية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال. كما بينا في المبحث الثاني مزايا وعيوب التحويل الإلكتروني للأموال ووسائل ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي. أما في المبحث الثالث فقد تطرقنا للاحتيال باستخدام بطاقات الائتمان. أما في المبحث الرابع فقد تناولنا فيه موقف بعض التشريعات المقارنة من جرائم الاحتيال المعلوماتي.

مقدمة

في العالم . وسوف نناقش في هذا البحث جرائم الاحتيال المعلوماتي وهي الجرائم المرتكبة باستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت وتعامل القوانين والتشريعات المقارنة مع هذه الجرائم.

الدراسات السابقة

معظم الدراسات السابقة التي تناولت الجرائم المعلوماتية لم تتطرق بشكل محدد لجرائم الاحتيال

أدى التزايد المستمر في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت إلى ازدياد كبير في ارتكاب الجرائم المعلوماتية بشكل عام وجرائم الاحتيال المعلوماتي بشكل خاص . واستحوذت جرائم الاحتيال المعلوماتي على النصيب الأكبر من الجرائم المعلوماتية المرتكبة في العالم اليوم بالنظر إلى اعتمادها على استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت وإمكانية ارتكابها من أي مكان

المبحث الثاني: مزايا وعيوب التحويل الإلكتروني للأموال ووسائل ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي

المبحث الثالث: الاحتيال باستخدام بطاقات الائتمان
المبحث الرابع: موقف بعض التشريعات المقارنة من جرائم الاحتيال المعلوماتي

منهج البحث

يعتمد هذا البحث على منهج الدراسة التحليلية للقوانين والأنظمة المقارنة مع الرجوع والاعتماد على المراجع القانونية ذات العلاقة.

مبحث تمهيدي:

ماهية جرائم النصب (الاحتيال)

وماهية الاحتيال المعلوماتي

نظراً لأهمية جرائم النصب (الاحتيال) وتحديد ماهية الاحتيال المعلوماتي سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث تعريف جرائم النصب (الاحتيال)، ثم نتناول ماهية الاحتيال المعلوماتي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية جرائم النصب (الاحتيال)

يمكن تعريف جريمة النصب بأنها "الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير بخداع المجنى عليه وحمله على تسليمه" (عفيفي، بدون تاريخ) فالنصب يتكون من فعلين هما الاحتيال والاستيلاء. فالنصب يترتب

المعلوماتي، بل تطرقت لهذه الجرائم بشكل موجز ومختصر. وقد قمنا بذكر عدد من المراجع ذات العلاقة بجرائم المعلوماتية في قائمة المراجع لهذا البحث ويمكن الرجوع إليها عند الحاجة. ويهدف هذا البحث إلى تناول جرائم الاحتيال المعلوماتي بتركيز وتعمق وتحديد ماهيتها، وصورها ووسائلها وطرق مكافحتها وموقف القوانين والتشريعات المقارنة من هذه الجرائم.

هدف البحث وأهميته

يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع جرائم الاحتيال المعلوماتي. وإبراز ماهية جرائم الاحتيال المعلوماتي وصورها ووسائل ارتكابها، وموقف القوانين والتشريعات المقارنة من جرائم الاحتيال المعلوماتي، وصولاً إلى إبراز مدى الحماية الجنائية التي أسبغها النظام السعودي بغية الحد من ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي ومكافحتها.

خطة البحث

سوف يقسم هذا البحث إلى:

مبحث تمهيدي: ماهية جرائم النصب (الاحتيال) وماهية الاحتيال المعلوماتي.

المبحث الأول: مدى قابلية البيانات والمعلومات والنقود الإلكترونية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال.

عليه وقوع المجنى عليه في غلط ينتج عنه إتيانه تصرفاً مالياً من شأنه تسليم مال إلى المتهم .
وقد نص المشرع المصري على جريمة النصب في المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم (٢٩) لعام ١٩٨٢م والذي نص على أنه "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث الأمل بخصوص ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور، وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له وليس له حق التصرف فيه، وإما بالتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة (عفيفي، بدون تاريخ) (Short, 1994).

وتعتبر التشريع الفرنسي الصادر في عام ١٧٩١م أول من تناول جريمة النصب، كما أن التشريع الصادر عام ١٨١٠م قد عاقب على هذه الجريمة باعتبارها جريمة قائمة بذاتها ومستقلة عن جريمة السرقة. وتتفق جريمة النصب مع جريمة السرقة في أن كلاهما يقع على محل واحد وهو المال المنقول المملوك للغير، أي الاعتداء على حق الملكية، ولكن جريمة النصب تختلف عن السرقة في أن الجاني في جريمة النصب يأخذ المال برضاء المجنى عليه وإن كان مصحوباً بالخداع من الجاني بعكس الحال في جريمة السرقة والتي لا يكون فيها أي رضاء من المجنى عليه" (فضل، ٢٠٠٧)، (عتيق، ٢٠٠٢).

كما ينص قانون العقوبات الإماراتي في المادة (٣٣٩) على أنه "يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل من توصل إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو سند أو توقيع هذا السند أو إلى إلغائه أو إتلافه أو تعديله وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية أو بالتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة متى كان من شأن ذلك خداع المجنى عليه وحمله على التسليم ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من قام بالتصرف في عقار أو منقول يعلم أنه غير مملوك له أو ليس له حق التصرف فيه أو

ويجوز وضع الجاني في حالة العود تحت ملاحظة البوليس سنة على الأقل وستين على الأكثر".
ويتبين لنا من النص السابق أن المشرع المصري لم يعرف جريمة النصب وإنما قام فقط بتحديد طرقه والأشياء التي يرد عليها .
ولا يخرج النصب عن كونه استيلاء على الحيازة الكاملة لمال الغير بوسيلة تتسم بالخداع وينتج عنها

واشترط المشرع أن يكون الهدف من الكذب هو الإيهام بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث أمل بحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ عن طريق الاحتيال أو الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزورة أو معنوية وذلك لتدعيم كذبه .

ثانياً: الركن المعنوي

جريمة النصب من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام والخاص ويتمثل القصد الجنائي العام بتوافر العلم والإرادة، علم الجاني بأن ما يقوم به من فعل هو احتيال من شأنه خداع المجنى عليه وحمله على تسليم المال، واتجاه إرادته إلى ذلك . أما القصد الجنائي الخاص فيتوافر بانصراف نية الجاني إلى الاستيلاء على الحيازة التامة لمال المجنى علي أي اتجاه إرادة الجاني إلى نية تملك الشيء وحرمان صاحبه منه، وذلك بتغييره للحيازة من ناقصة إلى حيازة كاملة (فضل، ٢٠٠٧)، (الكعبي، بدون تاريخ) .

المطلب الثاني: ماهية الاحتيال المعلوماتي

يعرف الاحتيال المعلوماتي بأنه " كل تظاهر أو إيهام يكون صالحاً لإيقاع المجنى عليه في الغلط بطريقة تؤدي إلى الاقتناع المباشر بالمظهر المادي الخارجي، أي أن المجنى عليه في جريمة الاحتيال المعلوماتي هو من جازت عليه حيلة الجاني باستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت، فانخدع بها وسلمه ماله (الشوابكة، ٢٠٠٤) .

تصرف في شيء من ذلك مع علمه بسبق تصرفه فيه أو التعاقد عليه وكان من شأن ذلك الإضرار بغيره " .

أركان جريمة النصب :

يتضح لنا من نص المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات المصري المعدلة بالقانون رقم (٢٩) لعام ١٩٨٢م أن جريمة النصب تتكون من ركنين :

أولاً: الركن المادي

وحتى يتوافر الركن المادي في هذه الجريمة يجب توافر العناصر الآتية :

- ١- نشاط إجرامي يباشره الجاني ويتمثل في قيامه بالاحتيال باستخدامه لوسيلة من وسائل الاحتيال المنصوص عليها .
- ٢- نتيجة إجرامية، أي أن يترتب على ذلك النشاط الإجرامي تسليم المجنى عليه للمال إلى الجاني، مع وجود علاقة سببية بين الأفعال الاحتيالية أو التدليسية وتسليم المال .

والملاحظ على نص المادة (٣٣٦) السابقة أن المشرع المصري لم يحدد ماهية الطرق الاحتيالية أو نوعها أو أسلوبها حتى تعتبر وسيلة من وسائل الاحتيال وهو في ذلك يتوسع في الأفعال التي تعتبر طرقاً احتيالية بغرض الاستيلاء على مال الغير، مع وجوب أن تكون الطرق الاحتيالية محبوكة بشكل يسمح بخداع الشخص العادي، فالقانون لا يعاقب على مجرد الكذب. فمن سلم أمواله طوعاً واختياراً بناء على أقوال كاذبة مخادعة فلا يستطيع أن يلوم إلا نفسه .

البيانات حاسوبياً تفتقد إلى خاصية التفكير فهو ينفذ أوامر يتلقاها مسبقاً أو يتلقى أسلوب معالجتها، إضافة إلى أن معطيات الحاسب الآلي هي ذات طبيعة معنوية تفتقر إلى كونها مالاً منقولاً ذا طبيعة مادية، وهو ما يشترطه المشرع عادة في محل جريمة الاحتيال .

الاتجاه الثاني

يرى أنصار هذا الاتجاه إمكانية تطبيق النصوص الخاصة بجريمة النصب على الاحتيال المعلوماتي، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي تشريعات الدول الأنجلوساكسونية (Anglo Saxon). ففي بريطانيا فإن التغيير الموسع لنصوص قانون السرقة (Theft Act) يتضمن أيضاً التلاعب في البيانات لغرض الحصول على منفعة مادية. فقد نص قانون السرقة الإنجليزي على أنه يعاقب كل من حصل على نحو غير مشروع وبأي وسيلة خداع سواء لنفسه أو للغير على منفعة مادية (الشوا، ١٩٩٨)، (الشوابكه، ٢٠٠٤)، (Savage, 2001). وقد أدان القضاء الإنجليزي أحد الأشخاص بارتكاب جريمة الاحتيال حيث كان المتهم المذكور يعمل في أحد البنوك في دولة الكويت وقام بتحويل أموال باستخدام الحاسب الآلي من حسابات بعض الزبائن لحسابه الخاص في بريطانيا، وقد أدانته المحكمة بتهمة الحصول على أموال بطريق الخداع والاحتيال (الشوا، ١٩٩٨)، (الكعبي، بدون تاريخ). كما يرى الفقه الفرنسي أنه من الممكن وقوع الاحتيال في أنظمة الحاسب الآلي وما تحتويه من بيانات

ولا يقع الاحتيال المعلوماتي على الشخص الطبيعي فقط، بل أنه يصلح لأن يقع أيضاً على الشخص المعنوي، فالمؤسسات العامة والشركات وكذلك المؤسسات الخاصة هي من الأشخاص الاعتبارية في حكم القانون، وحيث أن الحاسبات الآلية والشبكات الداخلية للمنشأة تعد من فروع المؤسسة أو الشركة فإنها تكون صالحة لأن تكون ضحية للتحايل أو الخداع (قشقوش، ١٩٩٢)، (العريان، ٢٠٠٤)، (العبيدي، ١٤٢٩).

ولكن إذا كان من الممكن الاحتيال على الأشخاص الطبيعية والمعنوية فهل يمكن الاحتيال على الحاسب الآلي وإيقاعه في الغلط؟ وقد انقسمت الآراء في هذا الشأن .

الاتجاه الأول

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم إمكانية ارتكاب أفعال الاحتيال على الحاسب الآلي ومن ثم عدم إمكانية تطبيق النصوص الخاصة بجريمة الاحتيال في حالة وقوع الجريمة على الحاسب الآلي. إذ يستلزم أنصار هذا الاتجاه لقيام فعل الاحتيال أن يكون المخدوع شخصاً طبيعياً (أي أن يكون إنساناً) ومن ثم لا يمكن خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن من يمارس وسائل احتيالية في مواجهة نظم المعالجة الآلية للبيانات لتحقيق منفعة مادية أو للحصول على خدمة لا يسأل عن ارتكاب جريمة احتيال وفقاً للمفهوم التقليدي لهذه الجريمة. إذ أن نظام معالجة

الاتجاه الثالث

وتقوم التشريعات التي تتبنى هذا الاتجاه بتطبيق القوانين المتعلقة بالغش في مجال البريد والاتصالات الهاتفية والبنوك، وتقوم بتطبيقها كذلك على الاتفاق الجنائي بهدف ارتكاب الغش والاحتيال، وأعطت بعض القوانين الفيدرالية الأمريكية مفهوماً موسعاً للمال (Property) بحيث يشمل كل شيء له قيمة وقد بينت إحدى الدراسات الصادرة بالولايات المتحدة الأمريكية حديثاً أن عدداً متزايداً من مستخدمي الهواتف الجواله وأجهزة الحاسب الآلي المحمول يقومون بإرسال بيانات سرية خاصة بهم لاسلكياً بدون اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة لحماية تلك البيانات والمعلومات. وكشف الدراسة التي تم إعدادها من قبل إحدى شركات أمن المعلومات الأمريكية أن هذه التصرفات تعد واحدة من نقاط الضعف في حماية البيانات الخاصة بالمستخدمين سواء للهواتف الجواله أو الحاسب المحمول، وبينت الدراسة أن نحو ٨٥٪ ممن شملتهم الدراسة بالولايات المتحدة الأمريكية اعترفوا بإرسال بيانات سرية خاصة بهم عن طريق بريد موقع جوجل (Google) أو موقع ياهو (Yahoo) وهو ما يماثل نفس السلوك من المستخدمين في أوروبا واليابان. وأوضحت الدراسة أن اليابانيين كانوا أيضاً غير مدركين لخطورة هذه السلوكيات حيث اعترف ٦٠٪ منهم بتحميل تلك الملفات بينما كان مستخدمو الهواتف الجواله هناك أكثر حذراً حيث ذكرت الدراسة أن ٤٩٪ منهم فقط قالوا أنهم يحملون الملفات

ومعلومات ومن ثم إيقاعه في الغلط بهدف سلب الأموال باستخدام طرق احتيالية ككذب تدعّمه أعمال مادية أو وقائع خارجية متمثلة في تقديم الوثائق أو المعلومات المدخلة إلى الحاسب الآلي أو باستخدام مستندات غير صحيحة يخرجه الحاسب اعتماداً على ما وقع على برامج أو بياناته المخزنة من تلاعب لغرض الإستيلاء على أموال لا حق له في الحصول عليها (الشوابكة، ٢٠٠٤).

وقد جرم قانون العقوبات الكندي أيضاً في مادتيه (٣٨٧)، (٣٨٨) الاحتيال ويمكن تطبيق هاتين المادتين على حالات الاحتيال المرتكب عن طريق العبث في البيانات المعالجة آلياً. وقد طبق القضاء في كندا ذلك في حكمه الصادر في قضية ريجينا (Regina) والتي تتمثل وقائعها في قيام أحد الأشخاص ببيع وتأجير ألعاب فيديو (Video Games) مقرصنة على نحو غير مشروع وقد أدانت المحكمة الكندية المتهم لتسببه وبنية الغش في إلحاق الضرر بأصحاب الحق في تلك الألعاب رغم عدم وجود خديعة أو كذب أو أي علاقة بين المجنى عليه والمتهم، وبت المحكمة حكمها على الضرر المؤثر وعلى تعريض المصالح الاقتصادية لأصحاب حقوق التوزيع لخطر الضرر وأن نزع الحيازة على نحو غير مشروع ينطوي بحد ذاته على احتيال (فشقوش، ١٩٩٢)، (عفيفي، بدون تاريخ).

إلى الإيقاع بالضحية بشكل مباشر ودون الحاجة إلى متابعة تحركاته عن طريق القيام بإرسال رسائل بريدية بريئة تظهر وكأنها رسائل دعائية لمواقع مشهورة للبيع على الإنترنت مثل موقع (ebay) الشهير، والبنوك والمؤسسات المالية والتجارية الشهيرة وغيرها، وتحتوي تلك الرسائل على صور جذابة لمنتجات جديدة للموقع الأصلي أو خدمات مجانية ووصلة (Link) للموقع الذي ينشأه المحتال بشكل مماثل للموقع الأصلي وبكل تفاصيله حتى الوصول لمرحلة الدخول بكلمة السر (Password) واستخدام بطاقة الإئتمان لعملية الشراء أو تحديث البيانات (جريدة الرياض، ١٤٢٩).

المبحث الأول: مدى قابلية البيانات والمعلومات والنقود الإلكترونية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال

سنبين في هذا المبحث مدى قابلية البيانات والمعلومات للاستيلاء عليها في المطلب الأول، ثم سنبحث في المطلب الثاني مدى قابلية النقود الإلكترونية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال.

المطلب الأول: مدى قابلية البيانات والمعلومات لأن تكون محلاً لجرائم الأموال

لا يوجد خلاف بخصوص صلاحية البيانات والمعلومات لأن تكون محلاً لجريمة النصب في حال ما إذا احتوتها دعامة مادية، حيث أن الأخيرة هي التي

باستخدام هواتفهم الجواله. وأشارت الدراسة إلى قيام بعض المؤسسات والشركات بمنع الموظفين لديها من الدخول إلى بعض المواقع غير الآمنة من أجهزة الحاسب التابعة لها. ومع انخفاض الوعي الأمني في تقنية المعلومات تبقى تقنيات وبرامج تأمين المعلومات هي خط الدفاع الأول في مكافحة جرائم المعلوماتية (جريدة الجزيرة، ١٤٢٩). ويدخل ضمن نطاق هذا التعريف الموسع للمال الأموال المعنوية والبيانات المعالجة آلياً (الشوا، ١٩٩٨)، (الشوابكه، ٢٠٠٤)، كما تعاقب هذه القوانين الفيدرالية على الاستخدام غير المصرح به للحاسب الآلي، بهدف ارتكاب أفعال الغش أو الاستيلاء على الأموال. ويقوم الجاني الذي يقوم بسرقة أموال الناس عادة باستخدام برامج مشابهة لبرامج التجسس أو الفيروسات التي يتم إرسالها عبر البريد الإلكتروني أو عبر مواقع الشات، كما يقوم بعضهم بوضع برامج التجسس في مواقع تحميل الأفلام ثم إرسال وصلة بالبريد عن آخر الأفلام الخلاقية أو الفضائح أو مشاهد مثيرة... إلخ، وعند ما يتبع المجنى عليه الوصلة يتوجه إلى موقع تحميل الأفلام وهناك يتم تنزيل الملف إلى جهازه، ولا تتطلب صناعة مثل هذه البرامج مجهوداً كبيراً حيث أنها تراقب فقط المواقع التي يزورها المجنى عليه وتقوم بإرسالها بالبريد الإلكتروني، وبعد تفحص المحتال لقائمة المواقع التي تزورها يمكنه البدء بالمرحلة الثانية حيث يرسل إلى المجنى عليه رسالة بان البنك يريد تحديث بياناته قبل أن يتم إيقاف بطاقته الائتمانية وتجميد حساباته، وقد يقوم محتالون آخرون

تكون محلاً أو موضوعاً لهذه الجريمة نظراً لطبيعتها المادية .

ولكن الخلاف يدور حول صلاحية البيانات والمعلومات الحاسوبية لأن تكون محلاً لجريمة النصب إذا كانت مستقلة عن الدعامة المادية التي تحويها حيث اختلفت الآراء في هذا الشأن .

الاتجاه الأول

يرى عدم صلاحية بيانات ومعلومات الحاسب الآلي لأن تكون موضوعاً أو محلاً لجريمة النصب، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدم توافر نشاط مادي ملموس يتم به التسليم والاستلام، فلا يترتب عليه أن يجرم المجنى عليه من حيازة هذه البيانات والمعلومات التي تبقى تحت سيطرته، وهذه الأمور لا تتماشى وطبيعة النشاط الإجرامي في هذه الجريمة (الكعبي، بدون تاريخ)، (عفيفي، بدون تاريخ).

الاتجاه الثاني

يرى صلاحية بيانات ومعلومات الحاسب الآلي لأن تكون موضوعاً أو محلاً لجريمة النصب واستند في هذا الرأي على أن النص القانوني لا يشترط أن يكون هذا المحل مادياً أو معنوياً، وأن هذا النص إنما يورد مجرد أمثلة على المحال التي يمكن أن تكون موضوعاً لهذه الجريمة .

وبهذا نرى بأنه لا يوجد رأي واحد بخصوص صلاحية البيانات والمعلومات المتعلقة بالحاسب لأن تكون محلاً أو موضوعاً لجريمة النصب .

المطلب الثاني: مدى قابلية النقود الإلكترونية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال

تظهر أهمية البيانات والمعلومات بشكل جلي وواضح في البيانات والمعلومات المخزنة في الحسابات البنكية حيث تقوم البنوك بقاء الحسابات الخاصة بعملائها على شكل بيانات مخزنة في الحاسب الآلي وبالتالي فإن تلك البيانات والمعلومات قد حلت محل النقود مما دعا الفقه إلى أن يطلق عليها مسمى النقود الإلكترونية أو الكتابية .

وبذلك فإن من الممكن أن يقوم شخص ما بالتلاعب في هذه البيانات والمعلومات وأن يحولها لصالحه باستخدام أساليب وطرق احتيالية، أو أن تتخذ اسم أو صفة غير صحيحة، وهو ما دفع مشرعي الدول المختلفة إلى أن تنص صراحة في قوانينها وتشريعاتها على صلاحية النقود الإلكترونية أو الكتابية لأن تكون محلاً لجرائم الأموال. وحتى الدول التي لم تشر تشريعاتها إلى ذلك صراحة كفرنسا فقد قام القضاء بهذه المهمة بشكل ضمني، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع الذي يتم عن طريق القيد الكتابي يعادل تسليم النقود، وقد استند الفقه الفرنسي على هذا القضاء للقول بإمكانية انطباق وصف الغش المعلوماتي بأشكاله المختلفة على الاحتيال الذي يقترف بالتلاعب في أنظمة المعالجة الإلكترونية للبيانات والمعلومات وتحقق الاستيلاء عن طريق تحويلات تتم بشكل إلكتروني بين أجهزة الحاسب الآلي (الكعبي، بدون تاريخ). ففي الولايات المتحدة قوانين تعرف المال

أولاً: مزايا التحويل الإلكتروني للأموال

- ١- تسهيل حركة البيع والشراء وزيادة حجم المبيعات . فالعديد من العملاء يوجد لديهم الاستعداد لإنفاق أموالهم إذا كانت طريقة السداد هي السحب الإلكتروني من حساباتهم بدلاً من الدفع النقدي .
- ٢- أن استخدام طريقة التحويل الإلكتروني للأموال أسهم بشكل كبير في التقليل من جرائم السرقات ، حيث لا يحتاج الناس إلى حمل مبالغ كبيرة من المال ، إلا أنه في المقابل أدى إلى ازدياد في أنماط جديدة من الجرائم ألا وهي الجرائم الإلكترونية .
- ٣- ساهمت التقنية الحديثة متمثلة في أنظمة الحاسبات الآلية في تقليل النفقات التي تتطلبها الوسائل الحديثة لتحويل الأموال ، حيث قلصت من الحاجة إلى استخدام المستندات الورقية وحفظها . وكذلك فإن إمكانية الدخول والإطلاع الفوري التي يتبعها هذا النظام قد قللت بشكل كبير من الحاجة إلى الملفات والمستندات الورقية للبنوك وغيرها من المؤسسات المالية .
- ٤- تتسم عمليات التحويل الإلكتروني للأموال بالسرعة الكبيرة وعلى النقيض من الوسائل التقليدية من كتابية ونحوها مما يحقق الاستقرار في المعاملات المالية ، فإلحاح

بأنه " كل شيء يمثل قيمة ، وهذا التعريف يشمل الأموال الإلكترونية أو الكتابية .
أما قانون العقوبات الفرنسي الجديد فقد نص في المادة (٣١٣) منه على انطباق فعل الاحتيال على جميع أفعال التلاعب في عملية البرمجة أو في البيانات المدخلة إلى الحاسب الآلي والمنقولة عبر الإنترنت ، والتي قد تؤدي إلى إلغاء رصيد دائن أو إيجاد رصيد دائن بمبالغ غير مستحقة ، سواء تم ذلك عن طريق التقاط أمر التحويل بواسطة الجاني وتزييفه عن طريق الأمر بتحويل نفس قيمة المبلغ لحسابه الشخصي ، أو بواسطة تلاعبه في عملية البرمجة بهدف تحويل فوائد عائدة لشخص ما إلى حسابه الشخصي ، أو عن طريق انتحال الجاني لشخصية شخص آخر وقيامه بالتحويل الإلكتروني للأموال (فضل ، ٢٠٠٧) ، (Simon , 2004) .

المبحث الثاني: مزايا وعيوب

التحويل الإلكتروني للأموال

ووسائل ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي

المطلب الأول: مزايا وعيوب التحويل الإلكتروني للأموال

التحويل الإلكتروني للأموال يحمل العديد من المزايا والعيوب ، وفيما يلي سنعدد المزايا ثم العيوب .

عليه رسالة في بريده الإلكتروني من البنك الذي يتعامل معه تشير إلى أن البطاقة الائتمانية أو بطاقة الصراف العائدة له قد تم إيقافها نظراً للاشتباه في قيام أحد المحتالين بسحب مبلغ كبير على بطاقته ولهذا فقد تم إيقافها، ولكي يتم تفعيل البطاقة مرة أخرى يجب عليه أن يقوم بزيارة موقع البنك وأن يقوم بتحديث بياناته حتى يتم تفعيل البطاقة مرة أخرى، ويقوم المحتال بإرفاق وصلة بها أرقام كثيرة أحياناً لا يمكن تمييزها أو وصلة يظهر فيها اسم البنك بشكل واضح لكي يعطي ذلك للمجنى عليه الشعور بالثقة والطمأنينة بصحة الرسالة ومصادقتها مع اختلاف بسيط في التقسيمية الأخيرة بدلاً من Com تصبح Info أو org أو Sw وهكذا وعند الضغط على الوصلة المرفقة تظهر صفحة مماثلة لموقع البنك وعند إدخال الضحية لرقم بطاقته أو رقم المستخدم أو الرقم السري يتم تحويله لصفحة تحديث البيانات لتفعيل البطاقة وعند قيام الضحية بتحديث تلك البيانات يقوم المحتال بسحب أموال الضحية وسرقتها وتحويل المبالغ من حساباتها ليفرغ تلك الحسابات بشكل كامل. وقد أدانت الجهات القضائية في أستراليا رجلاً أسترالياً بشكل كامل. وقد أدانت الجهات القضائية

والإيداع يتم بسرعة كبيرة، وهو ما يجعل الأطراف المختلفة من بنوك وتجار ومستهلكين على علم تام ومعرفة جيدة بمركزهم المالي .

٥- أن نظم التحويل الإلكتروني للأموال تتيح للمستهلكين القدرة على الوصول إلى أموالهم وكافة الخدمات البنكية والمالية بشكل سريع وفي أي وقت ومكان وهو ما لا توفره الطرق التقليدية.

٦- تتيح نظم التحويل الإلكتروني للأموال بسهولة نقل الأموال من دولة إلى أخرى بدون الحاجة إلى نقل تلك الأموال بشكل يدوي تقليدي والذي قد يأخذ أياماً أو أسابيعاً لتحقيقه مع توفير كبير في الجهد والوقت والمال، وكذلك تقليص المخاطر التي قد تترتب على النقل التقليدي لتلك الأموال من سطو عليها أو سرقتها أو ضياعها أو تلفها (قورة، ٢٠٠٥).

ثانياً: عيوب التحويل الإلكتروني للأموال

١- إن التحويل الإلكتروني للأموال خلق أنماطاً جديدة من الجرائم المستحدثة والتي حلت محل الجرائم التقليدية. وأصبحت المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات صيداً ثميناً يسعى إليه المجرمون. ومن أمثلة ذلك أن يجد المجني

الحسابات تحدث نتيجة سرقة بيانات تسجيل الدخول نتيجة لضعف كلمات المرور ومحاولات سرقة كلمات المرور (جريدة الرياض، ١٤٢٩)، (جريدة الجزيرة، ١٤٢٩).

٢- الحاجة الكبيرة إلى الصيانة لهذه النظم، فأى خلل في أنظمة الحاسب الآلي للبنك أو في وسائل الاتصال قد يترتب عليه توقف نقاط البيع عن أداء عملها، وهو ما يعني عجزها عن إتمام عمليات البيع والشراء (المناعسة، ٢٠٠١)، (Jordan, 2001).

المطلب الثاني: وسائل ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي

مع ازدياد اعتماد البنوك على أنظمة التحويل الإلكتروني للأموال (Electronic Funds Transfer) ازدادت جرائم الاحتيال المعلوماتي البنكي بشكل مطرد، كما تنوعت وسائل ارتكابها، ولكن يمكن حصر تلك الوسائل في التالي :

أولاً: التلاعب في البرامج المستخدمة في البنوك ويقوم الجاني في هذه الجريمة بالتلاعب بالبرنامج الذي يستخدمه البنك، أو اصطناع برنامج وهمي،

في أستراليا بعد ثبوت تسلسله إلى موقع (eBay) وبنك محلي لسرقة ما يعادل ٣٤ ألف دولار بعد سطوه على حسابات للمستخدمين في موقع المزادات. واتهمت الجهات دوف تينيبوم (Dove Tebnebaum) بسرقة ٩٠ حساب بيع بموقع (eBay) خلال عام ٢٠٠٧م، وكان ذلك غالباً من خلال تخمين كلمات المرور. وأفاد المحققون في هذه القضية أن الجاني كان يقوم بتتبع المستخدمين من الذين تأتي من عملائهم ملاحظات جيدة عنهم. وكان يتخفى في شخصية مستخدم للموقع لخداع المشتريين. وبعد اختراق الحسابات استخدمها الجاني للإعلان عن أجهزة (I Pod) غير موجودة، كما قام الجاني باختراق بيانات أحد البنوك. وتمت إدانة الرجل لقيامه بمحاولة الحصول على المال بطرق غير مشروعة منها الاحتيال ومنها القيام بأعمال غير مشروعة باستخدام الحاسب الآلي. هذا ويواجه تينيبوم عقوبة السجن ١١ عاماً وغرامة قدرها ٩٩٠٠ دولار. وتعتبر مشكلة السطو على الحسابات مشكلة ملحة وخطيرة بين مستخدمي (e Bay) ويقول البعض أن محاولات الاختراق تعود إلى وجود ثغرة أمنية في موقع الشركة، بينما تنفي الشركة ذلك وتقول أن سرقة

ثانياً: التلاعب في البيانات

وهنا يقوم الجاني بالتلاعب بالبيانات إما أثناء إدخالها أو بتعديلها بعد الإدخال أو إضافة بيانات غير صحيحة إلى الحاسب الآلي. ومن الأمثلة على هذه الوسيلة الحكم الذي أصدرته محكمة جنح باريس في ١٣ يناير عام ١٩٨٢م بحق المتهم بتهمة الشروع في النصب لقيامه بإدخال بيانات غير صحيحة إلى نظام الحاسب الآلي لإجراء ١٣٩ أمر تحويل تقدر قيمتها بحوالي ٢١ مليون فرنك فرنسي، إلا أن تلك التحويلات لم تتم لأسباب خارجة عن إرادة الجاني، وقد ذهبت المحكمة إلى أن التحويل الإلكتروني للأموال يعادل التسليم الذي تتطلبه جريمة النصب وأن إدخال بيانات غير صحيحة إلى نظام الحاسب الآلي يعد استخداماً لطرق احتيالية الهدف منها الإقناع بوجود رصيد وهمي يسمح بإجراء عمليات التحويل. كما أيدت محكمة الاستئناف الحكم السابق (الشوا، ١٩٩٨)، (عبانته، ٢٠٠٥)، (Mason, 2007).

ثالثاً: التلاعب في المعطيات

وهنا تتم هذه الجريمة بفك الجاني لرموز التشفير الخاصة بالمؤسسة أو البنك ثم تحويل الأموال لحسابه الشخصي. ومن الأمثلة على ذلك ما قام به أحد الجناة والذي كان يعمل مستشاراً في أحد البنوك الأمريكية، وكان قد تعرف على رموز التشفير الخاصة بالبنك الذي يعمل به ثم قام بالاتصال ببنك آخر معرفاً نفسه كمدير

ويقوم الجاني باستغلال هذا التعديل بحيث يقوم بنسخ هذا البرنامج إلى عدد كبير من البرامج ويتمكن الجاني من توظيف كسور الفائدة خلال مدة زمنية معينة ثم تضاف مضاعفة إلى حساب الجاني. ومن الأمثلة على هذه الوسيلة الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في ١١ أغسطس عام ١٩٨٩م إذ أدانت المحكمة أحد المبرمجين العاملين بأحد البنوك بتهمة النصب لقيامه عن طريق التلاعب في المعلومات داخل نظام الحاسب الآلي بتحويل مبالغ إلى حسابه الخاص وهو ما يعد في نظر المحكمة مكوناً للطرق الاحتيالية التي تقوم بها جريمة النصب. وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس في ١٣ فبراير عام ١٩٩٠م، ذهبت المحكمة إلى أن قيام المتهم بإدخال بيانات لا وجود لها إلى نظام الحاسب الآلي تسمح بإجراء عمليات تحويل إلكتروني للأموال لحساب شخص آخر بشكل غير مشروع يعد كافياً للقول بقيام جريمة النصب، كما أدانت المحكمة المتهمين الآخرين بتهمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة النصب. كما أدانت محكمة جنح باريس في حكم لها في ٣ فبراير عام ١٩٩٠م المتهمين الذين قاموا بتعديل ومحو المعلومات التي يحتوي عليها نظام الحاسب الآلي من أجل تحويلات غير مشروعة للأموال بتهمة النصب وإدخال أو محو أو تعديل المعلومات المبرمجة آلياً على نحو غير مشروع والمنصوص عليها في المادة (٣٢٣) من قانون العقوبات الفرنسي (الشوا، ١٩٩٨)، (قورة، ٢٠٠٥).

الواجب التأكد منها من قبل العميل، إضافة إلى وجوب عدم إعطاء أو إفشاء المعلومات المصرفية عبر الهاتف ما لم يكن العميل نفسه من يتصل بالبنك. ولفت خالد أبو عبيد إلى أن الرسائل القصيرة (SMS) تحمل في مضمونها فكرة مهمة تتلخص في المحافظة على البيانات المصرفية. وتضمن أبو عبيد مستوى التجاوب من العملاء مع نداءات البنوك لحماية مدخراتهم وأموالهم من الاحتيال وزيادة وعي العملاء لحماية أنفسهم من الوقوع ضحية أعمال الاحتيال المالي. إذ أن جهل العملاء وقلة وعيهم وإهمالهم هي أساس تفشي عمليات الاحتيال محلياً وإقليمياً ودولياً. وتأتي حملة البنوك السعودية التوعوية ضمن سلسلة متواصلة من الإجراءات المكثفة التي تبذلها البنوك العاملة في المملكة في سبيل توفير الحماية الكاملة لعملائها، لضمان مستويات أعلى من الحصانة لمدخراتهم وحقوقهم من أية محاولات المساس بها، أو اختراقها بطرق غير مشروعة. وتشمل مجموعة أدوات الاحتيال المالي والمصرفي وسائل الاحتيال الإلكتروني والمكالمات الهاتفية ورسائل الجوال وعمليات التزوير وعمليات التحويل غير المشروعة، وإساءة استخدام بطاقات السحب الآلي أو بطاقات الائتمان، وعمليات تزيف العملة والاختلاس والسرقة والعروض المالية الوهمية وغسل الأموال (جريدة الاقتصادية، ١٤٣٠).

فرع واستخدم الرموز لتحويل الأموال وبكميات تقل عن مليون دولار إلى أحد البنوك في مدينة نيويورك، ثم طلب من بنك نيويورك تحويل المبلغ والذي كان قد زاد عن ١٠ ملايين دولار إلى حسابه بأحد البنوك السويسرية، ثم قام بالسفر إلى سويسرا حيث اشترى بالمبلغ ماساً، وعاد إلى الولايات المتحدة الأمريكية حيث تم القبض عليه بتهمة التحويل غير المشروع للأموال. أما في المملكة العربية السعودية فقد بدأت لجنة التوعية المصرفية المنبثقة عن البنوك السعودية بث مليون رسالة نصية قصيرة توعوية وتثقيفية لعملاء البنوك كأحد الأدوات التوعوية التي تبثها البنوك في إطار المرحلة الأولى للحملة التي دشنت أخيراً لحماية عملائها من عمليات وأضرار الاحتيال المالي والمصرفي بالتعاون مع مؤسسة النقد العربي السعودي. وتتصف طبيعة الرسائل النصية القصيرة (SMS) الموجهة لعملاء البنوك بالوضوح والمباشرة بالطرح بما يتلاءم وشرائح المجتمع المختلفة حرصاً على تعميم الفائدة ورفع مستوى الوعي في المجتمع. وأوضح خالد أبو عبيد رئيس لجنة التوعية المصرفية وهي الجهة التي تتولى إدارة وتنفيذ الحملة التوعوية بأن هذه الرسائل تحمل مضامين مختلفة ومتنوعة كضرورة معرفة العميل أن البنوك لا يمكن لها أن تطلب أية بيانات شخصية عبر الرسائل الإلكترونية نهائياً. وأن التأكد من عناوين المواقع الإلكترونية للبنوك والجهات المصرفية والمالية من الأمور

المبحث الثالث: الاحتيال

باستخدام بطاقات الائتمان

أبرز التطور التقني العديد من بطاقات الائتمان، لا لسحب النقود من البنوك فقط، بل لتسديد أثمان المشتريات، أو لتوفير خدمة الاتصال الهاتفي، أو لغيرها من الخدمات، وقد أحدثت هذه البطاقات ثورة حقيقية في أعمال الدفع والتسديد لتلك الخدمات. ومن أهم هذه البطاقات تلك الخاصة بالائتمان والتي عرفت بأنها "بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها، أو رقمها واسم حاملها ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء صلاحيتها، ويستطيع بواسطتها أن يحصل من التجار (المتعاملين بها) على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بئونها فوراً وإنما يكتفي بتقديمها للتجار لتدوين بياناتها (يدوياً أو إلكترونياً) ومن ثم خصم قيمتها من الجهة المصدرة لها (قورة، ٢٠٠٥)، وبذلك فإن بطاقة الائتمان تختلف عن بطاقة الصرف الآلي والتي يقدمها البنك لعملائه ليكون باستطاعتهم سحب مبالغ مالية من أجهزة الصرف الآلي للنقود (Automatic Teller Machines) التابعة للبنك والموزعة في أماكن متعددة ودون التقيد بأوقات عمل البنك (رضوان، ١٤٢٩). ونظراً للانتشار الكبير لهذه البطاقات، فقد أدى ذلك إلى ازدياد إساءة استخدام هذه البطاقة للحصول على المنفعة المالية غير المشروعة سواء كان ذلك من قبل

حاملها الشرعي أو من الغير، وقد أتاحت التقنية الحديثة لمجرمي الحاسب الآلي والإنترنت إمكانية الحصول على أرقام البطاقات الائتمانية باستخدام برامج تشغيل، تتيح إمكانية الحصول على أرقام بطاقات بنك معين بواسطة تزويد الحاسب بالرقم الخاص بالبنك واستخدامها بشكل غير مشروع في القيام بعمليات شراء سلع أو الحصول على خدمات عبر شبكة الإنترنت، بحيث يتم خصم قيمة هذه السلع والخدمات من المالكين الحقيقيين لهذه البطاقات (الصغير، ١٩٩٩)، (الشوابكة، ٢٠٠٤). وستتناول الحالتين فيما يلي :

المطلب الأول: الاحتيال باستخدام بطاقة الائتمان من

قبل حاملها الشرعي

وترتكب هذه الجريمة من قبل حامل البطاقة الشرعي الذي صدرت باسمه عبر شبكة الإنترنت عن طريق دفع ثمن السلع والخدمات المعروضة عبر شبكة الإنترنت إما بإساءة استخدام بيانات البطاقة أثناء مدة صلاحيتها، أو باستخدامها بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو إلغاؤها، وذلك كما يلي :

١- إساءة استخدام البطاقة خلال فترة

صلاحيتها

وترتكب هذه الجريمة باستخدام البطاقة من قبل صاحبها عبر شبكة الإنترنت عن طريق دفع قيمة السلع والخدمات المقدمة على الشبكة، رغم علمه بأن رصيده

الائتمان الممنوح له، احتيالياً استناداً إلى أن جهاز الصرف الآلي مبرمج من قبل البنك على السماح لمالك البطاقة بالسحب من عدمه، فإذا سمح الجهاز بتسليم النقود فمعنى ذلك أن البنك نفسه قد سمح بذلك وبالتالي لا يكون هناك أي احتيال من قبل مالك البطاقة على البنك (رضوان، ٢٠٠٨)، (الصغير، ١٩٩٢).

فمن الصعوبة بمكان إطلاق وصف السرقة على الفعل، والقول بأن مالك البطاقة قد اختلس المبالغ المالية التي حصل عليها باستخدام بطاقته دون رضا وموافقة البنك. فالبنك يحدد بشكل مسبق وآلي كيفية الاستجابة لما يطلبه مالك البطاقة، ويتم ذلك بموافقة البنك. أما المبالغ الزائدة التي تتم عن طريق الخطأ فهنا يحق للبنك أن يطالب بردها.

٢- إساءة استخدام البطاقة بعد انتهاء فترة

صلاحيتها أو إلغاؤها

أولاً: الاستخدام غير المشروع للبطاقة الملغاة من قبل البنك: قد يقوم البنك في حالات معينة بإلغاء البطاقة الائتمانية، أو يوقف العمل بها ويطلب من العميل رد هذه البطاقة، فإذا ما قام البنك بإلغائها وأخطر العميل بذلك فإنه يجب على العميل أن يعيد تلك البطاقة إلى البنك، فإذا امتنع العميل عن ردها فإن استخدامه لتلك البطاقة في سحب الأموال يشكل ارتكاباً لفعل الاختلاس تقوم به جريمة خيانة الأمانة (الشوا، ١٩٩٨)، (الشوابكة، ٢٠٠٤).

بالبنك لا يغطي قيمة تلك السلع والخدمات، أو أن يقوم بإجراء تحويل إلكتروني من رصيد لآخر بشكل يتجاوز رصيده في البنك مصدر البطاقة. وقد اختلف القضاء الفرنسي في مسألة اعتبار هذا الفعل جريمة حيث ذهب بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الفرنسية إلى اعتبار الفعل جريمة سرقة، بينما ذهب آحكام أخرى إلى اعتبار هذا الفعل من قبيل جرائم النصب (المناعسة، ٢٠٠١)، (الشوابكة، ٢٠٠٤)، وعلى خلاف هذه الأحكام قضت محكمة استئناف (Angers) في حكم صادر لها إلى أن استيلاء مالك البطاقة على مبالغ مالية تتجاوز رصيده بوضعها في أحد أجهزة الصرف الآلي المخصصة لذلك لا تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في سنة ١٩٨٢م، حيث جاء في حيثيات حكمها بأنه " نظراً لأن محكمة الاستئناف ومن أجل الحكم ببراءة المتهم أثبتت أنه لكي يتمكن المتهم من إجراء السحب غير المشروع فقد استخدم البطاقة بوصفه مالكة، وبناء على ذلك فقد بررت محكمة الاستئناف حكمها، إلا أنه في الواقع فإن الوقائع المنسوبة للمتهم تنطوي على عدم ملاحظة التزام تعاقدية، ولا تندرج تحت أي نص جنائي" (الشوا، ١٩٩٨).

كما اختلف الفقه أيضاً في شأن تكييف الواقعة، فعارض أغلب الفقه اعتبار قيام مالك البطاقة بسحب مبلغ يزيد عن مجموع رصيده لدى البنك أو بمقدار

يشكل صعوبة كبيرة. فتقديم البطاقة إلى التاجر للوفاء بواسطتها كافٍ لتحقيق جريمة النصب (عبانسه، ٢٠٠٥). وقد يتم استعمال البطاقة للوفاء بواسطتها لدى التاجر، وهنا لا يحتاج الجاني إلى معرفة الرقم السري للبطاقة، بل يحتاج فقط إلى التوقيع على فاتورة البيع، ويساهم في تسهيل استعمال البطاقة بشكل كبير صعوبة تحقق التاجر أو البائع من شخصية حامل البطاقة. وقد ذكرت دراسة أجريت من قبل شركة سيمانتيك (Semantic) وهي إحدى شركات أمن البرمجيات ومكافحة قرصنة المعلومات أن القرصنة المتخصصين في سرقة بيانات البطاقات الائتمانية لديهم قدرت إنفاق إتمانية في حدود ٥ بلايين دولار. وتوصلت شركة سمانتيك إلى هذا الرقم خلال إعداد دراسة عند الاقتصاد السري على شبكة الإنترنت خلال عام ٢٠٠٨ م. ووفق البحث فإن أرقام البطاقات الائتمانية هي أكثر السلع بيعاً بين القرصنة، حيث تشكل ٣١٪ من السلع المعروضة للبيع في هذا الاقتصاد السري. وجاء في المرتبة الثانية طبقاً لما جاء على موقع (BBC) على شبكة الإنترنت البيانات البنكية التي تشكل ٢٠٪ من السلع التي تعرض في قنوات المحادثة الخاصة بالقرصنة. وقد تم التوصل إلى رقم ٥ بليون دولار عبر مضاعفة متوسط حجم المال الذي تمت سرقة من بطاقة ائتمانية ما، في عدد الناس الذين عرضت عليهم أرقام البطاقة، كما أفادت الدراسة أنه لو سحب قرصنة البطاقات الائتمانية كل الحسابات

ثانياً: الاستخدام غير المشروع للبطاقة منتهية الصلاحية: لكل بطاقة ائتمانية مدة صلاحية معينة، وبعد انقضاء هذه المدة يجب على مالكيها ردها إلى البنك أو تجديدها، ولكن قد يحدث أن يمتنع مالك البطاقة عن إعادتها إلى البنك ويستمر في استخدامها. وقد ذهب الفقه إلى أن المالك الشرعي لهذه البطاقة لا يرتكب جريمة نصب إذا ما قام بالوفاء للتاجر بموجب بطاقة منتهية الصلاحية، لأن الكذب الصادر عن مالك البطاقة ينص فقط على مدى صلاحية البطاقة لا على الإقناع بوجود ائتمان وهمي، وهو ما يستطيع التاجر كشفه عن طريق الاطلاع على تاريخ صلاحية البطاقة، ويرى هذا الفقه أن المسؤولية هنا تقع على التاجر، فيتحمل الضرر وحده إذا ما قبل الوفاء باستخدام بطاقة منتهية الصلاحية.

المطلب الثاني: الاحتيال باستخدام بطاقة الائتمان من قبل الغير

قد يحدث الاستعمال غير المشروع لبطاقة مفقودة أو مسروقة من قبل الغير أما لسحب نقود أو للوفاء بواسطتها لدى المحلات والتجار.

والجاني الذي يستعمل بطاقة مسروقة أو مفقودة لسحب الأموال من أجهزة الصرف الآلية يعد مرتكباً لجريمة نصب. ويمكن أيضاً نسبة جريمة السرقة إلى الجاني باعتباره سارقاً للبطاقة ذاتها. ومضاهاة التوقيع المدون على البطاقة مع التوقيع المدون على فاتورة البيع

أمريكي، ولا تقتصر الجرائم الإلكترونية على الاستفادة من البطاقات الائتمانية فحسب، بل حتى الحسابات المصرفية معرضة للاختراق وبيع معلومات، لكن أسعارها أعلى من نظيرتها البطاقات الائتمانية. وذكر التقرير أن الاقتصاد السري على الإنترنت بلغ مرحلة عالية من النمو " تجعله سوقاً تجارية فاعلة على مستوى العالم، يتم فيها بانتظام بيع وشراء البضائع والخدمات المسروقة أو المرتبطة بأعمال الاحتيال، حيث تقدر قيمة البضائع والخدمات المسروقة أو المرتبطة بأعمال الاحتيال فيه بملايين الدولارات، وحسب التقرير فقد جاءت معلومات بطاقات الائتمان في المرتبة الأولى بين أصناف البضائع والخدمات المعروضة في الاقتصاد السري، بنسبة بلغت ٣١ في المائة من إجمالي المعروض. ومع كون بطاقات الائتمان المسروقة تباع بمبلغ ضئيل لا يتجاوز ٥,١٥ إلى ٢,٥ دولاراً للبطاقة الواحدة، إلا أن متوسط الحد الائتماني للبطاقات المسروقة بلغ أكثر من ٤ آلاف دولار. ووفقاً للحسابات التي أجرتها شركة سيمانتيك، فإن القيمة التقديرية لجميع بطاقات الائتمان المعلن عنها خلال فترة التقرير وهي شهر نوفمبر من عام ٢٠٠٨م كانت ٥,٣ بليون دولار. ويعود ذلك إلى سهولة الحصول على معلومات بطاقات الائتمان عبر الإنترنت، فهي يسيرة الاستخدام في التسوق عبر الإنترنت، وغالباً ما يصعب على التجار أو الجهات المصدرة لهذه البطاقات اكتشاف عمليات الاحتيال قبل انتهاء المحتملين من القيام

البنكية المعروضة تفاصيلها للبيع فإنهم قد يحصلوا على ١,٧ بليون دولار. وقد وجد أن أرقام البطاقات الائتمانية شائعة للغاية لدى قراصنة المعلومات وذلك لأن من السهل الحصول عليها واستخدامها في جرائم الاحتيال. وذكرت الدراسة أيضاً أن أسعار بيانات بطاقات الائتمان تباينت من منطقة إلى أخرى. فالبطاقات الأمريكية تعد الأرخص حيث تشكل ما نسبته ٧٤٪ من البطاقة المعروضة للبيع بين القراصنة. أما البطاقات الصادرة في أوروبا أو الشرق الأوسط فهي أعلى وذلك لندرتها. وقد وجدت الدراسة أن أكثر الجماعات الإجرامية تنظيماً في هذا المجال هي عصابات أوروبا الشرقية، حيث لديهم القدرة على إنتاج بطاقات مزورة بأعداد كبيرة (جريدة الجزيرة، ١٤٣٠). وتحقق جريمة النصب هنا باتخاذ الجاني صفة غير صحيحة لإيهام التاجر بأنه المالك الشرعي للبطاقة وأنه يملك الرصيد الذي تمثله البطاقة، ويمكن أيضاً القول بأن الجاني قد اتخذ اسماً كاذباً وانتحل شخصية المالك الحقيقي للبطاقة (الصغير، ١٩٩٢). كما أن توقيع على فاتورة البيع وتزويره لتوقيع المالك الحقيقي للبطاقة يجعله مرتكباً لجريمة تزوير في المحررات الخاصة وهي جريمة تعاقب عليها القوانين المختلفة وقد أورد تقرير صادر عن شركة سيمانتيك (Semantic) السالفة الذكر وهي من الشركات المتخصصة بأمن تقنية المعلومات أن معلومات البطاقات الائتمانية معرضة للسرقة بشكل تزايد ومن ثم البيع بثمن بخس لا يتجاوز ٥,١٥ سنت

جميع الحالات التي يكون فيها الاحتيال المعلوماتي قد تم بناء على دخول تم التصريح به إلى نظام الحاسب الآلي وهي على وجه الخصوص الحالات المتعلقة باستخدام بطاقات الائتمان. ويقتصر تطبيق النص السابق على الحاسبات الآلية المحمية وهي الحاسبات المستخدمة في الأجهزة الفدرالية الحكومية للولايات المتحدة. كما جرم قانون ولاية كاليفورنيا الأمريكية (State of California) الدخول إلى أنظمة الحاسبات الآلية (Computer Systems) وإلى شبكة المعلومات لأغراض احتيالية وبنية الحصول على ممتلكات أو خدمات باستخدام الطرق الاحتيالية. وقد توسع القانون في تحديد الممتلكات التي يمكن أن تكون محلاً للاحتيال المعلوماتي، بحيث أصبح النص ينطبق في جميع الحالات التي يستخدم فيها الحاسب الآلي للحصول على أي نوع من الممتلكات سواء كانت مادية أو غير مادية^(٢).

ثانياً: الجمهورية الفرنسية

لم يورد المشرع الفرنسي نصاً خاصاً يجرم الاحتيال في مجال المعلوماتية ولكن يمكن تطبيق النصوص الواردة في قانون العقوبات في المادة (٤٠٥) منه على تجريم الاستيلاء على مال الغير. وقد حدد المشرع الفرنسي على سبيل الحصر الأساليب التي يقع بها الاحتيال كأحد عناصر النصب وهي استعمال الطرق الاحتيالية والتصرف في مال الغير واتخاذ اسم

بعملياتهم وتسلم بضائعهم. إضافة إلى أن معلومات بطاقات الائتمان تباع عادة للمحتالين بالجملة، ع تقديم حسومات جيدة (جريدة الشرق الأوسط، ٢٠٠٨).

المبحث الرابع: موقف بعض التشريعات المقارنة من جرائم الاحتيال المعلوماتي

سنتناول في هذا المبحث موقف التشريعات في بعض الدول الغربية من جرائم الاحتيال المعلوماتي إضافة إلى موقف التشريعات في بعض الدول العربية بالنسبة لجرائم الاحتيال المعلوماتي.

المطلب الأول: موقف تشريعات بعض الدول الغربية أولاً: الولايات المتحدة الأمريكية

يعاقب القانون الفدرالي الأمريكي " كل من يقوم بالدخول عمداً إلى حاسب آلي مشمول بالحماية (Protected Computer) دون أن يكون مصرحاً له بذلك أو أن يكون متجاوزاً لحدود التصريح الممنوح له إذا ما كان الغرض والأثر المترتب على هذا الدخول هو الحصول على شيء ذي قيمة بواسطة الاحتيال"^(١). ويتبين لنا من النص السابق بأن تجريم الاحتيال المعلوماتي مشروط بأن يكون الدخول إلى نظام الحاسب الآلي غير مصرح به، أو أن يتجاوز الدخول حدود التصريح الممنوح للجاني، وهو ما يعني استبعاد

(٢) قانون العقوبات لولاية كاليفورنيا رقم (٥٠٢) (ب).

(١) القانون الفيدرالي الأمريكي رقم ١٠٣٠ (أ) (٤).

بمبالغ غير مستحقة، وتتعدد الأساليب المستخدمة في هذا الشأن، فقد يحدث ذلك عن طريق التقاط أمر التحويل بواسطة الجاني، وتزييفه بالأمر بتحويل نفس المبلغ لحسابه الخاص أو عن طريق التلاعب في عملية البرمجة بغرض تحويل فوائد حساب شخص ما إلى حساب الفاعل، وأخيراً عن طريق انتحال الفاعل لشخصية الغير ومباشرته لعملية تحويل الأموال .

ثالثاً: إنجلترا

في بريطانيا تم إضافة مادة جديدة على القانون الخاص بالسرقة لعام ١٩٦٨م وذلك بعد الحكم الصادر من مجلس اللوردات البريطاني (House of Lords) والذي يعتبر أعلى جهة قضائية في بريطانيا في قضية (RV . Preddy) في عام ١٩٩٦م والذي رفض تطبيق المادة ١٥ (١) من القانون الخاص بالسرقة لعام ١٩٦٨م، والتي تتعلق بالحصول على ممتلكات الغير عن طريق الاحتيال، على التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال من رصيد لآخر، فتمت إضافة المادة ١٥ (أ) إلى القانون السالف الذكر بمقتضى التعديل الذي شمله عام ١٩٩٦م. وتعاقب المادة المذكورة كل شخص يحصل عن طريق الاحتيال على تحويل إلكتروني للأموال له أو للغير. ويتم التحويل عندما يتم سحب مبلغ ما من حساب بنكي ليتم إيداعه في حساب آخر. وقد ذكر تقرير صادر من مؤسسة جارليك (Garlik) البريطانية المتخصصة في مجال كشف حالات الغش عبر الإنترنت عن تسجيل أكثر من ٢٥٠,٠٠٠

كاذب أو صفة غير صحيحة (الشوابكة، ٢٠٠٤)، (قشقوش، ١٩٩٢)، (Nimmer, 2008). ويمكن انطباق النص السابق المتعلق بالطرق الاحتمالية على التلاعب المعلوماتي ليشكل أحد أساليب الاحتيال .

والحاسب الآلي يستخدم كوسيط للاحتيال، ويرى الفقه الفرنسي أنه من المتصور وقوع فعل الاحتيال على نظام الحاسب وبالتالي إيقاعه في غلط بقصد سلب المال لأن هنا الفعل تتوافر فيه الطرق الاحتمالية بمفهومها المستقر ككذب تدعّمه أعمال مادية أو وقائع خارجية حيث تتوافر فيه إضافة إلى الكذب واقعة خارجية هي تقديم المستندات أو المعلومات المدخلة إلى الحاسب الآلي . كما تتحقق هذه الطرق كذلك باستخدام المستندات غير الصحيحة التي يخرجه الحاسب بناء على ما حصل في برامجه أو في البيانات المخزنة داخله من التلاعب كي يستولى على أموال لا حق له فيها . ويستند أنصار هذا الرأي إلى حكم محكمة النقض الفرنسية بتطبيق عقوبة النصب على شخص وضع قطعاً معدنية بدلاً من قطعة النقود في عداد أماكن وقوف السيارات وترتب على ذلك تشغيل الماكينة، واعتبرت المحكمة هذا الفعل من قبيل الطرق الاحتمالية (الشوا، ١٩٩٨) . كما نص قانون العقوبات الفرنسي الجديد في المادة (٣١٣) منه على أنه يعد احتيالياً جميع أفعال التلاعب في عملية البرمجة أو في البيانات المدخلة إلى الحاسب الآلي والمنقولة عبر شبكة الإنترنت والتي قد تؤدي إلى إلغاء رصيد الدائن أو خلق رصيد دائن

(١٤٢٩)، (Friedman, 1997)، (Heymann, 1997)، (Katyal, 2001).

رابعاً: الجمهورية الألمانية

نص قانون العقوبات الألماني في المادة (٢٦٣) (أ) منه على تجريم الاحتيال المعلوماتي، حيث تنص هذه المادة على أنه يعد مرتكباً للجريمة الاحتيال المعلوماتي كل من يقوم بنية تحقيق ربح غير مشروع له أو للغير وإلحاق ضرر بالغير بالتأثير في نتيجة المعالجة الآلية للمعلومات عن طريق برمجية غير سليمة أو استعمال بيانات غير صحيحة أو غير مكتملة أو عن طريق الاستعمال غير المصرح به للبيانات أو عن طريق التدخل غير المصرح به في عملية المعالجة ذاتها (Simon, 2004).

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية

أولاً: الإمارات العربية المتحدة

حدد المشرع الإماراتي في المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات الإتحادي محل الاستيلاء في جريمة الاحتيال بأنه مال منقول أو سند أو توقيع هذا السند أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله وذلك بالاستعانة بإحدى الطرق المذكورة على سبيل الحصر. كما نص المشرع الإماراتي في المادة (٤٠٤) من قانون العقوبات الإماراتي على جريمة خيانة الأمانة بقوله " يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو سندات أو أي مال آخر منقول إضراراً بأصحاب الحق عليه متى

حادثة غش مالي عبر شبكة الإنترنت في بريطانيا في عام ٢٠٠٧م وحده، بزيادة قدرها ٢٠٪ عن تلك التي تم تسجيلها في العام الذي سبقه. وقدر التقرير السابق أن أكثر من ثلاثة ملايين ونصف جريمة إلكترونية قدمت، بزيادة قدرها ٩٪ مقارنة بعام ٢٠٠٦م. وأضاف التقرير أن حالات الغش المتعلقة بجرائم الهوية بلغت ٨٤.٠٠٠ حالة. وسجلت أعلى حالات سرقة للوثائق عبر شبكة الإنترنت، معلومات تتعلق بجوازات السفر، وبطاقات الائتمان وفواتير الخدمات والتحويل الغير مشروع للأموال، وجرائم الاحتيال المعلوماتي. وبين التقرير الذي تم نشره على موقع وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات البريطانية أن الركود الاقتصادي العالمي وزيادة معرفة الأشخاص بالاحتيال والسرقات عبر شبكة الإنترنت ربما تؤدي إلى زيادة عدد الأفراد الذين يلجؤون إلى جرائم الحاسب والإنترنت. وذكر التقرير أن الجرائم الإلكترونية تسببت في خسائر تقدر بحوالي ٥٣٥ مليون جنيه إسترليني. كما أظهر التقرير أن هناك انخفاضاً كبيراً في حالات الغش المصرفية عبر شبكة الإنترنت بفضل الضوابط المطبقة من قبل البنوك البريطانية. وأوضح التقرير أن على الأفراد وخصوصاً في هذا الوقت من الأزمة المالية أن يكونوا على يقظة وانتباه فيما يتعلق بمعلوماتهم الشخصية (Personal Information)، لأنه طالما استمرت الضغوط الائتمانية (Credit Crunch)، فيمكن أن نتوقع زيادة كبيرة في جرائم الاحتيال عبر الإنترنت (جريدة الرياض،

المعلومات وهو يعد الإطار القانوني لمكافحة هذا النوع من الجرائم، وقد نص المشرع الإماراتي في المادة (١٠) من هذا القانون على أن "كل من توصل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو على سند أو توقيع هذا السند، وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية أو باتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة متى كان ذلك من شأنه خداع المجنى عليه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وقد حذر خبراء في أمن المعلومات من انتشار الجرائم الإلكترونية وبخاصة القرصنة، والتي تهدف إلى سرقة أرقام الحسابات المصرفية، إضافة إلى استخدامها في الابتزاز، وغياب إدارات مكافحة الجرائم الإلكترونية في خمس إمارات من الإمارات العربية المتحدة، ووجودها في دبي وأبوظبي فقط. وأوضح مدير إدارة المباحث الإلكترونية في دبي، الرائد سعيد الهاجري، أن الإدارة حققت في نحو (٢٢٢) قضية قرصنة خلال عام ٢٠٠٨م. فيما أكد قانونيون خطورة عدم وجود إدارات للجرائم الإلكترونية في الإمارات الخمس، على الرغم من وقوع جرائم إلكترونية غير ظاهرة، مشيرين إلى أنها في ازدياد وتهدف بشكل رئيس إلى سرقة أرقام الحسابات المصرفية، والاستغلال الجنسي. وكانت بنوك داخل دولة الإمارات قد تعرضت في سبتمبر ٢٠٠٨م لسطو منظم، نجم عنه سحب أرصدة متعاملين

كان قد سلم إليه على وجه الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو الوكالة. وفي تطبيق هذا النص يعتبر في حكم الوكيل الشريك على المال المشترك والفضولي على مال صاحب الشأن ومن تسلم شيئاً لاستعماله في أمر معين لمنفعة صاحبه أو غيره".

كما نصت المادة (٤٠٤) من قانون العقوبات الإماراتي على أن فعل خيانة الأمانة يقع على مبالغ أو سندات أو أي مال آخر منقول، فالشرط الأساسي للمال أن يكون مائلاً منقولاً مملوكاً لغير الجاني وقد أورد المشرع الإماراتي في المادة السابقة أنواعاً من هذه الأموال على سبيل المثال وهي المبالغ والسندات ثم أضاف إلى ذلك أو أي مال آخر منقول (عبدالله، ٢٠٠٧)، (الكعبي، بدون تاريخ).

وقد قضت المحكمة الاتحادية الإماراتية بأن "القصد الجنائي في خيانة الأمانة يتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الاختلاس أو التبيد أو الاستعمال أو إنزال الضرر ولو في صورة احتمالية بالمجنى عليه أو غيره، ويعتبر خيانة أمانة استيلاء الوكيل على الشيء الذي أوتمن عليه لحساب موكله فاستعمله في غير مصلحته" (٣).

كما أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم (٢) لعام ٢٠٠٦م في شأن مكافحة جرائم تقنية

(٣) طعن رقم ٧٥ لسنة ١٨ قضائية جلسة ١٩٩٨/٢/٢٥ المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، وردت في محمد عبيد الكعبي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

الإعلام وتم تحديد هوية أصحاب المواقع المزيف وإغلاقه. ووفقاً للهاجري، فقد بلغ عدد القضايا التي تابعتها إدارة المباحث الإلكترونية في شرطة دبي خلال العام الجاري (٢٠٢٢) قضية بواقع ٨٧ قضية نصب وجرائم مالية، و٣٨ جريمة اختراق شبكات و ٩٢ قضية تشهير وابتزاز وخمس قضايا لمواقع وهمية قصد بها الاحتيال على المتعاملين. وبين الهاجري وجود ثغرات قانونية في التشريعات المتعلقة بالجرائم الإلكترونية موضحاً أن المشكلة تكمن في أن أقسام وإدارات الشرطة في خمس إمارات تخلو من المؤهلات الموجودة في دبي وأبوظبي، للتعامل مع مثل هذه الجرائم. مشيراً إلى ضرورة إيجاد إدارات وبخبرات من هذا النوع من الجرائم التي أصبحت تتزايد بشكل كبير مع تطور التقنية وأصبح معه القراصنة يترصون بأرقام الحسابات البنكية وغيره (جريدة الجزيرة، ١٤٣٠).

كما نصت المادة (١١) من القانون ذاته على أن "كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الوصول من دون وجه حق إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو غيرها من البطاقات الإلكترونية يعاقب بالحبس وبالغرامة، فإن قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموال الغير، أو ما تتيحه من خدمات، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف درهم أو بإحدى هاتين

عديدين ووفقاً لإحصاءات نشرتها مؤسسة (أي . دي . سي) (IDC) للأبحاث، فقد حققت الإمارات أدنى معدلات القرصنة في الشرق الأوسط بنسبة ٣٥٪ وهي الدولة الوحيدة في المنطقة المصنفة ضمن القائمة العالمية لأفضل ٢٠ دولة في مجال مكافحة القرصنة، وأكد مسؤولون في هيئة تنظيم الاتصالات الإماراتية وشركة الاتصالات المتكاملة (دو)، عدم تعرض أي من المواقع الإلكترونية في الدولة إلى الاختراقات، لافتين إلى أنها قد تنتج بسبب المستخدمين الزوار وأصحاب المواقع وليس المشغلين. ولفت خبراء في أمن المعلومات إلى أن نحو ٩٥٪ من المواقع التي توفر خدمات للقرصنة مزيفة وهدفها ربحي، منوهين إلى ضرورة التأكد من العناوين الإلكترونية التي يزورها، خصوصاً التي تتطلب معلومات سرية خاصة بهم وبيانات ائتمانهم وحساباتهم البنكية. وذكر مدير إدارة المباحث الإلكترونية في دبي أن هناك صوراً مختلفة من الاختراقات تعاملت معها الإدارة، منها اختراق الحاسبات الآلية أو أجهزة الحاسبات الشخصية بواسطة برامج محددة يستخدمها القراصنة عبر الإنترنت. ومن القضايا التي حققت فيها هذه الإدارة قضية بنك (اتش اس بي سي) (HSBC) الذي قام مجهولون بنسخ موقع مزيف له وحاولوا مخاطبة العملاء من خلاله. ولفت الهاجري إلى أن وزارات خدمية في دولة الإمارات مثل التربية والتعليم تعرضت للمشكلة ذاتها وتعاملت معها على الفور من خلال تحذير أفراد المجتمع عبر وسائل

- العقوبتين إذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال الغير".
- ثانياً: الجمهورية التونسية
- يعد القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (٨٣) لعام ٢٠٠٠م هو الإطار القانوني لمكافحة هذا النوع من الجرائم. وطبقاً لأحكام الفصل (٥٠) من هذا القانون يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضراً أو آجلاً بأي شكل من الأشكال، بعقوبة تتراوح بين ١.٠٠٠ و ٢٠.٠٠٠ دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا اشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.
- كما ينص الفصل (٥١) من القانون نفسه على أن يعاقب كل مخالف لأحكام الفصلين (٣٨) و (٣٩) بعقوبة تتراوح بين ١٠٠٠ و ١٠.٠٠٠ دينار (حجازي، ٢٠٠٢).
- ثالثاً: المملكة العربية السعودية
- أقرت المملكة نظامي التعاملات الإلكترونية ومكافحة الجرائم المعلوماتية ويهدف نظام التعاملات الإلكترونية إلى ضبط التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، وتنظيمها، وتوفير إطار نظامي لها وبما يؤدي إلى تحقيق ما يلي:
- ١- إرساء قواعد نظامية موحدة لاستخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، وتسهيل تطبيقها في القطاعين العام والخاص، بواسطة سجلات إلكترونية يُعَوَّل عليها.
 - ٢- إضفاء الثقة في صحة التعاملات والتوقيعات والسجلات الإلكترونية وسلامتها.
 - ٣- تيسير استخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية على الصعيدين المحلي والدولي، للاستفادة منها في جميع المجالات، كالإجراءات الحكومية، والتجارة، والطب، والتعليم، والدفع المالي الإلكتروني.
 - ٤- إزالة العوائق أمام استخدام التعاملات والتوقيعات الإلكترونية.
 - ٥- منع إساءة الاستخدام والاحتيال في التعاملات والتوقيعات الإلكترونية.
- كما نص نظام التعاملات الإلكترونية في المادة (٢٠) منه على تحمل مقدم خدمات التصديق مسؤولية ضمان صحة المعلومات المصدقة التي تضمنتها الشهادة وقت تسليمها، وصحة العلاقة بين صاحب الشهادة وبياناتها الإلكترونية. وتقع عليه مسؤولية الضرر الذي يحدث لأي شخص وثق -بحسن نية- بصحة ذلك (نظام التعاملات الإلكترونية، ١٤٢٨).
- كما نصت المادة (٢٢) (٢) من نفس النظام على أن على صاحب الشهادة الإلكترونية تقديم المعلومات الصحيحة لمقدم خدمات التصديق، أو

على شهادة التصديق الرقمي أو قبولها،
أو طلب تعليق العمل بها، أو إلغائها .

٧- نشر شهادة مصادقة رقمية مزورة أو غير
صحيحة أو ملغاة أو موقوف العمل بها،
أو وضعها في متناول شخص آخر، مع
العلم بحالها، ويستثنى من ذلك حق
مقدم خدمات التصديق الوارد في الفقرة
(٤) من المادة (١٨) .

كما نصت المادة (٤) من نظام التعاملات
الإلكتروني على أنه " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد
ينص عليها في نظام آخر، يعاقب كل من يرتكب أيّاً
من الأعمال المنصوص عليها في المادة (الثالثة
والعشرين) من هذا النظام بغرامة لا تزيد على خمسة
ملايين ريال، أو بالسجن مدة لا تزيد على خمس
سنوات، أو بهما معاً، ويجوز الحكم بمصادرة الأجهزة
والمنظومات والبرامج المستخدمة في ارتكاب المخالفة .
أما نظام مكافحة جرائم المعلوماتية فيهدف إلى
الحد من وقوع جرائم المعلوماتية وذلك بتحديد هذه
الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها، وبما يؤدي إلى ما
يأتي :

١- المساعدة على تحقيق الأمن المعلوماتي .
٢- حفظ الحقوق المترتبة على الاستخدام
المشروع للحاسبات الآلية والشبكات
المعلوماتية .

لجميع الأطراف المطلوب منها أن تثق في توقيع
الإلكتروني .

كما عد نظام التعاملات الإلكترونية مخالفة
لأحكامه ما يلي :

١- قيام مقدم خدمات التصديق بتقديم
بيانات كاذبة أو معلومات مضللة للهيئة،
أو أي سوء استخدام لخدمات التصديق .
٢- إنشاء شهادة رقمية أو توقيع إلكتروني،
أو نشرها، أو استعمالها لغرض
احتمالي، أو لأي غرض غير مشروع .
٣- تزوير مسجل إلكتروني، أو توقيع
إلكتروني، أو شهادة تصديق رقمي، أو
استعمال أي من ذلك مع العلم بتزويره .
٤- تقديم معلومات خاطئة عمداً إلى مقدم
خدمات التصديق، أو تقديم معلومات
خاطئة عمداً عن التوقيع الإلكتروني إلى
أي من الأطراف الذين وثقوا بذلك
التوقيع بموجب هذا النظام .

٥- الدخول على منظومة توقيع إلكتروني
لشخص آخر دون تفويض صحيح، أو
نسخها، أو إعادة تكوينها، أو الاستيلاء
عليها .
٦- انتحال شخص هوية آخر، أو ادعاؤه
زوراً بأنه مفوض عنه بطلب الحصول

- ٣- حماية المصلحة العامة، والأخلاق والآداب العامة .
- ٤- حماية الاقتصاد الوطني (نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، ١٤٢٨).
- كما نص نظام مكافحة جرائم المعلوماتية على فرض عقوبة السجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، على كل شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية :
- ١- التنصت على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي - دون مسوغ نظامي صحيح - أو التقاطه أو اعتراضه.
- ٢- الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه، لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً .
- ٣- الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، أو الدخول إلى موقع إلكتروني لتغيير تصاميم هذا الموقع، أو إتلافه، أو تعديله، أو شغل عنوانه .
- كما نص نظام مكافحة جرائم المعلوماتية في المادة (٤) على أنه : " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مليوني ريال، أو
- ١- الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو على سند، أو توقيع هذا السند، وذلك عن طريق الاحتيال أو اتخاذ اسم كاذب، أو انتحال صفة غير صحيحة .
- ٢- الوصول - دون مسوغ نظامي صحيح - إلى بيانات بنكية أو ائتمانية، أو بيانات متعلقة بملكية أوراق مالية للحصول على بيانات أو معلومات، أو أموال، أو ما تتيحه من خدمات " .
- كما أصدرت المملكة ضوابط تطبيق التعاملات الإلكترونية الحكومية، والتي نصت في المادة (٢١) منها على أنه " تقوم كل جهة حكومية بحماية معلوماتها وبياناتها وأنظمتها المعلوماتية وفق المعايير ذات العلاقة، وحسب معايير استرشادية يقدمها البرنامج لهذا الغرض " .
- وقد أحسن المنظم في المملكة بإصدار هاذين النظامين حيث أنهما يشكلان خطوة هامة نحو حماية التعاملات الإلكترونية ومكافحة جرائم المعلوماتية ومكافحة الاحتيال المعلوماتي .
- كما أصدرت مؤسسة النقد العربي السعودي (ساما) لائحة مكافحة الاحتيال في شركات التأمين وشركات المهن الحرة، والتي تتضمن الحد الأدنى من المعايير التي يجب أن تلتزم بها شركات التأمين وإعادة

التنظيمي وفي السوق . وحثت اللائحة المذكورة الشركات على إنشاء إدارات لمكافحة الاحتيال على أن تقدم هذه الإدارة تقاريرها إلى الإدارة العليا للشركة فيما يخص جميع أنواع الاحتيال ، وأكدت اللائحة ضرورة قيام الشركات بصياغة السياسات والإجراءات الواضحة والهادفة إلى تطبيق إستراتيجية مكافحة الاحتيال ، كإجراءات الكشف عن مخاطر الاحتيال وقياسها والحد منها ومراقبتها ، إضافة إلى إجراءات رفع التقارير بشأن حالات الاحتيال وقديها في السجلات . كما أكدت اللائحة على ضرورة الحفاظ على الأدلة الناتجة عن عمليات الاحتيال واشترطت اللائحة على أن تقوم الشركات بإجراءات داخلية للإبلاغ عن نشاطات الاحتيال والنشاطات المشكوك بأمرها للجهات المختصة داخل وخارج الشركة ، مع ضمان سرية المعلومة وعدم ذكر هوية المبلغ . وأكدت اللائحة على ضرورة تبادل المعلومات التي تملكها عن عمليات الاحتيال والمحتملين مع السلطات المختصة ومع المؤسسة .

كما أفردت اللائحة الباب الثالث للحديث عن معايير مكافحة الاحتيال ، وذكرت اللائحة أنه يمكن أن يرتكب الاحتيال الداخلي أعضاء مجلس إدارة الشركة والإدارة والموظفين في أي عمل من أعمال الشركة وأنه يمكن الكشف عن الاحتيال في ممارسات العمل الإجمالية أو في السلوك والتصرف الشخصي . كما ذكرت اللائحة أنه يجب أن تضع الشركات

التأمين لمنع - أو على الأقل - الحد من ممارسات الاحتيال ، وترسيخ معايير عالية للكشف عن الاحتيال ومنعه . وتنطبق أحكام هذه اللائحة على شهادة التأمين وإعادة التأمين وشركات المهن الحرة بما فيها وسطاء التأمين ، ووكلاء التأمين ، ووسطاء إعادة التأمين ، ووكلاء إعادة التأمين . وطالبت " ساما " في اللائحة الشركات بان تحتفظ بسجلات ملائمة لإثبات التزامها بالمتطلبات المنصوص عليها في هذه اللائحة . وحثت اللائحة الشركات على اعتماد إستراتيجية واضحة لمكافحة الاحتيال بما ينسجم مع إجمال المخاطر . مشيرة إلى أن إستراتيجيات مكافحة الاحتيال يجب أن تشمل على تحديد واضح لمستوى وقوع الشركات ضحية للاحتيال ، ووضع قائمة مفصلة تشمل السياسات وإجراءات المراقبة الداخلية الهادفة إلى الكشف عن الاحتيال وقياسه والحد منه ومراقبته ، وتخطيط شامل لإجراءات التجديد والمصادقة والتنفيذ لإستراتيجية مكافحة الاحتيال . وحثت اللائحة الشركات على توفير بيئة مناسبة لتنفيذ إستراتيجية مكافحة الاحتيال فيها والإشراف عليها ، على أن يكون مجلس إدارة الشركة مسؤولاً عن إدارة مخاطر الاحتيال . وحددت اللائحة مهام مجلس الإدارة في هذا الصدد بالموافقة على إستراتيجية مكافحة الاحتيال ، وحشد الموارد الداخلية الضرورية للكشف عن مخاطر الاحتيال وقياسها والحد منها ومراقبتها بأنسب الطرق وتعزيز قيم وإستراتيجية مكافحة الاحتيال في الشركة على امتداد هيكلها

الترويج للتصرف المناسب والقيم السامية . وطالبت بأن تحتفظ الشركات لسجلات شاملة وكاملة حول الموظفين لمنصبهم لدى الشركة يمكن مراجعة هذه السجلات عند طلب مراقبي أو مفتشي المؤسسة . وفيما يتعلق بالرقابة ، أكدت اللائحة على وجوب تطبيق الشركات سياسات رقابة صارمة على الإدارة والموظفين ، خصوصاً على مستوى المناصب الرئيسية ضمن المنظمة وإخضاع النشاطات ذات الطبيعة الحساسة لمبدأ التطبيق المشدد. انظر لائحة مكافحة الاحتيال في شركات التأمين وشركات المهن الحرة لعام ٢٠٠٨م (جريدة الحياة ، ٢٠٠٨) . أما بالنسبة للاحتيال الممارس من شركات المهن الحرة ، ذكرت اللائحة أن شركات التأمين مطالبة بتدعيم أوامر التعاون مع شركات المهن الحرة لكشف الاحتيال الممارس في داخل شركات التأمين أو من المؤمن لهم ، ومحاربة هذا الاحتيال مع مراقبة شركات المهنة الحرة نفسها للتحقق مما إذا كانت تمارس الاحتيال أم لا .

الخاتمة

أدى التطور الكبير في تقنية المعلومات والاتصالات وازدياد الاعتماد على استخدام الحاسبات الآلية وشبكة الإنترنت في إجراء مختلف العمليات إلى زيادة كبيرة في استخدام هذه التقنية في ارتكاب جرائم الاحتيال المعلوماتي والمالي . وهو ما أثار تحديات كبيرة في مجال مكافحة تلك الجرائم والوصول إلى مرتكبيها ،

سياسات وإجراءات واضحة وجيدة التوثيق لقياس الاحتيال الداخلي ، وأنه يجب التحقق من تطبيق هذه الإجراءات ومن فاعليتها بواسطة المراجعين الداخليين في الشركة سنوياً ، وضرورة إعداد تقرير لمجلس إدارة الشركة حول حالات الاحتيال والتوجهات ذات الصلة ، إضافة إلى فعالية الحد من الاحتيال ، مؤكدة ضرورة تحديد الشركات السياسات والشفافية الشاملة عند التعامل مع حالات الاحتيال الداخلي .

وأكدت اللائحة على أهمية منع الشركات المحتملين من الوصول إلى النقود والتحويلات الإلكترونية بواسطة وضع تدابير أمنية مادية وإجرائية للحد من إمكانية الوصول إلى النقود والأصول ونظم المعلومات واستخدامها والحرص على التعامل مع النقود والتحويلات الإلكترونية بواسطة أكثر من شخص ، كما أكدت اللائحة أيضاً على أهمية تطبيق الشركات قواعد صارمة خاصة تقنية المعلومات. وتشمل تلك القواعد فرض قيود على إمكان الوصول المادي إلى غرف خادم الحاسبات الآلية ، ومراقبة حقوق الدخول إلى الشبكات ، والحد من إمكان الوصول عن بُعد إلى الشبكات ومراقبتها ، وضبط وتحديد كلمات سر دخول الشبكات (Passwords) بشكل منتظم ، وتنفيذ تطبيقات أمن الشبكة وتدقيق الحسابات المنتظم . وأكدت اللائحة أنه يجب على الشركات تعزيز ثقافة النزاهة والمساءلة ضمن منظماتها ، عبر تطوير دليل داخلي خاص بالسلوك الأخلاقي الذي من شأنه

لأنها تتطلب لارتكابها معرفة تامة بتقنية الحاسب الآلي والإنترنت .

٤- أفردت بعض التشريعات نصوصاً لتجريم الاحتيال المعلوماتي ، سواء أكان هذا التجريم بنص عام أم كان يتناول بعض صور الاحتيال المعلوماتي دون البعض الآخر . كما قامت تشريعات أخرى بمحاولة تطبيق النصوص التقليدية على الصور المختلفة للاحتيال المعلوماتي .

٥- أن تطبيق النصوص التقليدية كنصوص جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة والتزوير على جرائم الاحتيال المعلوماتي سواء التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال أو الاستعمال غير المشروع للبطاقات الائتمانية يعترضه العديد من العقبات التي حالت في كثير من الأحيان دون تطبيقها ، ولعل من أكبر هذه العقبات مسألة الاحتيال على الآلة والتي تتعارض مع أغلب التشريعات التي تتطلب أن يمارس الاحتيال في مواجهة شخص ما ، وكذلك مسألة وجود المحرر الذي تتطلبه النصوص الخاصة بجريمة التزوير والذي لا يتحقق في جريمة الاحتيال المعلوماتي .

٦- لا بد من تدخل المشرعين في دول العالم المختلفة بتجريم الاحتيال المعلوماتي بشكل

فهذه الجرائم لا تترك أثراً مادية في مسرح الجريمة كغيرها من الجرائم ذات الطبيعة المادية .

وتستحوذ جرائم الاحتيال المعلوماتي على النصيب الأكبر من الجرائم التي يتعرض لها عملاء البنوك وتعتبر من أكثر الوسائل الإجرامية تعقيداً وأسرعها تطوراً ، بالنظر إلى اعتمادها على تقنيات الحاسب الآلي والإنترنت والأجهزة الإلكترونية المصرفية كأجهزة الصراف الآلي (Automated Teller Machines) ، ونقاط البيع (Sale Points) . ونظراً لأهمية جرائم الاحتيال المعلوماتي والزيادة الكبيرة في ارتكابها فقد تعرضنا في هذا البحث لموضوع جرائم الاحتيال المعلوماتي لما لهذا الموضوع من أهمية كبرى . وقد توصلنا في ختام هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية :

أولاً: النتائج

١- أدى الانتشار الكبير في استخدام الحاسبات الآلية وشبكة الإنترنت إلى ازدياد جرائم الاحتيال المعلوماتي والمالي .

٢- أن جرائم الاحتيال المعلوماتي هي من الجرائم التي تمس الاقتصاد الوطني والعالمي وتؤثر في الأفراد والمؤسسات والشركات التي تقع ضحية لها .

٣- تتميز جرائم الاحتيال المعلوماتي بطبيعة خاصة تميزها عن جرائم الاحتيال التقليدي

- صريح وواضح وبنصوص قانونية صريحة وواضحة.
- ٧- الطبيعة العالمية لجريمة الاحتيال المعلوماتي يترتب عليها إمكانية ارتكاب الجريمة عن طريق وحدة طرفية في دولة ما بينما تتحقق الجريمة في دولة أخرى، الشيء الذي يثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بين قوانين وتشريعات الدول المختلفة والمحكمة المختصة بنظر النزاع.
- ٨- تشير جرائم الاحتيال المعلوماتي بعض المشاكل في مسألة جمع الأدلة الجنائية، ففي نطاق شبكة الإنترنت يصعب على المحقق في هذه الجرائم تطبيق إجراءات جمع الأدلة والإثبات التقليدية على المعلومات وهي لها طبيعة معنوية.
- ٩- هناك ضعف وعدم فاعلية في التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الاحتيال المعلوماتي.
- ثانياً - التوصيات :
- ١- ينبغي مساواة المال المعلوماتي بالمال المتعارف عليه في النصوص التقليدية مع الاعتراف بإمكانية اقتراح جريمة الاحتيال على المال المعلوماتي.
- ٢- ضرورة توقيع اتفاقيات ثنائية بين الدول تتعلق بتنظيم المسائل الخاصة بالجرائم
- ٣- ضرورة إصدار القوانين الخاصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية وعلى وجه الخصوص جرائم الاحتيال المعلوماتي .
- ٤- وجوب إعطاء الدليل المستمد من الحاسب الآلي حجية كاملة في الإثبات فيما يتعلق بجرائم الاحتيال المعلوماتي وكذلك ضمان أن الأدلة التي يتم جمعها في دولة تقبل لدى تنظيمات ومحاكم الدول الأخرى .
- ٥- وجوب تأهيل رجال الأمن والمحققين والقضاة في مجال الحاسب الآلي وكيفية التعامل مع هذه التقنية لتمكينهم من التحقيق والمحاكمة في الجرائم المرتكبة باستخدام الحاسب الآلي وبشكل خاص جرائم الاحتيال المعلوماتي .
- ٦- حث الدول على توحيد تشريعاتها المتعلقة بتسليم المجرمين وتبادل المساعدة القضائية في المسائل الجنائية فيما يتعلق بجرائم المعلوماتية وعلى وجه الخصوص جرائم الاحتيال المعلوماتي .
- ٧- ضرورة نشر الوعي بين مستخدمي شبكة الإنترنت بالقواعد الأمنية الواجب إتباعها

حسني، محمود نجيب. شرح قانون العقوبات: القسم الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣م. رستم، هشام محمد فريد. قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات. أسيوط: مكتبة الآلات الحديثة، ٢٠٠٠م.

رضوان، رضا عبد الحكيم. "جرائم تزوير بطاقات الدفع الإلكتروني". مجلة البحوث الأمنية، ١٧م، ع (٣٩)، ربيع الآخر، ١٤٢٩هـ/ إبريل (٢٠٠٨).

سرور، أحمد فتحي. الوسيط في قانون العقوبات: القسم الخاص. القاهرة: دار الطباعة الحديثة، ١٩٩١م.

الشوا، محمد سامي. ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.

الشوابكة، محمد أمين. جرائم الحاسوب والإنترنت: الجريمة المعلوماتية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م.

الصغير، جميل عبد الباقي. الإنترنت والقانون الجنائي: الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

الصغير، جميل عبد الباقي، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة (دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري). القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.

ومنها عدم استخدام البريد الإلكتروني في استقبال أو إرسال أي بيانات مالية قد تعرضها للسرقة أو الدخول إلى المواقع المشبوهة، وتوعيتهم بعدم نشر بياناتهم وصورهم وأرقام بطاقاتهم الائتمانية إلا في حالة الضرورة. وفي المواقع المعتمدة وغير المشبوهة، وعدم فتح الرسائل مجهولة المصدر أو المشبوهة.

٨- ضرورة توعية الجمهور بحالات الاحتيال المعلوماتي محلياً وإقليمياً ودولياً بنشر تلك الحالات في وسائل الإعلام المختلفة حتى لا يقع الناس ضحية لأعمال احتيالية معلوماتية مماثلة.

المراجع

أولاً: الكتب والأبحاث العربية

تمام، أحمد حسام طه. الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (الحماية الجنائية للحاسب الآلي): دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

حجازي، عبدالفتاح بيومي. النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً (الكتاب الأول). الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢م.

قشقوش، هدى حامد. جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن. القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

قورة، نائلة عادل. جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية: دراسة نظرية وتطبيقية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥م.

الكعبي، محمد عبيد. الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت: دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية، د.ت.

مصطفى، محمود محمود. شرح قانون العقوبات: القسم الخاص. القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤م.

المناعسة، أسامة أحمد، وآخرون. جرائم الحاسب الآلي والإنترنت: دراسة تحليلية مقارنة، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

Short, Greg, Combating software piracy : can felony Penalties for copyright in fringment custail the copying of computer software? Santa clara computer and high technology law journal, Vol. 10, 7-11(1994).

Mason, David R., Sentensing policy and Procedure as applied to cyber crimes: A call for reconsideration and Dialogue, Mississippi law journal Winter, 1-3 (2007).

Jordan, William, H, Cyber Attacks, information Theft, and the online shakedown: preparing for and responding to intrusions of computer systems, electronic banking law and commerce report, October, 1-4 (2001).

Simon, David, and Richard jones, intellectual property crimes, in the cyber world, Wisconsin lawyer, October 2-8 (2004).

الصغير، جميل عبد الباقي. القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة: الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي (الكتاب الأول). القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

عبابنه، محمود أحمد. جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥م.

عبدالله، عبد الكريم عبدالله. جرائم المعلوماتية والإنترنت (الجرائم المعلوماتية). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م.

العبيدي، أسامة بن غانم. "جرائم الحاسب الآلي والإنترنت : الصعوبات التي تعترض المكافحة". دورية الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة، الرياض، م ٤٨، ع (١)، محرم (١٤٢٩هـ).

العيان، محمد علي. الجرائم المعلوماتية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديد للنشر، ٢٠٠٤م.

عفيفي، عفيفي كامل. جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة: دراسة مقارنة. د.م: دن، د.ت.

فضل، سليمان أحمد. المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت). القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.

قايد، أسامة عبدالله. الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات: دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.

جريدة الجزيرة، ملحق الاتصالات والعالم الرقمي،
٢٨ محرم، ١٤٣٠هـ، ص ٢٠ .
جريدة الجزيرة، ملحق الاتصالات والعالم الرقمي،
الأحد ٢٧ شوال، ١٤٢٩هـ، ص ٢٠ .
جريدة الرياض، الرياض الاقتصادي، تقنية
المعلومات، ٢٦ ذي الحجة ١٤٢٩هـ، العدد
١٤٧٩٤، السنة الخامسة والأربعون، ص ١١ .

رابعاً: القوانين والأنظمة والضوابط

قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام ١٩٩٤م .
القانون الفدرالي الأمريكي رقم ١٠٣٠ .
قانون العقوبات لولاية كاليفورنيا .
نظام التعاملات الإلكترونية في المملكة، الصادر بقرار
مجلس الوزراء رقم (٨٠) وتاريخ
١٤٢٨/٣/٧هـ .
نظام مكافحة جرائم المعلوماتية في المملكة، الصادر
بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٩) وتاريخ
١٤٢٨/٣/٧هـ .
ضوابط تطبيق التعاملات الإلكترونية الحكومية في
المملكة، الصادر بقرار مجلس الوزراء
رقم (٤٠) وتاريخ ١٤٢٧/٢/٢٧هـ .

خامساً: الأحكام القضائية

نقض، ٢٩ ديسمبر ١٩٥٩، س. ١، رقم ٢٢٠، ص
٧٢ .

Nimmer, Raymond T, chapter 12. Computer crime, part C. information and software theft crime, law of computer technology database, 1-6 April (2008).
Friedman, Mark S. and Kristin Bissinger, Infojacking: crimes on the information superhighway, S.J. proprietary Rts, 2,2 . (1997).
Heymann, Stephen, P, Legislating computer crime, 34 Harv. J. On Legis, 375, 379. (1997).
Katyal, Neal Kumar, Criminal Law in Cyberspace 14 .(2001).
Savage, Joseph F. Jr., and christina N. Smith, New wine in old Bottles; Searching for a Rational Approach to sentencing for new Economy Crimes, & BUS. Crime Bull. No.6, at 1 (2001).

ثالثاً: الصحف العربية

جريدة الاقتصادية، الثلاثاء، ١٦ محرم، ١٤٣٠هـ .
العدد ٥٥٧٣، ص ٦.
جريدة الرياض، الرياض الاقتصادي، السبت ٢٩ ذي
الحجة، ١٤٢٩هـ، العدد ١٤٧٩٦، السنة
الخامسة والأربعون، ص ١١ .
جريدة الجزيرة، ملحق الاتصالات والعالم الرقمي،
الأحد ٢٠ شوال، ١٤٢٩هـ، العدد ٢٦٥، ص
٣٠ .
جريدة الجزيرة، ملحق الاتصالات والعالم الرقمي،
٢٥/١/٢٥م، ص ٢١ .
جريدة الجزيرة، ملحق الاتصالات والعالم الرقمي،
الأحد ١٤ محرم، ١٤٣٠هـ، العدد ٢٧٤، ص
٢٠ .
جريدة الشرق الأوسط، الثلاثاء، ٢٥/١١/٢٥م،
العدد ١٠٩٥٥، ص ٨ .

- نقض، ٢ فبراير، عام ١٩٦٨ م. ص ١٩، رقم ٤٧،
ص ٢٢٠.
- محكمة جنح باريس في حكم لها في ١٣ فبراير عام
١٩٩٠م.
- نقض، ٢٥ مايو، ١٩٧٥ م، مجموعة أحكام محكمة
النقض المصرية، ص ٧٦، رقم ١٠٦. ص
٤٥٤.
- طعن رقم ٧٥ لسنة ١٨ قضائية جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥ م،
المحكمة الاتحادية الإماراتية.
نقض في ١/٥/١٩٥٩ س ٧/ الموسوعة الذهبية،
الجزء الثالث قاعدة ٥٧٢، ص ٢٨٢.

Cyber Fraud Crimes

Osama Ghanem Alobady

*Associate Professor in Law,
Institute of Public Administration, Riyadh, Saudi Arabia*

(Received 25/4/1430 H.; accepted for publication 12/1/1431 H.)

Abstract. Electronic or computer based crimes are on the rise. This is due to the substantial increase in the use of computers and the internet in performing wide range of transactions. This has led also to a substantial increase in cyber crimes and especially computer and internet fraud, where computers may be breached as the object of the crime or used as a tool to aid in the commission of the crime.

Cyber fraud crimes represent a substantial Part of crimes committed against bank customers. Cyber fraud is increasingly becoming one of the main challenges facing law enforcement around the world.

Such crimes are spreading

fast around the world due to the increased use of computers and the internet as well as automated teller machines and sale points.

This paper deals with cyber fraud and how it is dealt with by comparative laws and legislations.

- This paper defines cyber crimes in the first part.
- The second part deals with forms of cyber crimes and ways of commission of the crime.
- The third part discusses comparative laws regarding the combating of cyber crimes.
- The last part is the conclusion and findings and recommendations of the study.

الحق في محاكمة جنائية عادلة في المملكة العربية السعودية: دراسة تقييمية

عبدالحמיד بن عبدالله الحرقان

أستاذ العدالة الجنائية المساعد

بكلية الملك فهد الأمنية والمعهد العالي للدراسات الأمنية

(قدم للنشر في ١٢/٨/١٤٣٠هـ؛ وقبل للنشر في ١٢/١/١٤٣٠هـ)

كلمات مفتاحية: حقوق، الإنسان، الشريعة، الإسلامية، السعودية، المحاكمة، العادلة، الجنائية، الأنظمة، العدالة

ملخص البحث. لقد أضحي الحق في محاكمة عادلة يعد من أهم الحقوق التي ينعم بها الإنسان على الإطلاق، وهو ما يظهر من حقيقة إقرار الكثير من موثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية والدساتير وقوانين الإجراءات الوطنية لهذا الحق. ويكتسب الحق في محاكمة عادلة أهمية خاصة في إطار الدعوى الجنائية حيث إنه يعد وسيلة لا غنى عنها لحماية حياة الأفراد وحررياتهم وأمنهم الشخصي التي قد يتم انتهاكها نتيجة للإجراءات التي تخضع لها هذه الدعوى أو نتيجة لتعرض الفرد للعقوبة الجنائية على يد الدولة من دون وجه حق وذلك عن طريق تزويد المتهم بالضمانات الإجرائية التي تكفل عدم تضرر موقفه بما تمتلكه الدولة من موارد مادية وبشرية وفنية في مواجهته وهو ما من شأنه أن يكفل -في المحصلة النهائية- حسن سير العدالة الجنائية. وحيث أن المملكة العربية السعودية قد تبنت خلال سنوات العقد الماضي مجموعة من الأنظمة التي تهدف إلى تعزيز حماية حقوق الإنسان في المملكة وعلى رأسها الحق في محاكمة جنائية عادلة، فإن هذه الدراسة تسعى إلى التعرف على إذا ما كانت نصوص تلك الأنظمة تلبى مقتضيات الحق في محاكمة جنائية عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان وتقديم المقترحات التي من شأنها الإسهام في دفع عملية التطوير التي يشهدها نظام العدالة الجنائية في المملكة فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بموضوع هذه الدراسة إلى الأمام.

مقدمة

يكفلها النظام للأفراد، ووسيلة فاعلة للحصول على

التعويض المناسب على ما تعرضت له من انتهاك؛
فالحق في محاكمة عادلة -والحالة تلك- يعد ضرورياً
لضمان حماية الحقوق الأخرى التي يتمتع بها الأفراد.

يعد الحق في محاكمة عادلة من أهم الحقوق التي ينعم
بها الإنسان على الإطلاق، ويكتسب هذا الحق أهميته
من كونه وسيلة لا غنى عنها لمنع انتهاك الحقوق التي

الحق. كما تضمنت اتفاقيات وإعلانات دولية أخرى نصوصاً تحمي مضمون الحق في محاكمة عادلة، وإن لم تنص عليه صراحة (انظر - على سبيل المثال - المادة (٣) من اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان؛ المادة (٣) من اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار؛ المواد (٣، ٩٦، ٩٩-١٠٨) من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب؛ المواد (٣، ٦٤-٧٤، ١١٧-١٢٦) من اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب؛ المادة (٧٥) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية؛ المادة (٦) من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية؛ المواد (٢، ٤) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة؛ مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية؛ مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال التوقيف أو السجن؛ قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم؛ مبادئ أساسية بشأن دور المحامين؛ مبادئ توجيهية بشأن دور المدعين العامين). ولم يغيب هذا

وتتجلى أهمية الحق في محاكمة عادلة في إطار الدعوى الجنائية؛ نظراً لتأثر حياة وحرية الأفراد وأمنهم الشخصي بالإجراءات التي تخضع لها والأحكام التي تصدر فيها (Baderin, 2006).

وتعكس أهمية هذا الحق العدد الكبير من موثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية، وكذلك الدساتير وقوانين الإجراءات الوطنية التي نصت عليه (Ckernickenko and Treat, 1993; 1994). فعلى الصعيد الدولي، نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨^(١)، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦^(٢) واتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩^(٣)، على هذا

(١) وقد نصت المادة (١٠) من الإعلان على أن "لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأي تهمة جنائية توجه له".

(٢) وقد نصت المادة (١/١٤) من العهد على أن "...لكل فرد، لدى الفصل في أي تهمة جنائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، الحق في محاكمة عادلة وعلنية من قبل محكمة مختصة مستقلة ومحيدة، منشأة وفقاً للقانون...."

(٣) وقد نصت المادة (٢/٤٠) من اتفاقية حقوق الطفل على الآتي: (ب) يكون لكل طفل يدعى بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الحق في التمتع على وجه الخصوص بالضمانات التالية:

...

(٣) قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة مستقلة ومحيدة بالفصل في التهمة الموجهة إليه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقاً للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يكن ذلك في غير=

=مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته.

أما على الصعيد الداخلي، فإن كان النظام الأساسي للحكم الذي يعد أهم وثيقة نظامية في المملكة العربية السعودية والذي نص على الحقوق التي يتمتع بها المواطن لم يأت على ذكر الحق في محاكمة عادلة صراحة (انظر الباب الخامس من النظام الأساسي للحكم المعنون بـ(الحقوق والواجبات))، إلا أنه أكد مع ذلك أهمية العدل -بشكل عام- حيث جاء في المادة (٨) منه ما نصه: "يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية". بالإضافة إلى ذلك، فقد جاء في المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه "لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا على أمر محظور ومعاقب عليه شرعاً أو نظاماً وبعد ثبوت إدانته بناءً على حكم نهائي بعد محاكمة تُجرى وفقاً للوجه الشرعي".

ومن أهم المتطلبات الشرعية التي تخضع لها المحاكمة مدنية كانت أم جنائية في ظل قواعد الشريعة الإسلامية وجوب معاملة أطراف الدعوى معاملة عادلة. ويمكن استنتاج ذلك من النصوص الشرعية التي أكدت أهمية مراعاة العدل في كل منحى من مناحي الحياة وخصوصاً عند الفصل في الدعاوى القضائية. ونظراً لضيق الوقت والمساحة فسوف أكتفي هنا باقتباس بعض هذه النصوص لتأكيد أن العدل يعد من أهم الركائز التي يقوم عليها نظام الحكم في الإسلام (العريني، ١٤٢٠). فقد قال سبحانه وتعالى في كتابه العزيز: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا

الحق عن اهتمام موثيق حقوق الإنسان الإقليمية، فنصت عليه المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠، والمادة (٨) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ١٩٦٩، والمادتين (٧، ٢٦) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٨١، والمادة (١٩/هـ) من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام ١٩٩٠، والمادة (١/١٣) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان ١٩٩٤.

ومع أن المملكة العربية السعودية لم تصادق بعد على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ - الذي يعد الوثيقة الدولية الرئيسة التي تحمي الحقوق المدنية للإنسان ومن ضمنها الحق في محاكمة عادلة- لأسباب ليس هذا مجال ذكرها (الحرقان، ٢٠٠٩ (أ))، إلا أنها اتخذت مع ذلك مجموعة من الإجراءات التي تستهدف تعزيز حماية حقوق الإنسان والنهوض بها في المملكة العربية السعودية ومن ضمنها الحق في محاكمة عادلة. فعلى الصعيد الخارجي، فقد صادقت المملكة على مجموعة من المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان التي تضمنت موادها نصوصاً تستهدف حماية الحق في محاكمة عادلة.^(٤)

(٤) فقد صادقت المملكة العربية السعودية على اتفاقيات جنيف لحماية ضحايا الحرب ١٩٤٩ والبروتوكولين الأول والثاني الإضافيين الملحقين بها؛ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ١٩٨٤؛ اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩؛ إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام ١٩٩٠؛ الميثاق العربي لحقوق الإنسان ١٩٩٤.

الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما اصطلاح الفقهاء على تسميتها بأحكام السياسة الشرعية.^(٥) وقد قام المنظم السعودي خلال سنوات العقد الماضي بتحديث بنية المملكة العربية السعودية التنظيمية من أجل أن تتناسب مع المرحلة الحالية التي يعيشها المجتمع السعودي في ظل توجه الدولة لدعم وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان في المجتمع السعودي وإعادة بناء وتأهيل مؤسسات العدالة الجنائية (كوماراسوامي، ٢٠٠٣). ولعل أبرز ما تم اتخاذه في سياق موضوع هذه الدراسة هو إصدار نظام الإجراءات الجزائية في عام ١٤٢٢هـ الذي جاء لیسد الثغرات النظامية التي كان يعانيها التنظيم الإجرائي الجنائي السابق، وكذلك توحيد مصادر القواعد الإجرائية الجنائية بعد أن كانت متناثرة بين أكثر من مصدر؛ وهو ما أثار صعوبة في الوصول إليها والتعرف عليها وتطبيقها. وقد تزامنت هذه الخطوة مع صدور نظامي المرافعات الشرعية والمحاماة وما تبعهما من صدور لوائحهما التنفيذية. ولعل آخر ما تم اتخاذه -وبالتأكيد ليس آخره- في سبيل تحديث نظام العدالة الجنائية بشكل خاص والبنية التنظيمية للمملكة العربية السعودية بشكل عام هو

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿ (سورة النساء، الآية ٥٨). وقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (سورة النحل، الآية ٩٠). وقد أكد سبحانه وتعالى وجوب تحري العدل دون إجحاف بعدو أو محاباة لقريب، فقال عز من قائل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ءَاعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (سورة المائدة، الآية ٨). وقال سبحانه وتعالى أيضاً: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (سورة النساء، الآية ١٣٥).

فهذه النصوص القرآنية الكريمة تؤكد في مجملها إقرار الشريعة الإسلامية مبدأ حق المتهم في محاكمة عادلة. وقد اكتفت النصوص الشرعية في هذا الخصوص بإرساء المبادئ والقواعد الأساسية الضرورية لحماية هذا المبدأ في كل زمان ومكان، وتركت لولي الأمر سلطة تقنين الوسائل الأخرى الضرورية لحماية هذا المبدأ المهم على ضوء ظروف المكان والزمان دون

(٥) وتُعرف السياسة الشرعية، كما ذكر الإمام ابن القيم، نقلاً عن الإمام أبي الوفاء ابن عقيل الحنبلي -رحمهما الله- بأنها "ما كان فعلاً يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي". (ابن قيم الجوزية، ١٤١٥، ص ١١). كما عرف ابن نجيم الحنفي السياسة الشرعية بأنها "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي". (ابن عابدين، ١٣٨١، ص ١٥).

وتقديم المقترحات التي من شأنها الإسهام في دفع عملية التطوير التي يشهدها نظام العدالة الجنائية في المملكة فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بموضوع هذه

إصدار نظام القضاء ونظام ديوان المظالم وآلية عملهما التنفيذية في عام ١٤٢٨هـ.

ونظراً لحداثة الأنظمة المشار إليها، فإنه لم يسبق أن تم دراستها للتعرف على الضمانات التي تقدمها لحماية حق المتهم في محاكمة عادلة. وحيث إن القانون الدولي لحقوق الإنسان يستهدف بشكل أساس تعزيز الحماية الوطنية لحقوق الدولية للإنسان،^(٦) فإن هذه الدراسة تسعى إلى التعرف على إذا ما كانت نصوص أنظمة المملكة العربية السعودية تلبى مقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان^(٧)

= في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان في هذه الدراسة سوف يقتصر على ما ورد في وثيقة العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية وما أصدرته لجنة حقوق الإنسان المسؤولة عن الإشراف على تنفيذ الدول الأعضاء لالتزاماتهم التعاهدية في ظل وثيقة العهد في هذا الخصوص. والسبب في اختيار نصوص هذه الوثيقة لتحديد نطاق ومضمون الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان هو ما تمثله هذه الوثيقة من أهمية كبرى؛ فهي تعد أهم اتفاقية دولية لحقوق الإنسان على الإطلاق، من حيث إنها تشكل اتفاقية دولية ملزمة -بخلاف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ الذي يعد توصية غير ملزمة للجمعية العامة للأمم المتحدة-، كما أن لها امتداداً دولياً -بخلاف الاتفاقيات الإقليمية، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠، التي يقتصر نطاق تطبيقها على الدول الأعضاء الواقعة ضمن النطاق الإقليمي لتلك الاتفاقية- وتنطبق كذلك على جميع الأشخاص -بخلاف الاتفاقيات التي تعنى بحقوق فئات معينة بعينها، مثل اتفاقية حقوق الطفل التي تنطبق أحكامها على الأطفال فقط دون غيرهم-، كما تتضمن جهازاً رقابياً يسعى إلى التأكد من التزام الدول الأعضاء بتنفيذ أحكامها وتقوم -في سبيل ذلك- بتفسير نصوص العهد وتحديد مضمونها. لكن عندما تستدعي الحاجة إلى ذلك فسوف يتم الرجوع إلى وثائق حقوق الإنسان الأخرى، والقرارات الصادرة عن الأجهزة الرقابية التابعة لها، خصوصاً ما صدر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أحكام، نظراً لما يحتوي عليه إرثها القضائي من مبادئ مهمة يمكن الاستفادة منها في تحديد نطاق ومضمون الحق في محاكمة عادلة، خصوصاً أن نص الحق في محاكمة عادلة في كل من العهد الدولي والاتفاقية الأوروبية يكاد يكون متطابقاً.

(٦) وهذا ما تدعمه صراحة نصوص المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي أعطت الأولوية في فرض أحكامها للأجهزة الوطنية. فقد تطلبت المادة (٢) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ -على سبيل المثال- من الدول الأعضاء "إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل تفعيل الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا التفعيل من تدابير تشريعية أو غير تشريعية". ولذلك فإن الوسائل الدولية لفرض أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان تعتبر مكملية للوسائل الوطنية ولا يمكن اللجوء إليها إلا في حال فشلت الوسائل الوطنية في توفير الحماية اللازمة وإصلاح الضرر الذي ترتب على التعدي على الحقوق المكفولة. لمزيد من التفصيل، انظر (Sohn, 1984; Donnelly, 1989).

(٧) المقصود ب"القانون الدولي لحقوق الإنسان" في هذه الدراسة هو القانون الذي ينظم عملية حماية الأفراد والجماعات ضد انتهاكات الحكومات لحقوقهم المكفولة دولياً والنهوض بهذه الحقوق. انظر في هذا السياق (Buergenthal, 1996). ومع أن مصادر القانون الدولي لحقوق الإنسان متعددة، وتعد الاتفاقيات والأعراف الدولية أبرزها، إلا أن حديثنا عن الحق =

الجزائية ومشروع لائحته التنفيذية،^(٩) ونظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية،^(١٠) ونظام المحاماة ولائحته التنفيذية، ونظام القضاء وآلية العمل التنفيذية لنظام

(٩) وسوف يتم التطرق في هذه الدراسة إلى النصوص الواردة في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية رغم عدم صدورها بعد وذلك لأنه تم الانتهاء من دراستها في مجلس الوزراء ومجلس الشورى وهي في طريقها (بمشيئة الله) إلى الإقرار، تطبيقاً لنص المادة (٢٢٣) من نظام الإجراءات الجزائية التي جاء فيها "يصدر مجلس الوزراء اللائحة التنفيذية لهذا النظام بناءً على اقتراح وزير العدل بعد الاتفاق مع وزير الداخلية". فمشروع اللائحة -والحالة تلك- يمثل الصورة المستقبلية لما سوف يكون عليه الوضع بعد إقرار اللائحة، ويمثل أيضاً ما يعرف بنية المنظم التي تعول عليها الكثير من الأنظمة عند تفسير النصوص النظامية التي يكتنفها الغموض. وأريد أن أؤكد هنا أن الرجوع إلى نصوص هذا المشروع الهدف الرئيس منه هو الشرح وتوضيح الصورة، وليس الاحتجاج بما ورد فيه، إلا فيما يتعلق بتفسير نصوص النظام التي يعترتها الغموض، بصفته مؤشراً على قصد المنظم الذي يجب الاسترشاد به عند تفسير النصوص النظامية.

(١٠) الأصل أن نطاق نصوص نظام المرافعات الشرعية يقتصر على الدعوى المدنية ولا يمتد إلى الدعوى الجنائية، إلا أن نظام الإجراءات الجزائية أحال على ما ورد في نظام المرافعات الشرعية صراحة في بعض المواضع، وأوجب كذلك الرجوع إلى أحكامه في حال لم يكن هناك نص في نظام الإجراءات الجنائية يتعامل مع الواقعة محل النظر ولم يكن من شأن تطبيق الإجراء المدني في الدعوى الجنائية ما يتعارض مع طبيعة الدعوى الجنائية حيث جاء في المادة (٢٢١) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: "تطبق الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية فيما لم يرد له حكم في هذا النظام وفيما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الجزائية".

الدراسة إلى الأمام.^(٨) وإن كان الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان مكفول في الدعاوى المدنية والجنائية على حد سواء (التعليق العام رقم (٣٢))، إلا أن نطاق هذه الدراسة يقتصر على الحق في محاكمة عادلة في إطار الدعوى الجنائية نظراً لأهمية الدور الذي يقوم به في حماية حياة الأفراد وحررياتهم وأمنهم الشخصي في مثل هذه الدعاوى، كما تقدم ذكره.

وسوف تتم مناقشة الحق في محاكمة عادلة في المملكة العربية السعودية في هذه الدراسة على ضوء ما تبناه المنظم السعودي خلال سنوات العقد الحالي من أنظمة ولوائح تهدف إلى تعزيز حماية حقوق الإنسان وعلى رأسها الحق في محاكمة عادلة (والتي سوف يتم الإشارة إليها مجتمعة في هذه الدراسة بهدف الاختصار بـ"الأنظمة العدلية") والتي تشمل نظام الإجراءات

(٨) الهدف المذكور لهذه الدراسة يتقاطع مع ما أوصت به الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان من أجل النهوض بحقوق الإنسان وتعزيز حمايتها في المملكة، حيث جاء في تقريرها الأول عن حقوق الإنسان في المملكة ما نصه "رغم عدم حداثة موضوع حقوق الإنسان بالنسبة للإسلام، ورغم وضوح هذه الحقوق والتركيز على أهميتها إلا أن هناك عوامل عدة أسهمت في عدم ظهور هذا الموضوع بالصورة المؤسسية المعاصرة منها: إن الكتابات المعاصرة المتعلقة بهذا الشأن، رغم كثرتها، تتسم بالطابع الخطابي الاستعراضي. بينما الحاجة تدعو للقيام بدراسة علمية عملية تخص هذه الحقوق وتحدد حدودها وتبين العقاب الخاص بانتهاكها، وتضع وسائل محددة لحمايتها". (الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان، ١٤٢٨، ص ١٧-١٨).

الرجوع إليها في حال غياب النص الخاص (النظام الأساسي للحكم، المادة (٤٨)).

وتشمل الحقوق التي سوف يتم تناولها في هذه الدراسة بالتفصيل والتي تمثل في مجملها - وفقاً لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحق في محاكمة عادلة الآتي: الحق في محاكمة من قبل محكمة مختصة مستقلة ومحايدة منشأة وفقاً للقانون، والحق في محاكمة علنية، والحق في افتراض البراءة وعدم الإكراه على تجريم النفس، والحق في الإحاطة بالتهمة، والحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد الدفاع عن التهمة، والحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له، والحق في المحاكمة الحضرية وتمثيل النفس والاستعانة بمحامٍ، والحق في استدعاء واستجواب الشهود، والحق في مترجم، والحق في إعادة النظر في الحكم الصادر في القضية، والحق في التعويض، والحق في عدم المحاكمة أو المعاقبة على الجريمة ذاتها مرتين.

وحيث إن هذه الدراسة تمثل امتداداً لدراسة سابقة قمت بإعدادها وتناولت فيها بالتفصيل نطاق ومضمون الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان (الحرقان، قيد النشر)، ونظراً لضيق الوقت والمساحة، فسوف أقوم في هذه الدراسة وبشكل موجز بتحديد مضمون الضمانات التي يقتضي الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان تأمينها للمتهم، ثم أستعرض بالتفصيل نصوص

القضاء ونظام ديوان المظالم للتعرف على مدى تلبية نصوص هذه الأنظمة واللوائح التي تعد بمنزلة الوسيلة التي تسعى إلى تطبيق المبادئ العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية مقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان. لكن في حال وجود فراغ تنظيمي في التعامل مع مسألة من المسائل فسوف يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها دستور المملكة وفقاً للمادة الأولى من النظام الأساسي للحكم،^(١١) والشريعة العامة التي يجب

(١١) فقد أكدت مواد النظام الأساسي للحكم في أكثر من موضع المكانة الدستورية التي تتمتع بها أحكام الشريعة الإسلامية في المملكة العربية السعودية وسموها على جميع الأنظمة التي تصدرها الدولة، ووجوب توافق ما تصدره الدولة من أنظمة مع أحكام الشريعة الإسلامية كشرط لدستوريتها. وقد جاء في المواد (١)، (٧)، (٢٦)، (٤٨)، (٦٧) من النظام الأساسي للحكم ما نصه:

(١) المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله، صلى الله عليه وسلم.

(٧) يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة.

(٢٦) تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية.

(٤٨) تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

(٦٧) تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام =

=ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى. (انظر ابن باز،

٢٠٠٧؛ المرزوقي، ١٤٢٥).

والسياسية، المادة (٢/١٤)). ويقتضي هذا المبدأ وجوب معاملة المتهم حتى صدور حكم قضائي بإدانتته على أنه بريء؛ ولذلك يحظر على أجهزة الدولة ووسائل الإعلام القيام بأي عمل من شأنه إظهار عدم احترام هذا المبدأ، كإحضار المتهم إلى جلسات محاكمته (في غير حالات الضرورة) وهو مكبل. ونتيجة لإقرار هذا المبدأ، فإن أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان تقضي بوجود إثبات الدولة ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه، وأن يتم تفسير أي شك يثور في القضية لصالح المتهم (التعليق العام رقم (٣٢))؛ *Barbera, et al v. Spain* (1989).

وإن كان المنظم السعودي لم ينص صراحة على مبدأ افتراض براءة المتهم، وهو قصور تنظيمي ينبغي معالجته، إلا أن ذلك لا يعني إطلاقاً أن نظام العدالة الجنائية السعودي يعارض هذا المبدأ أو النتائج العملية المترتبة عليه؛ فمن ناحية المبدأ فإن الشريعة الإسلامية، تقر بأن الأصل براءة الذمة، وهي قاعدة تمثل في جوهرها تعبيراً عن مبدأ افتراض البراءة وإن اختلفت الصياغة. ويقوم مبدأ البراءة على قاعدتين فقهييتين أساسهما أن الناس قد ولدوا دون خطايا أو التزامات، وأن هذه الحالة الأصلية هي يقين لا ينقضها إلا يقين وليس شكاً (الأصل براءة الذمة واليقين لا يزول بالشك). وحيث إن الأصل أن المتهم بريء وأن هذا الأصل ثابت بيقين فإن هذا الأصل كما تمليه القاعدة الفقهية لا يمكن نقضه بالشك، أي الاشتباه أو الأدلة الظرفية بل بيقين ماثل، أي أن تكون الأدلة المقدمة

الأنظمة السعودية ذات العلاقة للتعرف على مدى توافقها مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان. ويمكن لمن أراد الاستزادة في موضوع الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان الرجوع إلى الدراسة المشار إليها.

ولتحقيق أهداف هذه الدراسة، فقد تم تقسيمها إلى خمسة فصول؛ يتناول الفصل الأول المبادئ الأساسية ذات العلاقة بالحق في محاكمة عادلة. أما الفصلان الثاني والثالث فسيتناولان على التوالي ضمانات الحق في محاكمة عادلة الخاصة بالمحكمة والمحاكمة. ويتناول الفصل الرابع الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المتهم خلال محاكمته ليتمكن من الدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجهة إليه، بينما يتناول الفصل الخامس والأخير ضمانات الحق في محاكمة عادلة بعد صدور الحكم.

الفصل الأول: مبادئ أساسية

يقتضي الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان مراعاة مبدأين رئيسيين، هما مبدأ افتراض براءة المتهم ومبدأ حظر إكراه المتهم على تجريم نفسه، واللذان سوف يتم تناولهما في هذا الفصل في مبحثين منفصلين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مبدأ افتراض براءة المتهم

يكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في افتراض براءته (العهد الدولي للحقوق المدنية

أغلال، مع جواز اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٣٣))، وإن كان المنظم قد غفل عن النص على وجوب أن تتصرف أجهزة الدولة ووسائل الإعلام بشكل يحترم هذا المبدأ خلال سير الدعوى الجنائية ضد المتهم، كما تتطلب أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

المبحث الثاني: مبدأ حظر إكراه المتهم على تجريم نفسه

تكفل أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في عدم إكراهه على تجريم نفسه (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/ز)). ويقتضي هذا المبدأ عدم جواز إكراه المتهم مادياً أو معنوياً لحمله على الاعتراف بارتكابه للجريمة المنسوبة إليه (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Saunders v. United Kingdom* (1997); *Cheney, 2001*). ونتيجة لإقرار مبدأ حظر إكراه المتهم على تجريم نفسه فإن أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان تقضي بأن للمتهم الحق في التزام الصمت في مواجهة سلطة التحقيق والمحكمة دون أن يجوز استخدام صمت المتهم كدليل لادانته (*Human Rights Committee, United Kingdom (2001); Funke v. France (1993); Saunders v. United Kingdom Murray v. United Kingdom (1996); Condon v. United Kingdom (2001)*). وكذلك عدم جواز قبول أي اعتراف تم الحصول عليه عن طريق الإكراه (التعليق العام رقم (٣٢)).

وقد أقر نظام الإجراءات الجزائية مبدأ حظر إكراه المتهم على تجريم نفسه، حيث حظرت نصوصه

على إدانة المتهم ملبية لقواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالإثبات (الشوكاني، بدون سنة نشر؛ العوا، ١٤٠٦؛ السويلم، ١٤٠٦؛ الزرقا، ١٩٨٩؛ خراشي، ٢٠٠٦).

أما بالنسبة إلى النتائج العملية المترتبة على هذا المبدأ فقد أقرتها النصوص الشرعية أيضاً. فالشريعة الإسلامية تضع عبء إثبات ارتكاب المتهم للجريمة على من يدعي ذلك. أي ما يعني -بعبارة أخرى- أنه إذا ما تم توجيه اتهامات بارتكاب جريمة ما إلى شخص معين، فإن ذلك الشخص غير مطالب بتقديم أي أدلة للدفاع عن نفسه ضد التهم الموجهة إليه؛ لأن براءته ثابتة بيقين ولا تحتاج إلى زيادة إثبات. أما المدعي على خلاف الأصل فهو الذي يقع عليه عبء تقديم الأدلة المثبتة لادعاءاته تطبيقاً لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- من أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"^(١٢) وحيث إن الأصل في الإنسان البراءة، فإنه يجب تفسير الشك لصالح المتهم استقامة مع هذا الأصل، وهو ما عبر عنه الفقهاء في القاعدة الفقهية المشهورة "الحدود تدرأ بالشبهات" (العوا، ١٤٠٦). وأخيراً تجدر الإشارة هنا إلى أن نظام الإجراءات الجزائية نص احتراماً منه لمبدأ افتراض البراءة على وجوب إحضار المتهم إلى جلسات المحاكمة دون قيود أو

(١٢) حديث حسن رواه البيهقي وغيره هكذا وهو في الصحيحين بلفظ (لكن اليمين على المدعى عليه). (النووي، ١٤١٣).

الصمت فيسعى المحقق بالطرق المشروعة إلى استظهار أسباب صمته، مع إفهامه أهمية أن يبدي دفوعه، وإن أصر مع ذلك على الصمت فيدون المحقق محضراً بذلك، ويمضي في إجراءات التحقيق. وفي كل الأحوال لا يعتبر صمت المتهم دليلاً ضده في توجيه الاتهام إليه".

ويترتب على استخدام الإكراه كوسيلة للحصول على اعتراف من المتهم بارتكابه للجريمة المنسوبة إليه بطلان ذلك الاعتراف، حيث نصت المادة (٢/١٠٢) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على أن "يراعي المحقق في تعامله مع المتهم احترام كرامته وأدميته، ولا يجوز استعمال وسائل الإكراه ضده، ولا استعمال عقاقير أو أجهزة أو عنف للحصول منه على ما يدينه، وكل دليل يتم الحصول عليه بناء على إكراه أو وعد أو وعيد أو تهديد أو أي وسيلة تشل الإرادة، أو تفقد الوعي لا يعتد به، ولا بما يسفر عنه في الإثبات" (لجنة مناهضة التعذيب، ٢٠٠١؛ الحرقان، ٢٠٠٩ (ب)).

الفصل الثاني

الضمانات الخاصة بالمحاكمة

تقضي أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان بوجود توافر مجموعة من المتطلبات في الجهة التي تنظر في الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم لضمان حماية حق المتهم في محاكمة عادلة. فيجب أن تكون الجهة التي تنظر في الدعوى المقامة ضد المتهم محكمة مختصة مستقلة ومحيدة ومنشأة وفقاً للقانون (العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/١)). في هذا

على سلطة التحقيق أو المحكمة ممارسة أي ضغط نفسي أو جسدي على المتهم لحمله على الاعتراف. فقد جاء في المادة (٢) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه "يحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً، أو معنوياً، كما يحظر تعريضه للتعذيب، أو المعاملة المهينة للكرامة". كما نصت المادة (١٠٢) من النظام نفسه على أنه "يجب أن يتم الاستجواب في حال لا تأثير فيها على إرادة المتهم في إبداء أقواله، ولا يجوز تخليفه ولا استعمال وسائل الإكراه ضده".

وإن كان المنظم السعودي لم ينص صراحة على حق المتهم في التزام الصمت، وهو قصور تنظيمي يجب تصحيحه، إلا أن حظر ممارسة أي ضغوط نفسية أو جسدية على المتهم لحمله على الكلام يعني -بمفهوم المخالفة- أن للمتهم الحق في التزام الصمت خلال فترة سير الدعوى الجنائية. وإذا رفض المتهم الإجابة عن أسئلة سلطة التحقيق أو المحكمة فإن صمته لا يمكن اعتباره أساساً وحيداً لإدانته أو دليلاً معضداً حين يكون هناك أدلة ظرفية، ولكن لا تلبى معايير إثبات التهمة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن المتهم غير مجبر على تقديم أدلة تثبت براءته في المقام الأول؛ فبراءة المتهم -كما تقدم ذكره- ثابتة بيقين ولا تحتاج إلى مزيد من الإثبات (الفضلي، ١٤٠٦؛ مطلوب، ١٤٠٦؛ تاج الدين، ١٤٢٥؛ غوث، ١٤٢٥؛ الشيباني، ١٤٢٧). وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣/١٠٢) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية التي جاء فيها "إذا التزم المتهم

رئيسيتين هما القضاء العام—أو ما كان يعرف في ظل نظام القضاء القديم لعام ١٣٩٥هـ بالقضاء الشرعي^(١٣) — وديوان المظالم.^(١٤)

الفصل سوف يتم تناول المتطلبات الواجب توافرها في الجهة التي تقوم بالنظر في الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم في ثلاثة مباحث منفصلة على النحو الآتي:

المبحث الأول: محكمة مختصة منشأة وفقاً للقانون

لا يمكن أن يكيف ناظر القضية في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان على أنه محكمة إلا إذا كان يمتلك سلطة تقرير جميع المسائل المتعلقة بالقضية، وكان القانون يحظر نقض الأحكام الصادرة عنه ويضمن تنفيذها متى اكتسبت الصفة النهائية (*Van de Hurk v. The Netherlands* (1994); *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden* (2002); *Ryabykh v. Russia* (2005); *Assanidze v. Georgia* (2004)). وحتى تعد المحكمة مختصة ومنشأة وفقاً للقانون في نظر القانون الدولي لحقوق الإنسان فيجب أن ينص القانون على تشكيلة المحكمة التي تنظر في الدعوى المقامة ضد المتهم واختصاصاتها، وأن تكون هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى وفقاً لأحكام القانون (*Posokhov v. Russia* (2004)).

استناداً إلى المادة (٤٩) من النظام الأساسي للحكم والتي جاء فيها "مع مراعاة ما ورد في المادة الثالثة والخمسين من هذا النظام لوالتي تنص على أن "يبين النظام ترتيب ديوان المظالم واختصاصاته" تختص المحاكم في الفصل في جميع المنازعات والجرائم"، فإنه يمكن القول إن المحاكم في المملكة هي الجهة المختصة بالفصل في جميع الدعاوى الجنائية. ويظهر أيضاً من نص المادة (٤٩) من النظام الأساسي للحكم أن القضاء في المملكة العربية السعودية مقصور على جهتين

(١٣) مع أن هذه التسمية نصت عليها المادة (٥) من نظام القضاء القديم لعام ١٣٩٥هـ، إلا أنني أرى أن هذه التسمية لم تكن موفقة نظراً لكون تسمية القضاء العام "بالشرعي" تعني—بمفهوم المخالفة— أن جهات القضاء الأخرى التي أقرها النظام غير شرعية أو مخالفة للشرع وهذا مخالف للواقع حيث أن المملكة العربية السعودية تخضع لأحكام الكتاب والسنة في جميع تنظيماتها وفقاً للمادة (٧) من النظام الأساسي للحكم. وغني عن القول إن إيجاد جهة قضاء غير شرعي مناف لأحكام القرآن والسنة، وللنهج الحميد الذي سارت عليه هذه البلاد منذ توحيدها على يد—المغفور له بإذن الله—الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن آل سعود. لهذا فقد أحسن نظام القضاء الجديد لعام ١٤٢٨هـ صنفاً عندما استعاض عن وصفه بالشرعي بوصفه بالعام نظراً لأنه صاحب الولاية العامة بالنظر في جميع القضايا باستثناء تلك القضايا التي يختص بالنظر فيها ديوان المظالم وفقاً لنظامه، عندما ذكر في المادة (١١) من النظام "تتولى المحكمة العليا—بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية—مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام".

(١٤) وإن كان هناك جهة قضاء ثالثة درج على تسميتها باللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي والتي تم إنشاؤها بشكل مؤقت ريثما تسنح الفرصة لإحالة اختصاصاتها لمحاكم القضاء العام. لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بهذه اللجان والأسباب التي دعت إلى إنشائها، انظر (جيرة، ١٤٠٩؛ الدريب، ١٤١٩؛ القاسم، ٢٠٠٣؛ المرزوقي، ١٤٢٥).

=وعلى ذلك نصت صراحة المادة (١) من نظام ديوان المظالم القديم لعام ١٤٠٢هـ التي جاء فيها "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة ترتبط مباشرة بجلالة الملك"؛ وعلى ذلك أيضاً نصت المادة (١) من نظام ديوان المظالم الجديد لعام ١٤٢٨هـ، التي جاء فيها "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره مدينة الرياض". لكن ديوان المظالم كان يختص -على سبيل الاستثناء- وفقاً لنظامه القديم (المادة (١/٨ و)) بالنظر في بعض الجرائم الجنائية والتي تشمل الدعاوى الجنائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب جرائم التزوير المنصوص عليها نظاماً، والجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة، والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم (٤٣) وتاريخ ١١/٢٩/١٣٧٧هـ، والجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الأموال العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧٧) وتاريخ ١٠/٢٣/١٣٩٥هـ. إضافة إلى ذلك فإن الديوان كان يختص بالنظر في الدعاوى الجنائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب الجرائم والمخالفات المنصوص عليها في الأنظمة إذا صدر أمر عن رئيس مجلس الوزراء إلى الديوان بنظرها. لكن نظراً لأن ديوان المظالم يعد في الأصل جهة قضاء إداري -كما أشير إليه سابقاً- فإن اختصاص الديوان بالنظر في الدعاوى الجنائية التي نص عليها نظامه السابق -كما ذكرت المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم السابق- كان مؤقتاً إلى حين عمل الترتيبات اللازمة لقيام محاكم القضاء العام -صاحبة الاختصاص العام بالنظر في جميع الجرائم إلا ما استثني بنص نظامي خاص، على التفصيل السابق بيانه- بالفصل في تلك القضايا وهو ما تم القيام به من خلال التنظيم القضائي الجديد. وقد جاء في القسم الأول/سادساً الفقرة رقم (٦) من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم لعام ١٤٢٨هـ ما نصه:

تسلخ الدوائر الجزائية التابعة لديوان المظالم بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم إلى المحاكم الجزائية. وتسلخ كذلك دوائر التدقيق الجزائي بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم إلى =

إضافة إلى المادة (٤٩) من النظام الأساسي للحكم التي أضفت الولاية العامة للنظر في جميع المنازعات والجرائم للقضاء العام -باستثناء الدعاوى التي يختص بنظرها ديوان المظالم طبقاً للمادة (٥٣) من النظام الأساسي للحكم- كما تمت الإشارة إليها سابقاً، فإن المادة (٢٦) من نظام القضاء لعام ١٤٢٨هـ نصت كذلك على أنه "دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم، تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا، وفق قواعد اختصاص المحاكم المبينة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية". وتأسيساً على ذلك، فإنه يمكن القول إن اختصاص محاكم القضاء العام يتحدد بطريق الاستبعاد، فكل قضية لا تدخل في اختصاص ديوان المظالم، تدخل بالضرورة ضمن اختصاصات محاكم القضاء العام. مع أن نظام ديوان المظالم القديم الذي تم إلغاؤه مؤخراً بصدر نظام ديوان المظالم الجديد في عام ١٤٢٨هـ كان ينص على سبيل الاستثناء باختصاص الديوان بالنظر في الدعاوى الجنائية المتعلقة ببعض الجرائم، إلا أن نظام ديوان المظالم الجديد لم يوعز إلى الديوان بالنظر في الدعاوى الجنائية بتاتاً وجعل اختصاصاته مقتصرة على الدعاوى الإدارية لتتوافق اختصاصات الديوان مع طبيعته بصفته جهة قضاء إداري.^(١٥) وحيث إن محاكم

(١٥) يعد ديوان المظالم في الأصل محكمة إدارية، فهو صاحب الاختصاص العام بالنظر في جميع الدعاوى الإدارية، أي تلك التي تكون الإدارة الحكومية بصفتها جهة ذات سيادة طرفاً فيها =

القضاء، المادة (٢٠)؛ آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم، القسم الأول/سادساً):
أ) دوائر تختص بالنظر في قضايا القصاص والحدود.

ب) دوائر تختص بالنظر في القضايا التعزيرية.
دوائر تختص بالنظر في قضايا الأحداث.
وتشكل كل دائرة من ثلاثة قضاة، باستثناء القضايا التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء ليتم النظر فيها من قبل قاض فرد. ويدخل ضمن اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية، إلا إذا نص النظام على خلاف ذلك، الفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية المرفوعة أمامها (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٣٣)). ويعد الحكم الصادر عن المحكمة المختصة فاصلاً في موضوع الدعوى الجزائية ولا يجوز إعادة النظر فيه إلا بالطرق المنصوص عليها نظاماً (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢١٤)). كما أنه يجب تنفيذ الحكم الصادر في موضوع الدعوى الجزائية متى اكتسب الصفة النهائية (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢١٥)). والأحكام النهائية وفقاً للمادة (٢١٣) من نظام الإجراءات الجزائية هي "الأحكام المكتسبة للقطعية بقناعة المحكوم عليه، أو تصديق الحكم من محكمة التمييز [محكمة الاستئناف]، أو مجلس القضاء الأعلى [المحكمة العليا]".

٢/ محكمة الاستئناف

نص نظام القضاء على أن ينشأ في كل منطقة محكمة استئناف أو أكثر، وتباشر أعمالها من خلال

القضاء العام وفقاً للتنظيم القضائي الجديد تعد صاحبة الاختصاص العام والحصري بالنظر في الدعاوى الجنائية، فسقتصر الحديث هنا على الاختصاصات الجنائية لمحاكم القضاء العام وتشكيلاتها.

يتكون القضاء العام وفقاً لنظام القضاء الجديد من محاكم الدرجة الأولى والتي تشمل المحاكم العامة، والمحاكم الجزائية، ومحاكم الأحوال الشخصية، والمحاكم التجارية والمحاكم العمالية، ومحكمة الاستئناف التي تعد محكمة الدرجة الثانية، والمحكمة العليا التي تمثل ما يعرف بمحكمة النقض في الأنظمة المقارنة بالإضافة إلى كونها آخر درجة من درجات المراجعة القضائية للأحكام الجنائية التي تتضمن عقوبات أتلافية (نظام القضاء، المادة (٩)). فيما يلي سوف يتم استعراض الاختصاصات الجنائية لهذه الأجهزة القضائية وتشكيلاتها على النحو الآتي:

١/ المحكمة الجزائية

تختص المحكمة الجزائية بالنظر في جميع الدعاوى الجزائية، وتتألف من دوائر متخصصة ينظر كل منها في نوع معين من القضايا الجزائية على النحو الآتي (نظام

=محاكم الاستئناف، ويكون ذلك بعد تهيئة مقار تلك المحاكم، ومباشرتها اختصاصاتها، على أن يستمروا بالعمل في تلك المحاكم مدة لا تقل عن خمس سنوات وبالتخصص نفسه المنقولين منه ولا يمنع ذلك من تكليفهم إكمال النصاب في دوائر أخرى.

لمزيد من التفصيل فيما يتعلق ببعض الجرائم التي كان ديوان المظالم يختص بالنظر فيها وفقاً لنظامه القديم، انظر (الشاذلي، ١٤١٠).

نظام القضاء،^(١٦) تباشر المحكمة العليا اختصاصاتها من خلال دوائر متخصصة بحسب الحاجة، تؤلف كل منها من ثلاثة قضاة باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في الأحكام الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها، فإنها تؤلف من خمسة قضاة، ويتم تسمية أعضاء الدوائر ورؤسائها بموجب قرار من المجلس الأعلى للقضاء بناء على اقتراح رئيس المحكمة العليا (نظام القضاء، المادة (٤/١٠)).

إضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية، تتولى المحكمة العليا مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام، وذلك في الاختصاصات الآتية (نظام القضاء، المادة (١١)):

- (١٦) نصت المادة (١٣) من نظام القضاء على الآتي:
 - ١- يكون للمحكمة العليا هيئة عامة برئاسة رئيس المحكمة وعضوية جميع قضاتها.
 - ٢- تتولى الهيئة العامة للمحكمة العليا ما يلي:
 - أ) تقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء.
 - ب) النظر في المسائل التي ينص هذا النظام -أو غيره من الأنظمة- على نظرها من الهيئة العامة.
 - ٣- لا يكون انعقاد الهيئة العامة نظامياً إلا إذا حضره ثلثا أعضائها على الأقل بمن فيهم الرئيس أو من ينوب عنه.
 - ٤- تصدر قرارات الهيئة العامة بالأغلبية للأعضاء الحاضرين، فإن تساوت الآراء يرجح الجانب الذي صوت معه رئيس الجلسة، وتعد قراراتها نهائية.

دوائر متخصصة تشمل الدوائر الحقوقية، والدوائر الجزائية، ودوائر الأحوال الشخصية، والدوائر التجارية، والدوائر العمالية (نظام القضاء، المواد (١٥، ١٦)). تنعقد الدوائر الجزائية في محكمة الاستئناف من خمسة قضاة لنظر الأحكام الصادرة بالقتل، أو الرجم، أو القطع، أو القصاص في النفس أو فيما دونها، ويكون انعقادها من ثلاثة قضاة فيما عدا ذلك. تشكل محاكم الاستئناف من قضاة لا تقل درجتهم عن درجة قاضي استئناف (نظام القضاء، المادة (١٥)). تختص محاكم الاستئناف بالنظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم، وفق الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية (نظام القضاء، المادة (١٧)).

٣/ المحكمة العليا

تعد المحكمة العليا أعلى جهة تقاضي ضمن هيكل القضاء العام ومقرها الرياض (نظام القضاء، المادة (١/١٠)). تتألف المحكمة العليا من رئيس المحكمة العليا الذي تتم تسميته بأمر ملكي، وتكون درجته بمرتبة وزير ولا تنهى خدمته إلا بأمر ملكي، ويشترط أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة لشغل درجة رئيس محكمة استئناف وعدد كاف من القضاة بدرجة رئيس محكمة استئناف، وتكون تسميتهم بأمر ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء، المادة (١٠/٢-٣)). باستثناء ما نصت عليه المادة (١٣) من

وحظرت نقض أحكامها وأوجبت تنفيذها متى اكتسبت الصفة النهائية، وحددت بنص القانون تشكيل هذه المحاكم واختصاصاتها.

المبحث الثاني: استقلالية المحكمة

المقصود باستقلالية المحكمة وفقاً لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان هو وجوب استقلال المحكمة عن أجهزة الدولة الأخرى التنفيذية والتشريعية، وما يقتضيه ذلك من وجوب توفير الضمانات اللازمة التي تكفل للمحكمة عدم تعرضها عند أدائها لمهامها الوظيفية لأي مؤثرات أو تدخلات أو ضغوط -مباشرة أو غير مباشرة- من قبل أجهزة الدولة الأخرى وتمكنها من إصدار قراراتها في الدعوى المنظورة أمامها بناء على وقائع القضية ووفقاً للقانون (التعليق العام رقم (٣٢)؛ مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية ١٩٨٥؛ *Campbell and Fell v. UK* (1985); *Findlay v. United Kingdom* (1997)).

وقد أرسى النظام الأساسي للحكم في المادة (٤٦) منه مبدأ استقلالية القضاء حيث جاء فيها ما نصه: "القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية". وقد أكدت المادة (١) من نظام القضاء هذا المبدأ أيضاً؛ حيث جاء فيها ما نصه: "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء". ومن أجل تدعيم هذا المبدأ فقد أوكل نظام القضاء للمجلس

١- مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها.

٢- مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، المتعلقة بقضايا لم ترد في الفقرة السابقة أو بمسائل نهائية ونحوها، وذلك دون أن تتناول وقائع القضايا، متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي:

(أ) مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.

(ب) صدور الحكم من محكمة غير مشكولة تشكيلة سليماً طبقاً لما نص عليه في هذا النظام وغيره من الأنظمة.

(ج) صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.

(د) الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم.

ويتضح من استعراضنا لمتطلب أن تكون الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم "محكمة مختصة منشأة وفقاً للقانون"، أن الأنظمة العدلية تلبي هذا الشرط، فقد عهدت إلى المحاكم فقط سلطة الفصل في الدعاوى الجنائية، وقررت لها صلاحيات الفصل في جميع الأمور المتعلقة بالدعوى،

ويتألف المجلس الأعلى للقضاء وفقاً للمادة (٥) من نظام القضاء من رئيس يسمى بأمر ملكي وعشرة أعضاء على النحو الآتي:

أ / رئيس المحكمة العليا.

ب / أربعة قضاة متفرغين بدرجة رئيس محكمة استئناف يسمون بأمر ملكي.

ج / وكيل وزارة العدل.

د / رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام.

هـ / ثلاثة أعضاء يتوافر فيهم ما يشترط في قاضي استئناف يسمون بأمر ملكي.

وتكون مدة رئيس المجلس والأعضاء المنصوص عليهم في الفقرتين (ب) و (هـ) أربع سنوات قابلة للتجديد.

ويؤخذ على النظام في هذا السياق - وهو مأخذ جدي - أنه أدخل في تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وهي الجهة التي أوكل إليها النظام الإشراف على شؤون القضاة بما يضمن استقلالهم أشخاص من خارج السلطة القضائية ولا يتمتعون بالضمانات القضائية التي تكفل لهم الاستقلالية في أداء مهامهم الوظيفية. وإن كان نظام القضاء قد حرص على ضمان أن يكون نصف أعضاء المجلس الأعلى للقضاء مشكلاً من القضاة إلا أنه أدخل في تشكيلته ممثلي للسلطة التنفيذية، وأشخاص آخرون من خارج الجهاز القضائي. فوكيل وزارة العدل ورئيس هيئة التحقيق

ك / رفع ما يراه من المقترحات ذات الصلة بالاختصاصات المقررة له.

الأعلى للقضاء المهام التي تكفل استقلالية القضاء حيث جاء في المادة (٦/أ) منه أن للمجلس الأعلى للقضاء تولي "النظر في شؤون القضاة الوظيفية من تعيين وترقية وتأديب وندب وإعارة وتدريب ونقل وإجازة وإنهاء خدمة وغير ذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة وذلك بما يضمن استقلال القضاة".^(١٧)

(١٧) كما يتولى المجلس الأعلى للقضاء وفقاً للمادة (٦) من نظام القضاء بالإضافة إلى الاختصاص المذكور الاختصاصات الآتية:

ب / إصدار اللوائح المتعلقة بشؤون القضاة الوظيفية بعد موافقة الملك عليها.

ج / إصدار لائحة للتنشيط القضائي.

د / إنشاء محاكم وفق الأسماء المنصوص عليها في المادة التاسعة من هذا النظام أو دمجها أو إلغاؤها وتحديد اختصاصها المكاني والنوعي بما لا يتعارض مع حكم المادة الخامسة والعشرين من هذا النظام وتأليف الدوائر فيها.

هـ / الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم في الحدود المبينة في هذا النظام.

و / تسمية رؤساء محاكم الاستئناف ومساعدتهم من بين قضاة محاكم الاستئناف ورؤساء محاكم الدرجة الأولى ومساعدتهم.

ز / إصدار قواعد تنظم اختصاصات وصلاحيات رؤساء المحاكم ومساعدتهم.

ح / إصدار قواعد تبين طريقة اختيار القضاة وإجراءات وضوابط تفرغهم للدراسة.

ط / تنظيم أعمال الملازمين القضائيين.

ي / تحديد الأعمال القضائية النظرية المطلوبة لشغل الدرجات القضائية.

وتستهدف هذه القواعد حماية الشؤون الوظيفية والمعيشية للقضاة، وتعد في مجملها دعامة رئيسية من دعائم استقلال القاضي؛ حتى لا تستغل حاجة القاضي المادية أو المعنوية بشكل يقوض استقلاله (بكار، بدون سنة نشر). وتجدر الإشارة في البداية إلى أن النظام قد أفرد القضاة بسلم رواتب خاص بهم يكفل لهم سبل العيش الكريم ويعد هذا الكادر من حيث المزايا المادية من أفضل الكوادر الوظيفية في المملكة مقارنة بكوادر موظفي الدولة الآخرين (نظام القضاء، المادة (٤٨)).

فيما يتعلق بتعيين القضاة وترقيتهم، فقد نص نظام القضاء على أن تعيين القضاة وترقيتهم يتم بموجب أمر ملكي بناء على قرار من المجلس الأعلى للقضاء الذي عليه أن يبين فيه توافر الشروط النظامية في كل حالة على حدة (نظام القضاء، المادة (٤٧)). ويخضع تعيين القضاة لقواعد واضحة تضمن اختيار الأكفأ لمثل هذه الوظيفة المتناهية الأهمية، ومن ذلك أن يكون القاضي سعودي الجنسية بالأصل، حسن السيرة والسلوك، وألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، وأن يتمتع بالسن النظامية، وأن يكون حاصلاً على الشهادة العلمية المناسبة لتقلد منصب القاضي، وأن يتمتع بالأهلية الكاملة للقضاء حسب ما نص عليه شرعاً (نظام القضاء، المادة (٣١)).

والادعاء العام اللذان هما من أعضاء المجلس الأعلى للقضاء الذي يتولى الإشراف على جميع ما يتعلق بأمور القضاة بما يضمن استقلاليتهم هما أيضاً من أعضاء السلطة التنفيذية الذي أنشئ المجلس من أجل ضمان استقلالية القضاء منه، وفي هذا تناقض غريب بين تشكيلة المجلس ومهمته. كما أن الأعضاء الثلاثة المنصوص عليهم في الفقرة (هـ) وإن كان يجب أن تتوافر فيهم المتطلبات الواجب توافرها في قاضي استئناف^(١٨) إلا أنهم لا يشترط أن يكونوا قضاة يتمتعون بالضمانات القضائية، وإمكانية استبدالهم كل أربع سنوات تضعف أيضاً من موقفهم في مواجهة السلطة التنفيذية. ولا شك أن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء الحالية تضعف من استقلالية المجلس والسلطة القضائية بالتبعية؛ وهو ما يستدعي القول بوجوب تعديل تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء لتقتصر على القضاة الذين يتمتعون بالضمانات القضائية بالشكل الذي يكفل لهم استقلاليتهم عن سلطات الدولة الأخرى عند أدائهم واجباتهم الوظيفية.

وقد تضمن نظام القضاء مجموعة من القواعد التي تنظم كيفية تعيين القضاة، وترقيتهم، ونقلهم، وندبهم، وإعارتهم، وتأديبهم، وإنهاء خدمتهم.

(١٨) وقد جاء في المادة (٤١) من نظام القضاء ما نصه: "يشترط فيمن يشغل درجة قاضي استئناف أن يكون قد قضى سنتين على الأقل في درجة رئيس محكمة /أ/ أو اشتغل بأعمال قضائية نظرية لمدة تسع عشرة سنة على الأقل أو قام بتدريس الفقه أو أصوله في إحدى الكليات بالمملكة لمدة تسع عشرة سنة على الأقل".

القضاة بإجازاتهم وفقاً للنظام بموجب ترخيص من قبل رئيس المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء، المادة (٥٠)).

ولن يتمتع القاضي بالاستقلالية فعلياً إلا إذا ضمن عدم عزله من منصبه لأنه قام بتبني ما يرى أنه الحكم العادل في القضية بغض النظر عما تراه سلطات الدولة الأخرى؛ ولذلك فقد حظر النظام عزل القضاة، فيما عدا الملازم القضائي ومن يعين ابتداءً تحت التجربة، إلا في الأحوال المبينة في النظام (نظام القضاء، المواد (٢، ٤٦))، والتي تشمل الحالات الآتية: عجزه عن مباشرة عمله بعد انقضاء الإجازة المرضية أو أن يظهر في أى وقت أنه لا يستطيع لمرضه القيام بوظيفته على الوجه اللائق، حصوله على تقدير أقل من المتوسط في تقرير الكفاية ثلاث مرات متتالية، أو صدور حكم تأديبي يقضي بإنهاء خدمته (نظام القضاء، المادة (٦٩)). ولا يجوز عزل القاضي في الحالات المذكورة إلا بموجب أمر ملكي بناء على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء، المادة (٧٠)).

أما فيما يتعلق بإجراءات التفتيش على أعمال القضاة وتأديبهم (والتي قد تؤدي إلى عزل القاضي) فقد أفرد لها النظام قواعد خاصة بها تضمن عدم استغلالها كذريعة للتأثير في القاضي أو الضغط عليه عند إصداره لحكمه. فيتولى التفتيش على أعمال القضاة إدارة تؤلف من قبل المجلس الأعلى للقضاء وتتشكل من رئيس ومساعد وعدد كاف من القضاة

أما فيما يتعلق بترقية القضاة، فقد أولاها النظام عناية خاصة تضمن عدم خوف القاضي من تأثير وضعه الوظيفي (والمادي بالتبعية)، نتيجة تبنيه ما يرى أنه الحكم العادل في الدعوى المنظورة أمامه. فنص النظام عند تقرير الأحق بالترقية على وجوب مراعاة الأقدمية المطلقة وعند التساوي فيأخذ بتقارير الكفاية وفي حالة التساوي أو عدم وجود تقارير كفاية فيقدم الأكبر سناً. ولضمان كفاءة من تتم ترقيتهم لتولي المناصب القضائية العليا فقد نص النظام على ألا يرقى من القضاء إلا من قد جرى التفتيش عليه مرتين على الأقل في الدرجة المراد الترقية منها وحصل في التقريرين الأخيرين السابقين على الترقية درجة كفاية لا تقل عن المتوسط (نظام القضاء، المادة (٤٧)).

أما فيما يتعلق بنقل القضاة وندبهم داخل السلك القضائي، فإنه لا يجوز القيام بأي من ذلك إلا بموجب قرار من المجلس الأعلى للقضاء. كما أنه لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو ندبهم أو إعارتهم خارج السلك القضائي إلا بأمر ملكي بناء على قرار من المجلس الأعلى للقضاء تحدد فيه المكافأة المستحقة للقاضي المنسوب أو المعار وتكون مدة الندب أو الإعارة سنة واحدة قابلة للتجديد لسنة أخرى. على أنه يجوز لرئيس المجلس الأعلى للقضاء في الحالات الاستثنائية أن يندب أحد أعضاء السلك القضائي داخل السلك أو خارجه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في العام الواحد (نظام القضاء، المادة (٤٩)). ويتمتع

أن يقدم اعتراضه على ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بذلك ما لم يوجد عذر مقبول (نظام القضاء، المادة (١/٥٧)). في حال اعتراض القاضي على تقرير الكفاية فإنه يجب على إدارة التفتيش القضائي إحالة الاعتراض إلى المجلس الأعلى للقضاء، مشفوعاً به رأياً خلال مدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الاعتراض (نظام القضاء، المادة (٢/٥٧)). بعد استلامه للاعتراض، يقوم المجلس الأعلى للقضاء بالاطلاع عليه والفصل فيه بقرار نهائي غير قابل للطعن أو الاعتراض ويجب تبليغ القاضي المعارض بقرار المجلس كتابة (نظام القضاء، المادة (٣/٥٧)).

فيما يتعلق بتأديب القضاة، فقد أعطى النظام لرئيس المحكمة، مع عدم الإخلال بما للقضاء من حياد واستقلالية ولما للمجلس الأعلى للقضاء من حق الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم، الحق في الإشراف على قضاة المحكمة التابعة له وتبنيهم إلى ما يقع منهم من مخالفات لواجبات أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم. وقد يكون التنبيه شفويًا أو كتابيًا، وإذا كان كتابيًا فيجب أن يزود المجلس الأعلى للقضاء بصورة منه. ويجوز للقاضي الاعتراض على التنبيه أمام المجلس الأعلى للقضاء كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه بالتنبيه، وإذا تكررت منه المخالفة أو استمرت تتم محاكمته تأديبياً (نظام القضاء، المادة (٥٨)).

المتفرغين يختارهم المجلس من بين قضاة محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى (نظام القضاء، المادة (١/٥٥)). وتتولى إدارة التفتيش القضائي التفتيش على أعمال قضاة محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى بهدف جمع البيانات التي تؤدي إلى معرفة مدى كفايتهم وحرصهم على أداء واجباتهم الوظيفية، والتحقيق في الشكاوى التي يقدمها القضاة أو تقدم ضدهم في المسائل المتعلقة بأعمالهم بعد إحالتها إليها من قبل المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء، المادة (٢/٥٥-أ-ب)). يتولى التفتيش والتحقيق في المسائل المشار إليها عضو قضائي درجته أعلى من درجة القاضي المفتش عليه أو المحقق معه أو سابق له في الأقدمية إن كانا في درجة واحدة (نظام القضاء، المادة (٢/٥٥)).

يتم التفتيش على أعضاء السلك القضائي أو التحقيق معهم في إدارة التفتيش القضائي أو بالانتقال إلى المحكمة بناء على ما يقرره رئيس المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء، المادة (٢/٥٥)). يجب إجراء التفتيش على عضو السلك القضائي مرة على الأقل أو مرتين على الأكثر في السنة (نظام القضاء، المادة (٣/٥٥))، ويكون تقدير كفاية القاضي بإحدى الدرجات الآتية: متميز، فوق المتوسط، متوسط، أقل من المتوسط (نظام القضاء، المادة (٥٦)). كما أنه يجب على إدارة التفتيش القضائي تبليغ القاضي بالتقرير وتقدير كفايته وكل ما يودع في ملفه، وللقاضي المعني

عن مزاوله أعمال وظيفته حتى تنتهي المحاكمة التأديبية ، ويجوز لها إعادة النظر في أمر الوقف في أي وقت (نظام القضاء ، المادة (٦٢)). جلسات المحاكمة التأديبية تكون سرية ، وتحكم دائرة التأديب في الدعوى التأديبية بعد سماع دفاع القاضي المرفوعة عليه الدعوى شفويًا أو كتابيًا ، ويجوز له أن ينيب عنه أحد رجال القضاء للدفاع عنه ؛ إلا أن لدائرة التأديب الحق في أن تطلب حضور القاضي المرفوعة عليه الدعوى التأديبية شخصياً ، وفي حال تخلفه وعدم إنابته أحداً للدفاع عنه يجوز لدائرة التأديب الحكم في الدعوى في غيبته بعد التحقق من صحة تبليغه (نظام القضاء ، المادة (٦٤)).

يجب أن يشتمل كل حكم صادر في الدعوى التأديبية على الأسباب المبني عليها وأن تتلى أسبابه في جلسة سرية ، ويكون الحكم غير قابل للطعن (نظام القضاء ، المادة (٦٥)). إذا اقتنعت الدائرة التأديبية بارتكاب القاضي المرفوعة الدعوى التأديبية عليه المخالفة التأديبية المدعاة فيمكنها إيقاع أحد العقوبتين عليه : اللوم أو إنهاء الخدمة (نظام القضاء ، المادة (٦٦)). كما أن الدعوى التأديبية تنتهي -دون التأثير على الدعوى الجزائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة نفسها- في حال قام القاضي المرفوعة الدعوى التأديبية عليه بتقديم استقالته (نظام القضاء ، المادة (٦٣)). يصدر أمر ملكي بتنفيذ عقوبة إنهاء الخدمة ، ويصدر أمر من المجلس الأعلى للقضاء بتنفيذ عقوبة اللوم (نظام القضاء ، المادة (٦٧)).

يتولى تأديب القضاة دائرة تشكل في المجلس الأعلى للقضاء من ثلاثة من أعضاء المجلس المتفرغين وتصدر قراراتها بالأغلبية ولا تصبح قراراتها نهائية إلا بعد أن يوافق عليها المجلس الذي تصدر قراراته بالأغلبية (نظام القضاء ، المواد (٧ ، ٥٩)). يتولى رئيس إدارة التفتيش القضائي أو من ينيبه رفع الدعوى التأديبية أمام دائرة التأديب بطلب من رئيس المجلس الأعلى للقضاء أما من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي (نظام القضاء ، المادة (٦٠)). لا يقدم طلب رفع الدعوى التأديبية ضد القاضي إلا بعد تحقيق جزائي أو إداري يجريه معه أحد القضاة بشرط ألا تقل درجته عن قاضي استئناف يندبه رئيس المجلس الأعلى للقضاء (نظام القضاء ، المادة (٦٠)).

لدائرة التأديب بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء القيام بالتحقيقات التي تراها ولها أن تكلف أحد أعضائها للقيام بذلك (نظام القضاء ، المادة (٦٠)). إذا رفعت الدعوى أمام دائرة التأديب ، ورأت الدائرة وجهاً للسير في إجراءات الدعوى في جميع المخالفات أو بعضها ، فيجب عليها تكليف القاضي بالحضور أمامها في موعد مناسب ويجب أن يشتمل أمر التكليف بالحضور على بيان كافٍ بموضوع الدعوى وأدلة المخالفة (نظام القضاء ، المادة (٦١)). إذا قررت دائرة التأديب السير في إجراءات الدعوى ، جاز لها بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء أن تأمر بوقف القاضي

المبحث الثالث: حيادية المحكمة

المقصود بالحيادية في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان هو استقلال المحكمة عن الخصوم في القضية، وما يقتضيه ذلك من وجوب منع القاضي من النظر في الدعوى متى كانت هناك أسباب تدعو للشك في تحيز القاضي مع أو ضد أحد أطراف الدعوى (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Findlay v. United Kingdom* (1997); *Sigurdsson v. Iceland* (2005)).

وإن كانت الأنظمة العدلية لم تنص صراحة على الحيادية كشرط من شروط صلاحية القاضي لنظر الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم، وهو قصور تنظيمي يستوجب تلافيه، إلا أنه مما يخفف من وطأة هذا القصور التنظيمي هو تضمن الأنظمة العدلية نصوصاً تستهدف ضمان عدم تحيز القاضي ضد أحد أطراف الدعوى. فقد حظر نظام القضاء على القاضي الجمع بين وظيفته وبين مزاولة التجارة أو وظيفة أو عمل آخر من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال باستقلاله أو حيادته (نظام القضاء، المادة (٥١)). وضماناً لحياد القاضي، فقد حظر النظام على القاضي -إلا إذا وقعت الجريمة عليه خلال انعقاد جلسات المحاكمة- النظر في الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٤٧)). لكن حظر القاضي من النظر في الدعوى لا يقتصر فقط على الدعاوى المرتبطة بجريمة قد وقعت عليه شخصياً، بل يمتد ليشمل

تجدد الإشارة أخيراً إلى أن القضاة في المملكة يتمتعون بحصانة قضائية، تكفل التعامل معهم في حال اتهامهم بارتكاب جريمة جنائية بطريقة تناسب مع مقتضيات تمتعهم بالاستقلالية. فلا يجوز القبض على القاضي أو توقيفه -في غير حالات التلبس- أو اتخاذ أي من إجراءات التحقيق ضده أو رفع الدعوى الجزائية ضده إلا بإذن من المجلس الأعلى للقضاء، كما أنه يجب أن يتم توقيف القضاة وتنفيذ العقوبات المقيدة لحريتهم في أماكن مستقلة عن باقي الموقوفين والمساجين. أما في حالات التلبس،^(١٩) فإنه يجوز القبض على القاضي وتوقيفه، ولكن يجب أن يرفع أمره إلى المجلس الأعلى للقضاء خلال أربعة وعشرين ساعة من القبض عليه. وللمجلس تقرير استمرار توقيف القاضي ومدة توقيفه أو الإفراج عنه بكفالة أو بغير كفالة، كما أن للقاضي الحق في طلب سماع أقواله أمام المجلس عند عرض الأمر عليه (نظام القضاء، المادة (٦٨)).

(١٩) نص نظام الإجراءات الجزائية على حالات التلبس على سبيل الحصر في المادة (٣٠) منه والتي جاء فيها "تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها، أو عقب ارتكابها بوقت قريب. وتعد الجريمة متلبساً بها إذا تبع المجني عليه شخصاً، أو تبعته العامة مع الصباح إثر وقوعها، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات، أو أسلحة، أو أمتعة، أو أدوات، أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك". لمزيد من التفصيل حول حالات التلبس في ظل نظام الإجراءات الجزائية، انظر (الحرقان، ٢٠٠٩م (ب)).

من قبل قاضٍ آخر (نظام المرافعات الشرعية، المادة (٩١)؛ اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (٥/٩١)). ويعد القاضي ممنوعاً من النظر في الدعوى الجنائية والحكم فيها وفقاً للمادة (٩٠) من نظام المرافعات الشرعية في الحالات الآتية:

(أ) إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة.

(ب) إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

(ج) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قيماً عليه، أو مظنونة وراثته له، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.

(د) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه، مصلحة في الدعوى القائمة.

(هـ) إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها.

أما أسباب الرد التي تكون فيها مظنة تحيز القاضي أضعف وإن كانت الشبهة -رغم ضعفها- قائمة، فإنها لا تمنع القاضي من النظر في الدعوى والحكم فيها بقوة القانون. فالمقصود برد القاضي هنا هو

جميع الدعاوى التي توجد فيها أسباب قد تؤثر في حياديته عند نظره في الدعوى.

وإن كان نظام الإجراءات الجزائية لم ينص على أسباب حظر القضاة من نظر الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم، إلا أنه أحال في هذا الشأن إلى الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية.^(٢٠) وقد قسم نظام المرافعات الشرعية أسباب حظر القاضي من النظر في الدعوى إلى طائفتين: (١) أسباب منع (٢) أسباب رد.

ومع أن القاسم المشترك بين كلتا الطائفتين أنهما يتضمنان أسباباً قد تؤثر في حيادية القاضي، إلا أن هناك farkاً كميّاً بينهما، فمظنة التحيز في أسباب المنع أقوى وأكبر منها في أسباب الرد (عوض، بدون سنة نشر). ولذلك فقد فرق المنظم بينهما من حيث درجة الحظر. فإذا قام سبب من أسباب المنع، فإن القاضي يكون ممنوعاً من نظر الدعوى بقوة النظام؛ وفي حال قام القاضي بالنظر أو الحكم في الدعوى -ولو لم يتم بأي عمل يظهر تحيزه- فإن عمله وحكمه يقع باطلاً ولو تم باتفاق الخصوم، وإذا وقع هذا البطلان في حكم مؤيد من محكمة التمييز جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم والأمر بإعادة النظر في القضية من جديد

(٢٠) فقد جاء في المادة (١٤٧) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه "مع مراعاة أحكام الفصل الثالث الخاص بحفظ النظام في الجلسة تطبق في شأن تنحي القضاة وردهم عن الحكم الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية، كما يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه في غير أوقات انعقاد الجلسات".

زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده.

(د) إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

(هـ) إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم دون تحيز.

الفصل الثالث: الضمانات الخاصة بالمحاكمة

وفقاً لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان فإن حق المتهم في محاكمة عادلة يقتضي أن تتم محاكمة المتهم بشكل علني ودون تأخير لا مبرر له. في هذا الفصل سوف يتم تناول الضمانات الخاصة بالمحاكمة في مبحثين منفصلين على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحق في محاكمة علنية

يكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في محاكمة علنية (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/١)). ويقتضي حق المتهم في محاكمة علنية تمكين من يشاء من الجمهور أو ممثلي الصحافة حضور جلسات المحاكمة وما يقتضيه ذلك من وجوب الإعلان المسبق عن موعد ومكان انعقاد جلسات المحاكمة وتوفير الأماكن الملائمة لاستيعاب من يريد حضور جلساتها، وإن كان يجوز استثناء للقاضي جعل جلسات المحاكمة سرية، لدواعي الآداب العامة أو

"تنحي القاضي من تلقاء نفسه، أو تنحيته بناء على طلب الخصم عن نظر الدعوى والحكم فيها لسبب من أسباب الرد" (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، المادة (١/٩٢)). فإذا اتفق الخصوم على نظر القاضي في الدعوى أو استمراره في نظرها مع علمهم بقيام سبب من أسباب الرد، سقط حق الخصوم في طلب رد القاضي، وجاز له النظر والحكم فيها (اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، المادة (٣-٢/٩٢)). أما إذا قدم أحد الخصوم طلباً لرد القاضي عن النظر في الدعوى فيجب وقف إجراءات الدعوى حتى يفصل في طلب الرد من قبل مرجع القاضي (رئيس المحكمة) (نظام المرافعات الشرعية، المواد (٩٣-٩٦))؛ اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، المواد (٩/٩٢، ١/٩٣)). يجوز رد القاضي عن نظر الدعوى وفقاً للمادة (٩٢) من نظام المرافعات الشرعية في الحالات الآتية:

(أ) إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها.

(ب) إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.

(ج) إذا كان لمطلقة التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع

وقد كفل نظام الإجراءات الجزائية للمتهم الحق في محاكمة علنية، حيث جاء في المادة (١٥٥) منه أن "جلسات المحاكم علنية، ويجوز للمحكمة -استثناء- أن تنظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسات سرية، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها؛ مراعاة للأمن، أو محافظة على الآداب العامة، أو إذا كان ذلك ضرورياً لظهور الحقيقة". وكما يتضح من نص المادة (١٥٥) فإن الأصل هو أن جلسات المحاكمة الجنائية علنية ويمكن لمن شاء أن يحضرها. إلا أنه يجوز استثناء للقاضي إغلاق جلسات المحاكمة ومنع غير أطراف القضية من حضورها مراعاة للأمن أو للمحافظة على الآداب العامة، أو إذا كان ذلك ضرورياً لظهور الحقيقة. كما أن المادة (٦١) من نظام المرافعات الشرعية نصت على أنه يجوز للقاضي إغلاق جلسات المحاكمة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم للمحافظة على النظام، أو مراعاة للآداب العامة، أو لحرمة الأسرة. إلا أنه يجب في كل الأحوال وفقاً للمادة (١٨٢) من نظام الإجراءات الجزائية أن يتلى الحكم في جلسة علنية وبحضور أطراف الدعوى وحضور كل القضاة الذين اشتركوا في الحكم ما لم يحدث لأحدهم مانع من الحضور.

وتأسيساً على ما تقدم، فيمكن القول إن حق المتهم في محاكمة علنية في ظل الأنظمة العدلية يلبي بشكل عام أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان في هذا السياق من حيث إنها تجعل الأصل أن تكون

النظام العام أو الأمن القومي أو مقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى أو مراعاة لمصلحة العدالة (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *G. A. van Meurs v. The Netherlands* (1990)). إلا أن الحق في محاكمة علنية يقتضي في كل الأحوال -باستثناء إذا كانت الدعوى تتعلق بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال- وجوب صدور الحكم في جلسة علنية حتى ولو كانت جلسات المحكمة سرية (التعليق العام رقم (٣٢)). في حال عدم إصدار المحكمة حكمها بشكل علني -لأسباب السابق ذكرها- وكانت القضية تتمتع بأهمية خاصة، فإن الحق في محاكمة علنية يقتضي أن يتم نشر الحكم الصادر في القضية بعد حذف أسماء من تقتضي حماية خصوصيتهم ذلك، حتى يتمكن الجمهور من دراسة الطريقة التي تقرر بها المحاكم مثل هذه القضايا والمبادئ التي يتم تطبيقها من قبل المحاكم عند تقرير الأحكام، ويتمكنوا كذلك من فرض رقابة على أعمال القضاء دون انتهاك خصوصية أطراف الدعوى (*Sutter v. Switzerland* (1984); *B and P v United Kingdom* (2002)). وأخيراً فإن المتهم يتمتع بحقه في محاكمة علنية خلال جلسات المحاكمة الابتدائية وكذلك خلال جلسات الاستئناف إذا امتدت سلطة محكمة الاستئناف للنظر في وقائع الدعوى (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Axen v. Germany* (1984)).

تأكيد ما ورد في المادة (٨٩) من نظام القضاء حيث جاء في المادة (١) منه ما نصه "تقوم وزارة العدل بنشر الأحكام النهائية المختارة الصادرة عن المحاكم بعد تصنيفها وحذف الأسماء منها، على أن يتم إعداد مجموعات الأحكام المختارة للنشر وفقاً للطريقة المبينة في المادة (٨٩) من نظام القضاء". وقد أخذ هذا القرار بعض الوقت حتى أحدث ردة الفعل المطلوبة. فتم في عام ١٤٢٦هـ إنشاء الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بموجب قرار معالي وزير العدل رقم (٣٦٤) وتاريخ ١٢/١/١٤٢٦هـ، وتولد عن هذه الخطوة صدور مدونة الأحكام القضائية في إصدارها الأول في عام ١٤٢٨هـ وقد تبع هذا الإصدار حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة إصدارين آخرين، اشتمل كل منها على مجموعة من الأحكام المختارة الصادرة في مختلف القضايا ومنها القضايا الجنائية. ولتدعيم هذه الخطوة فقد أكد نظام القضاء الجديد أهمية نشر الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء العام حيث جاء في المادة (٣/٧١) منه ما نصه "ينشأ في وزارة العدل مركز للبحوث ويؤلف من عدد كافٍ من الأعضاء المتخصصين لا يقل مؤهل أي منهم عن الشهادة الجامعية ويتولى نشر الأحكام القضائية المختارة بعد موافقة المجلس الاعلى للقضاء". ويستهدف نشر الأحكام وفقاً للمدونات القضائية الآتي:

١- الإسهام في خدمة الفقه الإسلامي.

المحاكمة علنية، ولكن تميز استثناء إغلاق جلسات المحاكمة لأسباب معينة، مع وجوب إصدار الحكم في جلسة علنية. إلا أنه يؤخذ على النظام في هذا السياق عدم نصه على وجوب توفير الآليات المناسبة لحماية الحق في محاكمة علنية والتي تشمل وجوب الإعلان المسبق عن مكان وموعد انعقاد جلسات المحاكمة وتوفير المرافق الملائمة حتى يتمكن من يشاء من الجمهور أو الصحافة حضور جلسات المحاكمة، وكذلك عدم توضيحه لنطاق الحق في محاكمة علنية وإذا ما كان يقتصر نطاقه على جلسات المحاكمة الابتدائية وهو ما يفهم من ظاهر النصوص النظامية السابق ذكرها، أو أنه يمتد إلى جلسات المحكمة الأعلى درجة في حالة استئناف الحكم خصوصاً عندما تنظر تلك المحكمة في عناصر الدعوى المرتبطة بوقائع القضية، كما تتطلبه أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

فيما يتعلق بنشر الأحكام القضائية فقد نصت المادة (٨٩) من نظام القضاء القديم لعام ١٣٩٥هـ على إنشاء إدارة فنية للبحوث في وزارة العدل تضم في عضويتها عدداً كافياً من الأشخاص لا يقل مؤهل أي منهم عن شهادة كلية الشريعة وتختص ضمن ما تختص به "بإعداد مجموعات الأحكام المختارة للنشر". وحيث إن وزارة العدل لم تنشر الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء العام كما هو مفترض، فقد قام مجلس الوزراء في قراره رقم (١٦٢) وتاريخ ١٧/٦/١٤٢٣هـ على

تستحق الثناء والإشادة، إلا أنه يجب أن نشير هنا إلى أنه لم تتضمن أهداف النشر وفقاً للمدونات القضائية ما يعد أحد الأهداف الرئيسية لنشر الأحكام القضائية وفقاً لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وهو تحقيق الشفافية القضائية بتمكين الجمهور من الاطلاع على ما يصدره القضاء من أحكام والذي يمكنهم بدوره من فرض رقابة على أعمال القضاء دون انتهاك خصوصية أطراف الدعوى. ولا شك أن إدراج هذا الهدف على رأس قائمة الأهداف التي يسعى نشر الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية إلى تحقيقها سوف يكون له أثر إيجابي في نوع وكمية الأحكام التي يتم نشرها.

المبحث الثاني: الحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له
تكفل أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/ج)). ويقتضي الحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له أن تتخذ الدولة جميع التدابير اللازمة التي تكفل عدم وقوع أي تأخير لا مبرر له في الوصول إلى حكم نهائي في موضوع الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم (التعليق العام رقم (٣٢)). ولم تأت الأنظمة العدلية على ذكر حق المتهم في محاكمة دون تأخير لا مبرر له؛ لكن ذلك لا يعني أن الحق في محاكمة دون تأخير يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ بل على

- ٢- تأصيل التطبيق السليم للشريعة الإسلامية بغية تقريب الاجتهاد في الوقائع المتماثلة.
 - ٣- إثراء العمل القضائي وإعانة العاملين فيه على تلمس الأحكام الموافقة للقواعد الشرعية.
 - ٤- مساعدة المختصين والمهتمين للاستئناس بأحكام القضاء بإيصال الوقائع القضائية إليهم.
 - ٥- بسط وعرض مخرجات القضاء للعموم؛ بغية نشر الوعي القضائي.
- (وزارة العدل، الإصدار الأول، ١٤٢٨، ص ٩)

ومع أنه لم يشر قرار مجلس الوزراء أو نظاما القضاء القديم أو الجديد إلى معايير اختيار القضايا التي يجب نشرها، إلا أنه ورد في المدونتين القضائيتين الثانية والثالثة ما نصه "بناء على التوجيهات فقد اتبعت الإدارة في إعدادها هذه المدونة منهجاً محددًا لتحقيق مقاصد النشر. وتمثل هذا المنهج في انتقاء الأحكام ذات الطابع الشمولي المتميزة في موضوعاتها دون التقييد بتاريخ صدورها وإنما بتلمس ما يتميز منها علمياً ويعود بالنفع والفائدة على المتلقين" (وزارة العدل، الإصدار الثاني، ١٤٢٨، ص ١٣؛ وزارة العدل، ١٤٢٩، ص ١٣).

ويعد إنشاء إدارة خاصة بتدوين ونشر الأحكام وصدور المدونات القضائية التي تتضمن بعض الأحكام الجنائية خطوة مهمة نحو تحقيق الشفافية القضائية

الموجهة إليه ؛ ولذلك فقد كفلت أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم خلال محاكمته مجموعة من الحقوق بوصفها حقوقاً دنياً لا يمكن تأمين الحق في محاكمة عادلة والمتهم محروم من ممارستها (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (٣/١٤)). وتتضمن هذه الحقوق (التي نطلق عليها في هذا الفصل حقوق الدفاع) حق المتهم في الإحاطة بالتهمة، والحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد الدفاع عن التهمة، والحق في المحاكمة الحضورية وتمثيل النفس والاستعانة بمحام، والحق في استدعاء واستجواب الشهود، والحق في مترجم. سوف يتم في هذا الفصل تناول كل حق من هذه الحقوق بالتفصيل في مبحث منفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: الحق في الإحاطة بالتهمة

تقضي أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان بوجود تبليغ المتهم بالتهمة المنسوبة إليه بالتفصيل وبلغة يفهمها حال توجيه التهمة رسمياً إليه (انظر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (٣/١٤)؛ التعليق العام رقم (٣٢)). وقد كفلت الأنظمة العدلية للمتهم الحق في الإحاطة بالتهمة المنسوبة إليه بشكل يتوافق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، فقد نصت المادة (١٠١) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه "يجب على المحقق عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق أن يدون جميع

التقيض من ذلك فهو في الحقيقة يتماشى مع تعاليمها. وقد دل على ذلك ما جاء في رسالة الخليفة عمر بن الخطاب إلى معاوية رضي الله عنهما عندما كان معاوية أميراً للشام: "أما بعد فإنني كتبت إليك في القضاء بكتاب لم آلك فيه ونفسي خيراً، فالزم خصلاً يسلم دينك، وتأخذ بأفضل حظك عليك، إذا حضر الخصمان فاليننة العدول، والأيمان القاطعة، أذن الضعيف حتى يجترئ قلبه وينبسط لسانه، وتعاهد الغريب فإنه إن طال حبسه ترك حقه، وانطلق إلى أهله، وإنما أبطل حقه من لم يرفع به رأساً" (ابن حبان، بدون سنة نشر، ص ٧٤-٧٥. لمزيد من التفصيل، انظر آل الشيخ، ١٤٢١؛ عبود، ١٤٢٨).

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه يمكن القول إنه مع أن أحكام الشريعة الإسلامية تقر الحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له، إلا أن الأنظمة العدلية غفلت عن النص عليه، ولذلك فقد كان من الطبيعي خلو نصوصها من الوسائل التي من شأنها أن تعزز حماية هذا الحق مثل وضع حد زمني أعلى يجب إنهاء الدعوى الجنائية خلاله، أو تعويض المتهم في حال وجود تأخير لا مبرر له في محاكمته وهو ما تتطلبه أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان (Dijk, 2006).

الفصل الرابع: حقوق الدفاع

من أجل أن يحصل المتهم على محاكمة عادلة فإنه ينبغي أن يكون قادراً على الدفاع عن نفسه ضد التهمة

(١٤/٣/ب)). ويقتضي الحق في الحصول على الوقت الكافي لإعداد الدفاع إعطاء المتهم مهلة كافية من أجل إعداد دفاعه ضد التهمة الموجهة إليه وما يتضمنه ذلك من حقه في طلب تأجيل جلسات المحاكمة متى استدعت ظروف إعداد الدفاع ذلك (التعليق العام رقم (٣٢)). ويقتضي الحق في الحصول على التسهيلات الكافية تمكين المتهم من الاطلاع على جميع الأدلة والوثائق التي تحوزها سلطة التحقيق والتي قد تمكن المتهم من الدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجهة إليه (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Abdool Saleem Yasseen v. Republic of Guyana* (1998); *Edwards v. United Kingdom* (1993)، وكذلك الاطلاع والتعليق على جميع الأدلة التي يقدمها المدعي العام ضد المتهم إلى المحكمة ((*Bulut v. Austria* (1996)).

وقد كفل نظام الإجراءات الجزائية ومشروع لائحته التنفيذية للمتهم الحصول على وقت كاف لإعداد دفاعه ضد التهمة الموجهة إليه؛ حيث أوجبت المادة (١٣٧) من نظام الإجراءات الجزائية تبليغ المتهم بالحضور إلى المحكمة قبل انعقاد الجلسة بوقت كاف حتى يتمكن من إعداد دفاعه ضد التهمة الموجهة إليه. وإذا تم إحضار المتهم المقبوض عليه في حالة تلبس بالجريمة إلى المحكمة فوراً وبغير ميعاد، وجب على المحكمة أن تمنحه مهلة كافية لإعداد دفاعه إذا طلب المتهم ذلك. وقد أعطت المادة (٤/١٦١) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية المتهم الحق في طلب تأجيل الجلسة إذا استدعت ظروف إعداد

البيانات الشخصية الخاصة به ويحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت في المحضر ما يبيده المتهم في شأنها من أقوال". كما أن المادة (١٢/١٠١) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية استوجبت على المحقق الاستعانة بمرجم إذا لم يكن المتهم يحسن اللغة العربية. بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب وفقاً للمادة (١٦١) من نظام الإجراءات الجزائية عند إحالة القضية إلى المحكمة المختصة أن "توجه المحكمة التهمة إلى المتهم في الجلسة، وتتلى عليه لائحة الدعوى وتوضح له ويعطى صورة منها، ثم تسأله المحكمة الجواب عن ذلك". كما أنه يجب في حال قام المدعي العام بتعديل التهمة (ة) الموجهة إلى المتهم بعد إذن القاضي له بذلك، إبلاغ المتهم وإعطائه الفرصة الكافية لإعداد دفاعه عن التهمة المعدلة (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٠)). وأخيراً فقد جاء في المادة (١/١٦١) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية ما نصه "إذا لم يكن المتهم يحسن اللغة العربية فتتلى عليه لائحة الدعوى بلغته".

المبحث الثاني: الحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد الدفاع

يملك المتهم في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في الحصول على الوقت اللازم والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه ضد التهمة الموجهة إليه (العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية، المادة

بذلك، ويمنع من الاطلاع على الأوراق مرة أخرى ما لم يكن رفضه بسبب مقبول. وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أن المادة (١٧٤) من نظام الإجراءات الجزائية قد أكدت حق المتهم أو محاميه في الإجابة عن الدعوى المقامة من قبل المدعي العام والتعقيب على جميع ما يذكره المدعي العام في دعواه ضد المتهم، وأن يكون المتهم أو محاميه هو آخر من يتكلم قبل إقفال باب المرافعة. إلا أنه يؤخذ على النظام السعودي فيما يتعلق بحق المتهم في الحصول على التسهيلات الكافية لإعداد دفاعه ضد التهمة الموجهة إليه أنه كفل الحق في الاطلاع على ملف القضية والتعرف على الأدلة التي بحوزة سلطة التحقيق لمحامي المتهم، وليس للمتهم نفسه؛ فإذا لم يكن المتهم ممثلاً بمحام فإنه لا يملك - عملياً - الحق في الاطلاع على ملف القضية والذي بدوره سيعيق قدرته على إعداد دفاعه، وهو ما يخالف أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

المبحث الثالث: الحق في المحاكمة الحضورية وتمثيل النفس والاستعانة بمحام

يملك المتهم في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في حضور جلسات محاكمته، وتمثيل نفسه في المحكمة (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/د)؛ التعليق العام رقم (٣٢)). كما أن للمتهم الحق حال توجيه التهمة إليه في الاستعانة بمحام

الدفاع عن التهمة ذلك حيث جاء فيها ما نصه: "إذا طلب المتهم أو من ينوب عنه إمهاله للجواب في جلسة أخرى لإعداد دفاعه فيعطى المهلة التي تراها المحكمة. ولا يجوز تكرار الاستمهال إلا لعذر تقبله المحكمة".

فيما يتعلق بحق المتهم في الحصول على التسهيلات الكافية لإعداد دفاعه، فقد كفلت المادة (١٩) من نظام المحاماة حق الاطلاع على ملف القضية لمحامي المتهم حيث جاء فيها ما نصه "على المحاكم وديوان المظالم واللجان المشار إليها في المادة (الأولى) من هذا النظام والدوائر الرسمية وسلطات التحقيق أن تقدم للمحامي التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه، وأن تمكنه من الاطلاع على الأوراق وحضور التحقيق. ولا يجوز رفض طلباته دون مسوغ مشروع". وفقاً للمادة (١/١٩) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة فإن اطلاع المحامي على الأوراق محكوم بالضوابط الآتية:

- ١- تقديم طلب من المحامي بذلك.
- ٢- أن يقتصر الاطلاع على الأوراق الخاصة بالقضية التي توكل فيها دون غيرها.
- ٣- أن يتم الاطلاع عليها في المكتب التي هي موجودة فيه، وإشراف المسؤول عنها في الجهة.
- ٤- عدم تمكين المحامي من تصويرها، أو إعطائه صوراً منها، ولا يمنع من كتابة ما يرغب في كتابته منها.
- ٥- التوقيع بالاطلاع بإقرار خطي منه، وفي حال رفض التوقيع على هذا الإقرار يتم اتخاذ محضر

المتهم بتسليم ورقة التكليف للمتهم شخصياً أو في محل إقامته (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٣٨))، وإذا كان موقوفاً أو مسجوناً عن طريق مأمور التوقيف أو السجن (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٣٩)). ومع أن النظام أجاز للقاضي الاستمرار في نظر القضية والاستماع لأدلة المدعي العام ضد المتهم الذي تخلف عن حضور الجلسة رغم تبليغه بموعدها، إلا أنه حظر على القاضي الحكم في القضية قبل حضور المتهم (نظام الإجراءات الجزائية، المواد (١٤١-١٤٢)).

وقد كفلت المادة (١/١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة للمتهم الحق في تمثيل نفسه حيث جاء فيها ما نصه "الترافع عن النفس حق شرعي لكل شخص، ما لم يوجد مانع شرعي يقضي بأن يكون الترافع عنه بطريق الوكالة أو الولاية أو الوصاية". وقد نص نظام الإجراءات الجزائية على حق المتهم في الاستعانة بمحام بشكل صريح، حيث جاء في المادة (٤) منه ما نصه "يحق لكل متهم أن يستعين بوكيل، أو محام، للدفاع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة". كما نصت المادة (١٤٠) من النظام نفسه على أنه "يجب على المتهم في الجرائم الكبيرة أن يحضر بنفسه أمام المحكمة مع عدم الإخلال بحقه في الاستعانة بمن يدافع عنه. أما في الجرائم الأخرى فيجوز له أن ينيب عنه وكيلاً أو محامياً لتقديم دفاعه، وللمحكمة في كل الأحوال أن تأمر بحضوره شخصياً أمامها".

من اختياره وتبليغه بهذا الحق (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/د)؛ التعليق العام رقم (٣٢)). ويقتضي حق المتهم في الاستعانة بمحام في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان تمكين المتهم من الانفراد بمحاميه والتواصل معه بطريقة تحفظ بشكل كامل سرية المحادثات التي تجري بينهما (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/ب)؛ التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Mr. Dimitry L. Gridin v. Russian Federation* (2000); *Saadat Khomidova v. Tajikistan*, (2004)). وكذلك الحصول على مساعدة قانونية مجانية على نفقة الدولة متى اقتضت مصلحة العدالة ذلك وكان المتهم لا يمتلك الموارد المادية الكافية لتوكيل محام (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/د)؛ التعليق العام رقم (٣٢)).

وقد كفل نظام الإجراءات الجزائية للمتهم الحق في حضور جلسات محاكمته، حيث جاء في المادة (١٥٨) منه أن للمتهم الحق في عدم إبعاده عن جلسات محاكمته إلا إذا وقع منه ما يستدعي ذلك. وإذا تم استبعاده عن جلسات المحكمة تستمر الإجراءات، فإذا زال السبب المقتضي لإبعاده مكن من حضور الجلسة، مع وجوب أن تحيط المحكمة علماً بما اتخذ في غيبته من إجراءات. ولضمان تمكن المتهم من حضور جلسات المحكمة، فقد نص النظام على قواعد إبلاغ المتهم بمواعيد الجلسات، حيث أكد وجوب أن يبلغ المتهم بموعد الجلسة قبل انعقادها بوقت كاف (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٣٧))، وأن يكون تبليغ

وحرياته، ما يجعله قادراً على فعل ما يشاء وقتما يشاء دون الحاجة للنص عليه صراحة في النظام؛ لأنه أمر بديهي (الحرقان، ٢٠٠٩ (ب)).

كما أن هذا الرأي تدعمه نصوص مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية التي كفلت للمتهم الحق في تبليغه بحقه في الاستعانة بمحام، حيث جاء في المادة (٣٣/١٠/٢) منه -والتي تتعلق بالقبض في حالات التلبس- ما نصه "يجب عند القبض على المتهم تعريفه فوراً... أن له الاستعانة بوكيل أو محام". وهذا التفسير يتوافق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان التي تقضي بوجود تمكين المتهم من الاستعانة بمحام حال توجيه التهمة رسمياً إليه أو متى تم اتخاذ إجراء بحق المتهم ينطوي ضمناً على اتهام ذلك الشخص بارتكاب الجريمة وتأثر موقفه بذلك الإجراء كأن يتم إلقاء القبض عليه ولو لم يتم تبليغه رسمياً بالتهمة الموجهة إليه؛ فالحق في الاستعانة بمحام إذاً لا يقتصر على مرحلة المحاكمة فقط (*Gridin v. Russian Federation*, (2000)).

وإن كانت الأنظمة العدلية لم تنص صراحة على حق المتهم في اختيار المحام الذي يمثله، وهو ما يستدعي القول بوجود النص عليه صراحة حتى لا تكون إمكانية ممارسة هذا الحق محلاً للاجتهاد، إلا أن هذا الحق يمكن استنباطه من النصوص السابق اقتباسها حيث أنها جاءت مطلقة ولم تخضع الحق في الاستعانة بمحام لأي قيد أو شرط. لكن الأنظمة العدلية لم تنص

ويظهر من النصوص النظامية السابق اقتباسها أن حق المتهم في الاستعانة بمحام محصور بمرحلتين التحقيق والمحاكمة؛ لذا فالتساؤل الذي يثور هنا هو متى تبدأ مرحلة التحقيق التي يجوز للمتهم خلالها الاستعانة بمحام. وإن كان نظام الإجراءات الجزائية لم يحدد اللحظة التي تبدأ فيها مرحلة التحقيق؛ إلا أنه يمكن القول إن مرحلة التحقيق التي يجوز للمتهم خلالها الاستعانة بمحام تبدأ عندما تبدأ الدولة في ممارسة سلطاتها القسرية على المتهم، أي عندما يتم اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الماسة بجرية المتهم من قبض أو توقيف بغض النظر عن السلطة التي قامت به، وهذا هو التفسير الذي يستقيم مع الهدف من الحق في الاستعانة بمحام.^(٢١) فعندما قصر المنظم الحق في الاستعانة بمحام على مرحلة التحقيق دون مرحلة الاستدلال هدف إلى حماية المتهم الذي يكون خاضعاً لسلطات الدولة القسرية من قبض أو توقيف والتي تقيد حريته في الاستعانة بمحام، وهو ما يدعو إلى كفالة هذا الحق متى تم إخضاع المتهم لأي من هذه الإجراءات. أما مرحلة الاستدلال -كما هو معروف- لا تتضمن أي أعمال من شأنها المساس بحقوق المتهم

(٢١) أخذت بهذا الرأي الكثير من الأنظمة المقارنة، فقد نصت المادة (١٠/ب) من الميثاق الكندي للحقوق والحريات ١٩٨٢م -على سبيل المثال- على أنه "يحق لكل فرد عند إلقاء القبض عليه أو توقيفه، أن يعين محامياً ويصدر إليه تعليماته دون تأخير وأن يتم إخطار الفرد بهذا الحق". لمزيد من التفصيل، انظر (Boisvert, 1995).

ومراسلات المتهم مع وكيله أو محاميه. فقد نصت المادة (٣/٧٠) من مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على أن "للكيل أو المحامي حق الانفراد بالمتهم". إضافة إلى ذلك، فقد نصت المادة (٨٤) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه "لا يجوز للمحقق أن يضبط لدى وكيل المتهم، أو محاميه الأوراق والمستندات التي سلمها إليه المتهم لأداء المهمة التي عهد إليه بها ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية".

المبحث الرابع: الحق في استدعاء واستجواب الشهود

يكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في استدعاء واستجواب الشهود في ظل نفس الشروط والقيود التي يخضع لها حق الادعاء العام في استدعاء واستجواب الشهود، وما يقتضيه ذلك من وجوب اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان حضور الشهود الذين يطلب المتهم حضورهم إلى المحكمة ليدلوا بشهادتهم أمام قاضي الموضوع (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/هـ)؛ *Lloyd v. Jamaica* (1994)).

وقد كفل نظام الإجراءات الجزائية للمتهم الحق على قدم المساواة مع الادعاء العام في استدعاء واستجواب الشهود، حيث جاء في المادة (١٦٤) منه أن لكل من الخصوم في الدعوى الحق في أن يطلب سماع من يرى من الشهود والنظر فيما يقدمه من أدلة. ويجب

على حق المتهم الذي لا يمتلك الموارد المادية الكافية لتوكيل محام للدفاع عنه في الحصول على مساعدة قانونية مجانية، وإن كان هناك مشروع تحت الدراسة من قبل أجهزة الدولة المعنية لتأمين هذا الحق (المحامون في انتظار اللائحة التنفيذية للترافع مجاناً عن المتهمين، جريدة الوطن، الاثنين ١ صفر ١٤٢٥هـ الموافق ٢٢ مارس ٢٠٠٤م، العدد (١٢٧٠)). ولعله من نافلة القول الإشارة هنا إلى أن عدم نص الأنظمة العدلية على حق المتهم الذي لا يملك الموارد المادية الكافية لتوكيل محام في الحصول على مساعدة قانونية مجانية متى كانت مصلحة العدالة تستدعي ذلك يعد مخالفة صريحة لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وقد كفل نظام الإجراءات الجزائية ومشروع لائحته التنفيذية للمتهم الحق في التواصل مع محاميه، حيث نصت المادة (٧٠) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه لا يجوز للمحقق أن يعزل المتهم عن وكيله أو محاميه الحاضر معه أثناء التحقيق. كما أن المادة (١١٩) من نظام الإجراءات الجزائية التي أجازت للمحقق حظر زيارة المتهم الموقوف لمدة لا تزيد على (٦٠) يوماً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، أكدت على حق المتهم في التواصل مع محاميه خلال ذلك الوقت، وأن حظر الزيارة لا يسري على محامي المتهم. ومن أجل أن يتمكن الوكيل أو المحامي من القيام بالدور الذي رسمه له النظام على الوجه الأكمل—وهو الدفاع عن حقوق موكله—فقد حرص النظام على ضمان سرية محادثات

المحكمة تعزير المترجم إذا ثبت تعمدته التقصير أو الكذب خلال أدائه لمهمة الترجمة (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٧٢)). ويظهر من هذا الاستعراض الموجز لحق المتهم في مساعدة مترجم، أن الأنظمة العدلية تلسي مقتضيات الحق في مترجم في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، وإن كان يؤخذ عليها عدم توضيحها لنطاق هذا الحق فلم تحدد بوضوح ما هي الأشياء التي يجب ترجمتها للمتهم، بخلاف ما تقرره أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان من وجوب ترجمة كل ما من شأنه أن يمكن المتهم من الدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجهة إليه ((Luedicke, et al v. Germany (1979-80)).

الفصل الخامس: ضمانات ما بعد صدور الحكم

يكفل الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم حقوقاً لا تتأتى أهميتها إلا بعد صدور حكم من المحكمة المختصة يفصل في موضوع الدعوى الجنائية المقامة ضد المتهم. وتشمل تلك الحقوق التي سوف يتم تناولها في هذا الفصل في ثلاثة مباحث منفصلة الحق في إعادة النظر في الحكم الصادر في القضية، والحق في التعويض، والحق في عدم المحاكمة أو المعاقبة على الجريمة ذاتها مرتين.

المبحث الأول: الحق في إعادة النظر في الحكم الصادر في القضية

يكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في طلب إعادة النظر في الحكم الصادر بحقه سواء

على المحكمة التجاوب مع طلب الخصوم إلا إذا رأت أن الغرض من ذلك المماثلة، أو الكيد، أو التضليل، أو أن لا فائدة من إجابة الطلب، فيحق لها حينئذ رفض الطلب (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٤)). ويجب على كل شخص دعي لأداء الشهادة بأمر من القاضي الحضور في الموعد والمكان المحددين، مع مراعاة أحكام الشهادة في جرائم الحدود (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٥)). كما أنه يحق لطرفي الدعوى مناقشة شهود الطرف الآخر وأدلته (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٣)).

المبحث الخامس: الحق في مترجم

يملك المتهم في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في تزويده مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة بشخص يقوم بترجمة كل ما من شأنه أن يمكن المتهم من الدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجهة إليه (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (١٤/٣/و)). وقد نصت المادة (١) من النظام الأساسي للحكم على أن اللغة الرسمية للدولة هي اللغة العربية. ونصت المادة (٢/١) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم، وأن غيرها من اللغات يترجم إليها. وقد أوجب نظام الإجراءات الجزائية على القاضي الاستعانة بمترجمين إذا كان الخصوم أو أحد منهم لا يفهم اللغة العربية دون أن تفرض على المتهم أن يدفع تكاليف الترجمة. وعلى

١ / الاستئناف

المقصود بالاستئناف هنا هو إعادة طرح الدعوى بجميع عناصرها المرتبطة بالوقائع والقانون أمام محكمة أرفع درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم ليتم إعادة الفصل فيها (حسني، ١٩٩٥). وقد نصت المادة (١٧) من نظام القضاء على أن "تتولى محاكم الاستئناف النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم، وفق الإجراءات المقررة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية". والجدير بالذكر هنا أن نصوص نظام الإجراءات الجزائية في شكلها الحالي لا تتوافق مع آلية استئناف الأحكام التي استحدثها نظام القضاء الجديد لعام ١٤٢٨ هـ وعلى وجه الخصوص وجوب سماع محكمة الاستئناف أقوال الخصوم قبل الفصل في الدعوى كما تتطلبه المادة (١٧) من نظام القضاء.^(٢٢) لهذا فمن الطبيعي القول إن نصوص نظام الإجراءات الجزائية المتعلقة بآلية الاستئناف سوف يتم تحديثها حتى تتوافق مع التنظيم القضائي الجديد طبقاً لما نصت عليه آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم التي جاء في الفقرة (٤/٦) من القسم الأول/رابعاً منها أن "تتولى محاكم الاستئناف

فيما يتعلق بالإدانة أو العقوبة، وما يقتضيه ذلك من وجوب أن يكون الحكم الصادر بحق المتهم مسبباً وأن يحصل على نسخة منه، وأن تمتلك المحكمة التي تقوم بإعادة النظر في الحكم سلطة النظر في جوانب الحكم الواقعية والقانونية وسلطة تعديل أو نقض الحكم (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (٥/١٤)؛ التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Victor Francis v. Jamaica* (1993); *Victor P. Domukovsky, et al v. Georgia* (1998); *Cesarío Gómez Vázquez v. Spain*, (2000)).

تجدر الإشارة في البداية إلى أن نظام الإجراءات الجزائية نص على وجوب اشتغال الحكم الفاصل في موضوع الدعوى الجنائية على الأسباب التي بني عليها والنصوص والمستندات الشرعية التي قام عليها (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٨٢))، وعلى وجوب إعطاء المتهم صورة رسمية من الحكم (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٨٣)). كما أنه يحق للمحكوم عليه الاعتراض على الأحكام الجنائية وفقاً للقواعد المنصوص عليها في النظام (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٩)). وسوف يتم اقتصار الحديث هنا على طرق الاعتراض على الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء العام نظراً لكونها صاحبة الاختصاص العام بالنظر في الدعاوى الجنائية كما تقدم ذكره. يمكن الاعتراض على الأحكام الجنائية بثلاث طرق هي: الاستئناف، والنقض، وإعادة النظر وذلك على التفصيل الآتي:

(٢٢) فقد جاء في المادة (١٩٩) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه "نفصل محكمة التمييز في موضوع الاعتراض استناداً إلى ما يوجد في الملف من الأوراق. ولا يحضر الخصوم أمامها ما لم تقدر ذلك".

الجزائية، المادة (١٩٤)). إذا كان طالب الاستئناف لا يرغب في تقديم لائحة اعتراضية مع طلبه، فعلى القاضي رفع طلب الاستئناف لمحكمة الاستئناف دون انتظار مدة الثلاثين يوماً مع تدوين ذلك في ضبط القضية (مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية، المادة (١/١٩٤)). وعلى المحكمة كذلك رفع طلب الاستئناف خلال خمس وأربعين يوماً من تاريخ النطق بالحكم إلى محكمة الاستئناف إذا لم يقدم طالب الاستئناف بتقديم لائحة الاعتراضية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم صورة الحكم، أو إذا كان الحكم صادراً بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها ولم يطلب أحد الخصوم استئنافه (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٩٥)).

في حال تقديم طالب الاستئناف لائحة اعتراضية على الحكم فيجب تسليم اللائحة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم مشتملة على بيان الحكم المعارض عليه وتاريخه والأسباب التي بني عليها وطلبات المعارض والأسباب التي تؤيد اعتراضه (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٩٦)). يتم النظر في طلب الاستئناف المرفق بلائحة اعتراضية ابتداءً من قبل القاضي، أو القضاة - بحسب الحال - الذي قام بإصدار الحكم المعارض عليه من غير مرافعة إلا إذا رأى القاضي أن هناك ما يستدعي ذلك. بعد النظر في اللائحة الاعتراضية، والاستماع إلى المرافعة إذا دعت الحاجة إلى ذلك، فللقاضي أو القضاة - بحسب الحال -

اختصاصات محكمة التمييز إلى حين تعديل نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية.... لهذا فسوف يقتصر الحديث هنا على آلية استئناف الأحكام الجنائية وفقاً لنصوص نظام الإجراءات الجزائية في شكلها الحالي، مع استخدام التسميات الجديدة التي تبناها نظام القضاء الجديد للآليات والأجهزة الواردة في نظام الإجراءات الجزائية (التمييز= الاستئناف، محكمة التمييز= محكمة الاستئناف).

بموجب المادتين (١٩٣) و (١٩٥) من نظام الإجراءات الجزائية فإن لكل من المتهم والمدعي العام والمدعي بالحق الخاص الحق في طلب استئناف كل حكم صادر في جريمة بالإدانة، أو بعدمها، أو بعدم الاختصاص، كما أنه يجب تمييز الأحكام التي تنطوي على إيقاع عقوبة القتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها، حتى لو لم يطلب استئنافها أحد أطراف الدعوى. ومن واجب المحكمة إعلام الأشخاص السابق ذكرهم بهذا الحق. فإذا تم إعلامهم بهذا الحق، وطلب أحدهم استئناف الحكم، فعلى المحكمة إثبات ذلك الطلب في ضبط القضية وأخذ توقيع طالب الاستئناف عليه. في حال رغب طالب الاستئناف تقديم لائحة اعتراضية فعليه القيام بذلك خلال مدة قدرها ثلاثون يوماً من تاريخ استلام صاحب الحق في طلب الاستئناف صورة الحكم التي يجب تسليمها لأطراف الدعوى من قبل المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ النطق بالحكم (نظام الإجراءات

ذكر الأسباب إذا لم تقتنع بالإجابة. في حال نقض الحكم فإنه على محكمة الاستئناف إحالة القضية لغير من نظرهما للفصل فيها. كما أن لمحكمة الاستئناف في حال نقض الحكم، إصدار حكم فيها متى كان موضوع الحكم المعترض عليه بحالته صالحاً للحكم واستدعت ظروف الدعوى سرعة الإجراء (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢٠٤)).

في حال تصديق الحكم أو الحكم في الدعوى من قبل محكمة الاستئناف فإن الحكم يعد نهائياً إلا إذا كانت القضية تنطوي على حكم بالقتل أو القلع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها فيجب إحالة الحكم إلى مجلس القضاء الأعلى التي أحيلت اختصاصاته القضائية بموجب نظام القضاء لعام ١٤٢٨هـ إلى المحكمة العليا المنشأة حديثاً من أجل مراجعته تمهيداً لتصديقه (نظام الإجراءات الجزائية، المواد (١١، ٢٠٥)؛ نظام القضاء، المادة (١١)). في حال تم تصديق الحكم من قبل المحكمة العليا فإن الحكم يصبح نهائياً، أما في حال عدم مصادقته فعلى المحكمة العليا نقض الحكم وإعادة القضية إلى قضاة آخرين للنظر فيها من جديد (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٢)). أما بالنسبة إلى مجلس القضاء الأعلى في ظل التنظيم القضائي الجديد فقد أعيدت تسميته ليصبح اسمه "المجلس الأعلى للقضاء" وتم حصر اختصاصاته في الإشراف على القضاء -على نحو ما ذكرنا سابقاً-

تأكيد حكمهم أو تعديله. في حال تعديل الحكم يبلغ أطراف القضية بالتعديل وتسري أحكام استئناف الحكم على التعديل من حيث المدة والحق في الاعتراض عليه. أما في حال تمسك مصدر الحكم بما حكم به -أي رفض طلب المعترض- فيجب عليه أن يقوم برفع الحكم لمحكمة الاستئناف (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٩٧)).

لمحكمة الاستئناف الحق في نقض الحكم، إذا خالف ذلك الحكم نصاً من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو خالف الأنظمة المتعلقة بولاية المحكمة من حيث تشكيلها أو اختصاصها بنظر الدعوى، وفي الحالة الأخيرة تعين محكمة الاستئناف المحكمة المختصة وتحيل الدعوى إليها (نظام الإجراءات الجزائية، المواد (٢٠١-٢٠٢)). ومحكمة الاستئناف في حال استوفى الاعتراض الشروط الشكلية والموضوعية أن تحيل الحكم مشفوعاً برأيها للمحكمة التي أصدرت الحكم محل الاعتراض لإبداء وجهة نظرهما تجاه ملاحظات محكمة الاستئناف على الحكم. وللمحكمة مصدرة الحكم في حال اقتنعت بملاحظات محكمة الاستئناف تعديل الحكم وفقاً لتلك الملاحظات، أو التمسك برأيها والرد على الملاحظات التي أوردتها محكمة الاستئناف (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢٠٣)). في حال تمسكت المحكمة مصدرة الحكم برأيها فإن لمحكمة الاستئناف بناء على الإجابة التي أوردتها المحكمة على ملاحظات محكمة الاستئناف، تصديق الحكم إذا اقتنعت محكمة الاستئناف بالإجابة، أو نقض الحكم كله أو بعضه مع

للشروع والنظام مع التسليم بصحة الوقائع التي استندت إليها محكمة الموضوع في حكمها، ويعرف الطعن بهذه الطريقة في ظل الأنظمة المقارنة بـ"الطعن بالنقض" (نظام القضاء، المادة (١١/٢)). لمزيد من التفصيل، انظر حسني، (١٩٩٥). والجدير بالذكر هنا أن الطعن بالنقض يعد طريقاً جديداً للاعتراض على الأحكام تم استحداثه مؤخراً بموجب نظام القضاء الجديد لعام ١٤٢٨هـ دون أن يكون له سابقة في التنظيم القضائي السعودي وسوف توضح نصوص نظام الإجراءات الجزائية عندما يتم تعديلها لتتوافق مع نصوص نظام القضاء الجديد - وفقاً لما نصت عليه الفقرة (٢) من القسم الأول/ثانياً من آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم - كيفية عمل آلية الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية.

٣/ إعادة النظر

بخلاف الاعتراض على الأحكام بطريق الاستئناف الذي ينطبق على الأحكام الابتدائية، فإن الاعتراض على الأحكام بطريق إعادة النظر لا ينطبق إلا على الأحكام النهائية. وقد أعطى نظام الإجراءات الجزائية جميع الخصوم في الدعوى الجنائية الحق في طلب إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في الحالات الآتية (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢٠٦)):

- ١- إذا حكم على المتهم في جريمة قتل ثم وُجد المدعى قتله حياً.

ورسم السياسات القضائية دون أن يكون له أي دور في التقاضي (نظام القضاء، المواد (٥-٦)).

٢/ النقض

الأحكام النهائية - باستثناء الأحكام الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها والتي يتم رفعها بطريقة تلقائية للمحكمة العليا لمراجعتها - لا يجوز الاعتراض عليها أمام المحكمة العليا إلا في حال كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي (نظام القضاء، المادة (٢/١١)):

- أ) مخالفة الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.
- ب) صدور الحكم من محكمة غير مشكولة تشكيلاً سليماً طبقاً لما نص عليه في هذا النظام وغيره من الأنظمة.
- ج) صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.
- د) الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم.

وكما تشير بوضوح نصوص النظام السابق اقتباسها، فالاعتراض على الحكم أمام المحكمة العليا وفقاً لهذه الطريقة لا يستهدف عرض النزاع كاملاً أمامها، فالدعوى يفترض أنها عرضت على محكمتين (الدرجة الأولى والاستئناف) قبل أن تصل إليها. ولكن يستهدف هذا النوع من الطعن التأكد من مطابقة الحكم

الشروط الشكلية من حيث إن الحكم المراد إعادة النظر فيه صادر بعقوبة ، وإن أحد الأحوال المذكورة سابقاً قد توافرت وإن الطلب قد تم تسليمه للمحكمة المختصة وبالشكل المنصوص عليه ، فيجب قبوله وإحالة الحكم للمحكمة مصدرة الحكم (إذا تم النظر في قبول الطلب من حيث الشكل من قبل مجلس القضاء الأعلى [المحكمة العليا] أو محكمة التمييز [محكمة الاستئناف]) لتحديد جلسة للنظر في موضوع الطلب ، الذي يجب إعلام أطراف القضية به (نظام الإجراءات الجزائية ومشروع لائحته التنفيذية ، المادة (٢٠٨/٢-٣)).

لا يترتب على قبول الطلب من حيث الشكل وقف تنفيذ الحكم ، إلا إذا كان الحكم مشتملاً على عقوبة جسدية من قصاص ، أو حد ، أو تعزير ، وفي غير ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ في قرارها بقبول طلب إعادة النظر من حيث الشكل (نظام الإجراءات الجزائية ، المادة (٢٠٩)). في حال تم رفض إعادة النظر ، فلا يجوز للمحكوم عليه تقديم طلب إعادة نظر آخر إلا إذا استجدت ظروف أو وقائع بعد النظر في طلب إعادة النظر الأول تبرر إعادة النظر في القضية مرة أخرى (نظام الإجراءات الجزائية ، المادة (٢١١)). الأحكام الصادرة في موضوع الدعوى -أي الإبقاء على الحكم أو تبرئة المتهم- يجوز الاعتراض عليها بطلب تمييزها [الاستئناف] ، إلا إذا كان الحكم صادراً عن محكمة التمييز [محكمة الاستئناف] فيكون الحكم نهائياً ، إلا إذا كان الحكم متضمناً لعقوبة القتل

٢- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ، ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة ذاتها ، وكان بين الحكمين تناقض يُفهم منه عدم إدانة أحد المحكوم عليهما.

٣- إذا كان الحكم قد بُني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها ، أو بُني على شهادة ظهر بعد الحكم أنها شهادة زور.

٤- إذا كان الحكم بُني على حكم صادر من إحدى المحاكم ثم ألغى هذا الحكم.

٥- إذا ظهر بعد الحكم بينات أو وقائع لم تكن معلومة وقت المحاكمة ، وكان من شأن هذه البينات أو الوقائع عدم إدانة المحكوم عليه ، أو تخفيف العقوبة.

يتم تقديم طلب إعادة النظر بصحيفة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ، ويجب أن تشتمل صحيفة الطلب على بيان الحكم المطلوب إعادة النظر فيه وأسباب الطلب (نظام الإجراءات الجزائية ، المادة (٢٠٧)). وعلى المحكمة إحالة الطلب لمجلس القضاء الأعلى [المحكمة العليا] إذا كان الحكم مصدقاً من قبله ، أو لمحكمة التمييز [محكمة الاستئناف] إذا كان الحكم مصدقاً عليه من قبلها ، أو أن يدرس من قبل المحكمة ذاتها إذا لم يكن الحكم مصدقاً من قبل محكمة التمييز [محكمة الاستئناف] للفصل في قبول الطلب من حيث الشكل (مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية ، المادة (٢٠٨/١ ، ٤)). إذا استوفى الطلب

المبحث الثاني: الحق في التعويض

تكفل أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في التعويض (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (٦/١٤)). ويقتضي الحق في التعويض وجوب تعويض المتهم عما أصابه من ضرر إذا كان قد تمت إدانته بجرمة بموجب حكم نهائي وتعرض للعقوبة نتيجة لذلك الحكم ثم تم بعد ذلك تبرئته من الجريمة التي أدين بها نتيجة لظهور أدلة جديدة تشير إلى أن إدانته كانت خطأً قضائياً (التعليق العام رقم (٣٢)). وتكفل المادة (٢١٠) من نظام الإجراءات الجزائية لكل شخص تمت إدانته بموجب حكم نهائي ومن ثم تمت تبرئته بناء على طلب إعادة النظر -الذي سبق أن تناولنا إجراءاته بالتفصيل- الحق في التعويض المادي والمعنوي عما أصابه من ضرر. وتختص المحكمة مصدرة حكم البراءة بتحديد قيمة التعويض. ونص المادة (٢١٠) من نظام الإجراءات الجزائية لا يتوافق فحسب مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان المتعلقة بتعويض المتهم، بل يمكن القول إنه يعد مقنناً لها.

المبحث الثالث: الحق في عدم المحاكمة أو المعاقبة على

الجريمة ذاتها مرتين

يكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان للمتهم الحق في عدم محاكمته أو معاقبته على الجريمة ذاتها مرتين (العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (٧/١٤)). وقد حظرت المادة (١٨٧) من نظام

أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها فيجب رفعه إلى مجلس القضاء الأعلى [المحكمة العليا] لمراجعته، ومن ثم نقضه أو تصديقه (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٢١٢)).

ويمكن أن نختتم الحديث في هذا المبحث بالقول إن النظام القضائي وعلى وجه الخصوص بعد صدور نظام القضاء في عام ١٤٢٨هـ أصبح يوفر أكثر من آلية تكفل للمتهم الحق في إعادة النظر في حكم الإدانة أو العقوبة الصادرة بحقه. وهذا يدعونا إلى القول إن الأنظمة العدلية في هذا السياق لا تتوافق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان فحسب، بل إنها توفر حماية إضافية، حيث إن أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان لا تتطلب توفير أكثر من آلية واحدة لإعادة النظر في الحكم الصادر بحق المتهم فيما يتعلق بالإدانة أو العقوبة (التعليق العام رقم (٣٢)؛ *Henry v. Jamaica*, (1991)، بينما توفر الأنظمة العدلية حالياً ثلاث آليات هي الاستئناف، النقض وإعادة النظر. إلا أنه يجب أن أشدد هنا على أهمية المسارعة في إصدار التعديلات اللازمة لنظامي الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية لتتوافق مع الأحكام الواردة في نظام القضاء الجديد وإنشاء المحاكم بمختلف درجاتها التي نص عليها نظام القضاء حتى ينعكس التطور الذي شهدته البنية التنظيمية القضائية على واقع العمل القضائي في المملكة العربية السعودية بما يخدم الأهداف التي سنت من أجلها الأنظمة العدلية وعلى رأسها حماية حق المتهم في محاكمة عادلة.

لحقوق الإنسان، المادة (١/٤)؛ *Nikitin v. Russia* (2005).

الخاتمة

لقد أضحى الحق في محاكمة عادلة يعد من أهم الحقوق التي ينعم بها الإنسان على الإطلاق، وهو ما يظهر من حقيقة إقرار الكثير من موثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية والدساتير وقوانين الإجراءات الوطنية لهذا الحق. ويكتسب الحق في محاكمة عادلة أهمية خاصة في إطار الدعوى الجنائية حيث إنه يعد وسيلة لا غنى عنها لحماية حياة الأفراد وحررياتهم وأمنهم الشخصي التي قد يتم انتهاكها نتيجة للإجراءات التي تخضع لها هذه الدعوى أو نتيجة لتعرض الفرد للعقوبة الجنائية على يد الدولة من دون وجه حق وذلك عن طريق تزويد المتهم بالضمانات الإجرائية التي تكفل عدم تضرر موقعه بما تمتلكه الدولة من موارد مادية وبشرية وفنية في مواجهته وهو ما من شأنه أن يكفل -في المحصلة النهائية- حسن سير العدالة الجنائية.

فالحق في محاكمة جنائية عادلة -والحالة تلك- هو هدف أو غاية لا يمكن تحقيقها إلا بتوفير الضمانات اللازمة لذلك؛ والتي تشمل -وفقاً لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحق في محاكمة من قبل محكمة مختصة مستقلة ومحيدة منشأة وفقاً للقانون، والحق في محاكمة علنية، والحق في افتراض البراءة

الإجراءات الجزائية رفع الدعوى الجنائية ضد المتهم عن الأفعال والوقائع نفسها التي صدر فيها حكم قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية بإدانة المتهم أو تبرئته من التهمة المنسوبة إليه. وإذا رفعت دعوى جنائية أخرى على المتهم عن الأفعال والوقائع التي سبق أن صدر في حقها حكم قضائي، فيحق للمتهم التمسك بالحكم السابق في أي حالة كانت عليها الدعوى الأخيرة، ولو أمام محكمة التمييز [الاستئناف]. كما أنه يجب على المحكمة أن تراعي ذلك ولو لم يتمسك به الخصوم. ويثبت الحكم السابق بتقديم صورة رسمية منه، أو شهادة من المحكمة بصدده (نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٨٧)).

ويتضح من خلال ما ذكرناه عن الحق في عدم المحاكمة أو المعاقبة على الجريمة ذاتها مرتين أن الأحكام التي تبناها نظام الإجراءات الجزائية في هذا الخصوص لا تلبي متطلبات القانون الدولي لحقوق الإنسان فحسب، بل إنها في حقيقة الأمر توفر حماية إضافية، حيث أن هذا الحق في ظل النظام السعودي هو حقاً مطلق لا يخضع لأي استثناءات، بينما نجد أن الحق ذاته في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان هو حق مقيد؛ فيجوز إعادة محاكمة المتهم على الجريمة ذاتها في حال ظهور أدلة جديدة لم تكن متوافرة أو متاحة وقت إجراء المحاكمة الأولى (التعليق العام رقم (٣٢)؛ البروتوكول رقم (٧) الملحق بالاتفاقية الأوروبية

الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان فإنه ليس مرد ذلك معارضة ذلك الحكم لنصوص الشريعة الإسلامية التي تقر بحق المتهم في محاكمة عادلة وتؤكد وجوب احترامه؛ بل هو قصور تنظيمي يمكن معالجته عن طريق تعديل بعض النصوص النظامية المخالفة أو إضافة نصوص نظامية جديدة لمعالجة ما غفل المنظم عن تناوله.

وهذه النتيجة تعكس التقدم الكبير الذي تشهده البنية التنظيمية للمملكة العربية السعودية بشكل عام ونظام العدالة الجنائية بشكل خاص وهو إنجاز يحسب للمنظم السعودي الذي استطاع خلال سنوات قليلة ومن خلال تبني ما يعرف بالأنظمة العدلية أن يحدث تحسناً نوعياً كبيراً في إدارة العدالة الجنائية في المملكة. إلا أن إصدار الأنظمة العدلية لا يعد في حد ذاته كفيلاً بتحقيق الغاية التي سنت من أجلها هذه الأنظمة إذا لم يكن الجهاز القضائي المناط به بالدرجة الأولى تطبيق ما ورد فيها من أحكام مؤهلاً وقادراً على تطبيقها. ولعل (مشروع الملك عبدالله بن عبدالعزيز لتطوير مرفق القضاء) الذي تزامن إطلاقه مع صدور نظامي القضاء وديوان المظالم في عام ١٤٢٨هـ وتم تخصيص مبلغ سبعة مليارات ريال له يعطي دلالة واضحة على أن التزام حكومة المملكة العربية السعودية بقيادة خادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود -حفظه الله- على تطوير القضاء والنهوض به بما يحقق العدل للجميع هو التزام حقيقي لا شكلي تدعمه

وعدم الإكراه على تجريم النفس، والحق في الإحاطة بالتهمة، والحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد الدفاع عن التهمة، والحق في محاكمة دون تأخير لا مبرر له، والحق في المحاكمة الحضورية وتمثيل النفس والاستعانة بمحام، والحق في استدعاء واستجواب الشهود، والحق في مترجم، والحق في إعادة النظر في الحكم الصادر في القضية، والحق في التعويض والحق في عدم المحاكمة أو المعاقبة على الجريمة ذاتها مرتين.

ومن أجل تعزيز حماية حق المتهم في محاكمة عادلة فقد تبنت المملكة العربية السعودية مجموعة الأنظمة العدلية التي تشمل نظام الإجراءات الجزائية، ونظام المرافعات الشرعية، ونظام المحاماة، ونظام القضاء. وقد دفعني إلى التفكير في إعداد هذه الدراسة اعتقادي -الذي تبين لي لاحقاً خطؤه- بوجود تباين كبير بين القواعد التي تنص عليها الأنظمة العدلية ومقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان. إلا أن هذه الدراسة أظهرت بوضوح أن الأنظمة العدلية السعودية تلبى إلى حد كبير -وإن لم تكن بشكل كامل- مقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان. ويجب أن أشير هنا إلى أنه لم تحتو نصوص الأنظمة العدلية -إلا فيما ندر- على مخالفة صريحة لأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان. كما يجب أن أشير هنا أيضاً إلى أنه عندما لا تتوافق نصوص الأنظمة العدلية مع أحكام

الأنظمة ذات العلاقة لمعالجة القصور التنظيمي الذي تعانيه هذه الأنظمة على ضوء الملاحظات التفصيلية التي تم ذكرها في ثنايا هذه الدراسة.

٣- صياغة الضمانات الخاصة بحق المتهم في محاكمة عادلة في شكل حقوق، حيث إن ذلك أدهى -من الناحية العملية- لممارستها من قبل المتهم واحترامها من قبل أجهزة العدالة الجنائية المعنية.

٤- المسارعة في إصدار التعديلات اللازمة لنظامي الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية لتتوافق مع ما ورد في نظام القضاء الجديد من أحكام تستهدف تعزيز حماية حق المتهم في محاكمة عادلة. وكذلك المسارعة في إصدار اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية -الذي مضى على إصداره ثماني سنوات ولم تصدر لائحته التنفيذية بعد- حيث إن المنظم ترك الكثير من المسائل لكي تعالجها اللائحة، وعدم صدور اللائحة -والحالة تلك- ترتب عليه فراغ تنظيمي كبير أثر سلباً -ضمن أشياء أخرى- في الحماية الإجرائية اللازم توفيرها لحق المتهم في محاكمة عادلة.

٥- تعريف القضاة والمدعين العامين والمحققين ورجال الضبط الجنائي وباقي العاملين في نظام العدالة الجنائية بالمبادئ الوطنية والدولية التي تحكم الحق في محاكمة عادلة وتدريبهم على

الأفعال قبل الأقوال (خادم الحرمين يخصص ميزانية بسبعة آلاف مليون ريال لمشروع الملك عبدالله لتطوير مرفق القضاء، جريدة الرياض، الثلاثاء ٢٠ رمضان ١٤٢٨هـ، الموافق ٢ أكتوبر ٢٠٠٧م، العدد (١٤٣٤٤)).

لكن مع أهمية العمل الذي تم إنجازه، إلا أن ذلك لا يعني أن مهمة التطوير والتحديث قد انتهت وأن الغاية قد تحققت. ولضمان وفاء المملكة العربية السعودية بالتزامها باحترام مقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد دستور المملكة وفقاً للمادة الأولى من النظام الأساسي للحكم، فسوف أدرج فيما يلي أهم المقترحات التي أرى وجوب الأخذ بها لتعزيز حماية حق المتهم في محاكمة عادلة في المملكة العربية السعودية:

١- تقنين أحكام الشريعة الإسلامية التي تتعلق بالحق في محاكمة عادلة والتي تم التطرق إليها في ثنايا هذه الدراسة؛ حتى لا يكون تطبيقها محل اجتهاد أو خلاف، وعلى رأسها حق المتهم في محاكمة عادلة. ويفضل أن يتم النص على الحق في محاكمة عادلة والضمانات الأساسية لاحترامه في النظام الأساسي للحكم ليعكس الأهمية التي يتمتع بها هذا الحق.

٢- تعديل النصوص النظامية المخالفة لمقتضيات الحق في محاكمة عادلة في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان وإدخال نصوص إضافية على

نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٨١١) في ١٧/٦/١٤٢١هـ.

نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٨٦٧) في ٢٤/٨/١٤٢٢هـ.

نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٨٦٧) في ٢٤/٨/١٤٢٢هـ.

نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في ٣٠/٩/١٤٢٨هـ.

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في ٣٠/٩/١٤٢٨هـ.

آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ. نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٤١٧٠) في ٣٠/٩/١٤٢٨هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ٣/٦/١٤٢٣هـ المستند على المادة

الوسائل الضرورية لحمايته (Chernichenko, 1994).

٦- التعرف على تجارب الأنظمة القانونية المقارنة المتقدمة للاستفادة مما توصلت إليه هذه الأنظمة في مجال تعزيز حماية حق المتهم في محاكمة عادلة.

المراجع

١/ قائمة الأنظمة واللوائح

النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٣٩٧) في ٢/٩/١٤١٢هـ.

نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٢٥٩٢) في ٢٩/٨/١٣٩٥هـ.

نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٢٩١٨) في ٢٨/٧/١٤٠٢هـ.

نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٦) وتاريخ ٢٤/١٠/١٤٠٩هـ. نشر في جريدة أم القرى، العدد (٣٢٦٤) في ٢٠/١١/١٤٠٩هـ.

١٩٤٩م تاريخ بدء النفاذ: ٢١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٥٠م). البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية؛ البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية (اعتمدا وعرضا للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق علي المنازعات المسلحة وتطويره وذلك بتاريخ ٨ حزيران/يونيه ١٩٧٧م تاريخ بدء النفاذ: ٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٨م).

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، الموقعة في روما في ٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٥٠م. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون/ديسمبر، ١٩٦٦م تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦م.

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تم تبنيها من قبل منظمة الدول الأمريكية في تاريخ ٢٢ تشرين

الرابعة والستين بعد المثتين من نظام المرافعات الشرعية، نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٣٩٣٢) في ١١/١/١٤٢٤هـ.

اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل رقم (٤٦٤٩) وتاريخ ٨/٦/١٤٢٣هـ المستند على المادة الثانية والأربعين من نظام المحاماة، نشرت في جريدة أم القرى، العدد (٣٩٣٢) في ١١/١/١٤٢٤هـ.

٢/ قائمة المعاهدات الدولية والإقليمية

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨م.

اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان؛ اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار؛ اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب؛ اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب (المؤرخة في ١٢ آب/أغسطس ١٩٤٩م اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام من قبل المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب المعقود في جنيف خلال الفترة من ٢١ نيسان/إبريل إلي ١٢ آب/أغسطس

١٩٩٤م، تم تعديله وتبني نسخة حديثة منه في عام ٢٠٠٤م في القمة العربية السادسة عشرة والمقامة في تونس.

٣/ قضايا وقرارات

أ/ لجنة حقوق الإنسان المنشأة بمقتضى المادة (١/٢٨)

من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦

Human Rights Committee, *General Comment 32*, Article 14: Right to Equality Before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

Abdool Saleem Yasseen and Noel Thomas v. Republic of Guyana, Communication No. 676/1996, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/676/1996 (1998).

Cesario Gómez Vázquez v. Spain, Communication No. 701/1996, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/701/1996 (2000).

Concluding Observations of the Human Rights Committee, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, U.N. Doc. CCPR/CO/73/UK (2001).

G. A. van Meurs v. The Netherlands, Communication No. 215/1986, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/215/1986 (1990).

Gridin v. Russian Federation, Communication No. 770, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/770/1997 (2000).

Henry v. Jamaica, Communication No. 230/1987, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/230/1987 (1991).

Lloyd Grant v. Jamaica, Communication No. 353/1988, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/353/1988 (1994).

Mr. Dimitry L. Gridin v. Russian Federation, Communication No. 770, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/770/1997 (2000).

Saodat Khomidova v. Tajikistan, Communication No. 1117/2002, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1117/2002 (2004).

Victor Francis v. Jamaica, Communication No. 320/1988, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/320/1988 (1993).

Victor P. Domukovsky, et al v. Georgia, Communications N 623/1995, 624/1995,

الثاني/نوفمبر ١٩٦٩م ودخلت حيز التنفيذ في ١٨ تموز/يوليو ١٩٧٨م.

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تم تبنيه من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم ١٨ في نيروبي (كينيا) حزيران/يونيو ١٩٨١م، ودخلت حيز التنفيذ في ٢١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٨٦م.

اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٦/٣٩ المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٨٤م، تاريخ بدء النفاذ: ٢٦ حزيران/يونيه ١٩٨٧م.

اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٤/٢٥ المؤرخ في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٩م، تاريخ بدء النفاذ: ٢ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠م.

إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، تم تبنيه من قبل وزراء خارجية دول منظمة المؤتمر الإسلامي في القاهرة في عام ١٩٩٠م (قرار رقم ٤٩/١٩-س).

الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي تم تبنيه من قبل مجلس دول جامعة الدول العربية في عام

٤ / المراجع العربية

ابن باز. أحمد. النظام السياسي والدستوري للمملكة العربية السعودية. الطبعة الثالثة. ٢٠٠٧م.

ابن حبان. وكيع. أخبار القضاة. بيروت. عالم الكتب. بدون سنة نشر.

ابن عابدين. محمد. حاشية رد المحتار على الدر المختار. مكة المكرمة. المكتبة التجارية. الطبعة الثانية. ١٣٨١هـ.

ابن قيم الجوزية. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. بيروت. دار الكتب العلمية. ١٤١٥هـ.

الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل. مدونة الأحكام القضائية. الرياض. وزارة العدل. الإصدار الأول. ١٤٢٨هـ.

الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل. مدونة الأحكام القضائية. الرياض. وزارة العدل. الإصدار الثاني. ١٤٢٨هـ.

الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل. مدونة الأحكام القضائية. الرياض. وزارة العدل. الإصدار الثالث. ١٤٢٩هـ.

آل الشيخ. حسين. "مبدأ سرعة البت في الدعوى في القضاء الشرعي". مجلة العدل. العدد (٨). (١٤٢١هـ). ١١٣-١٢٠.

بسيوني. محمود. الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان. القاهرة. دار الشروق. ٢٠٠٣م.

بكار. حاتم. حماية حق المتهم في محاكمة عادلة. الإسكندرية. منشأة المعارف. بدون سنة نشر.

626/1995, 627/1995, U.N. Doc. CCPR/C/62/D/623/1995, CCPR/C/62/D/624/1995, CCPR/C/62/D/626/1995, CCPR/C/62/D/627/1995 (1998).

ب/ لجنة مناهضة التعذيب المنشأة بمقتضى المادة (١/١٧) من اتفاقية مناهضة التعذيب ١٩٨٤

لجنة مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. التقارير الأولية للدول الأعضاء المقرر تقديمها في ١٩٩٨ : المملكة العربية السعودية. (٢٠٠١م).

ج/ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المنشأة بمقتضى المادة (٢/١٩) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠

Assanidze v. Georgia (2004) 39 E.H.R.R. 653.
Axen v. Germany (1984) 6 E.H.R.R. 195.
B and P v United Kingdom (2002) 34 E.H.R.R. 529.
Barbera, et al v. Spain (1989) 11 E.H.R.R. 360.
Bulut v. Austria (1996) 24 E.H.R.R. 84.
Campbell and Fell v. UK (1985) 7 E.H.R.R. 165.
Condron v. United Kingdom (2001) 31 E.H.R.R. 1.
Edwards v. United Kingdom (1993) 15 E.H.R.R. 417.
Findlay v. United Kingdom (1997) 24 E.H.R.R. 221.
Funke v. France (1993) 16 E.H.R.R. 297.
Luedicke, et al v. Germany (1979-80) 2 E.H.R.R. 149.
Murray v. United Kingdom (1996) 22 E.H.R.R. 29.
Posokhov v. Russia (2004) 39 E.H.R.R. 21.
Ryabykh v. Russia (2005) 40 E.H.R.R. 615.
Saunders v. United Kingdom (1997) 23 E.H.R.R. 313.
Sigurdsson v. Iceland (2005) 40 E.H.R.R. 15.
Sutter v. Switzerland (1984) 6 E.H.R.R. 272.
Van de Hurk v. The Netherlands (1994) 18 E.H.R.R. 481.
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, judgement of 23 July 2002.

الإسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر.
٢٠٠٦م.

الدريب. سعود. التنظيم القضائي في المملكة العربية
السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام
السلطة القضائية. الرياض. جامعة الإمام محمد
بن سعود الإسلامية. ١٤١٩هـ.

الزرقا. أحمد. شرح القواعد الفقهية. دمشق. دار القلم.
الطبعة الثانية. ١٩٨٩م.

السدلان. صالح. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع
عنها. الرياض. دار بلنسية. ١٤٢٠هـ.

السويلم. بندر. المتهم: معاملته وحقوقه في الفقه
الإسلامي. الرياض. دار النشر بالمركز العربي
للدراسات الأمنية والتدريب. ١٤٠٦هـ.

الشاذلي. فتوح. جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية
السعودية. الرياض. مطابع جامعة الملك سعود.
١٤١٠هـ.

الشوكاني. محمد. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من
أحاديث سيد الأخيار. القاهرة. دار الحديث.
بدون سنة نشر.

الشيبياني. عبد المنعم. الحماية الجنائية للحق في أصل
البراءة: دراسة مقارنة. القاهرة. دار النهضة
العربية. ١٤٢٧هـ.

عبود. ماهر. "من ضمانات العدالة في القضاء
الإسلامي". مجلة العدل. العدد (٣٥).
(١٤٢٨هـ). ١١٣-١٧٢.

تاج الدين. مدني. أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في
المملكة العربية السعودية. الرياض. معهد الإدارة
العامة. ١٤٢٥هـ.

الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان. التقرير الأول عن
أحوال حقوق الإنسان في المملكة العربية
السعودية ١٤٢٧/٢٠٠٦. الرياض. الجمعية
الوطنية لحقوق الإنسان. ١٤٢٨هـ.

جيرة. عبد المنعم. نظام القضاء في المملكة العربية
السعودية. الرياض. معهد الإدارة العامة.
١٤٠٩هـ.

الحرقان. عبد الحميد (أ). "النظام العالمي لحقوق الإنسان
والخصوصية الدينية للمملكة العربية السعودية:
دراسة تحليلية". مجلة الدراسات الدولية. العدد
(٢٤). (٢٠٠٩م). ٩٥-١٦٣.

الحرقان. عبد الحميد (ب). الإجراءات الجنائية في مرحلة
ما قبل المحاكمة في المملكة العربية السعودية.
الرياض. مطابع الحميضي. ٢٠٠٩م.

الحرقان. عبد الحميد. "الحق في محاكمة جنائية عادلة في
ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان: دراسة
وصفية تحليلية". مجلة البحوث الأمنية. (قيد
النشر)

حسني. محمود. شرح قانون الإجراءات الجنائية. دار
النهضة العربية. القاهرة. الطبعة الثالثة. ١٩٩٥م.
خراشي. عادل. ضوابط التحري والاستدلال عن
الجرائم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

كوماراسوامي. داتو بارام. تقرير المقرر الخاص المعني باستقلال القضاة والمحامين عن البعثة التي قام بها إلى المملكة العربية السعودية (٢٠-٢٧ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٢ م) والمقدم عملاً بقرار لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة رقم ٤٣/٢٠٠٢ (لجنة حقوق الإنسان. الدورة التاسعة والخمسون. بند ١١(د) من جدول الأعمال المؤقت. (U.N. Doc. E/CN.4/2003/65/Add.3). المرزوقي. محمد. السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية. الرياض. مكتبة العبيكان. ١٤٢٥هـ. مطلوب. عبدالمجيد. "الأصل براءة المتهم". في أبحاث الندوة العلمية الأولى بعنوان: المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية (الجزء الأول). الرياض. دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب. ١٤٠٦هـ.

الغوث. طلحة. الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام. الرياض. كنوز اشبيليا. ١٤٢٥هـ.

الفضلي. محمد. "الأصل براءة الذمة في الشريعة الإسلامية". في أبحاث الندوة العلمية الأولى بعنوان: المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية (الجزء الأول). الرياض. دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب. ١٤٠٦هـ.

القاسم. عبدالعزيز. والناصر. عبدالله. البنية التشريعية والقضائية في المملكة العربية السعودية. الرياض. ورقة بحث مقدمة إلى منتدى الرياض الاقتصادي. ٢٠٠٣م.

العريبي. عبدالله. "تقرير الإسلام للعدل بين الأفراد والدول". مجلة العدل. العدد (١). (١٤٢٠هـ). ٩٩-١١٧.

العوا. محمد. "الأصل براءة الذمة". في أبحاث الندوة العلمية الأولى بعنوان: المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية (الجزء الأول). الرياض. دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب. ١٤٠٦هـ.

عودة. عبدالقادر. التشريع الجنائي في الإسلام مقارنةً بالقانون الوضعي. لبنان. مؤسسة الرسالة. الطبعة الرابعة عشر. ١٤٢١هـ.

عوض. عوض محمد. المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية. الإسكندرية. منشأة المعارف. بدون سنة نشر.

غوث. طلحة. الادعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام. الرياض. كنوز اشبيليا. ١٤٢٥هـ.

الفضلي. محمد. "الأصل براءة الذمة في الشريعة الإسلامية". في أبحاث الندوة العلمية الأولى بعنوان: المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية (الجزء الأول). الرياض. دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب. ١٤٠٦هـ.

القاسم. عبدالعزيز. والناصر. عبدالله. البنية التشريعية والقضائية في المملكة العربية السعودية. الرياض. ورقة بحث مقدمة إلى منتدى الرياض الاقتصادي. ٢٠٠٣م.

٥ / المراجع الأجنبية

Boisvert. A. 'The Role of the Accused in the Criminal Process', in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ed. by G Beaudoin & E Mendes. Scarborough, Ont. Carswel, 3rd edn. 1995.

Buergenthal. T. *International Human Rights in A Nutshell*. Saint Paul, Minnesota. West Publishing Company. 1995. photo. reprint 1996.

- Donnelly. J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca & London. Cornell University Press. 4th edn. 1989.
- Sohn. L. 'Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations', in *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, ed. by T Meron. Oxford. Oxford University Press. 1984.
- Cheney. D. *et al*, *Criminal Justice and the Human Rights Act 1998*. Bristol. Jordans. 2nd edn. 2001.
- Chernichenko. S & Treat. W. *National Practices Related to the Right to a Fair Trial, Fourth Report* (E/CN.4/Sub.2/1993/24/Add.2).
- Chernichenko. S & Treat. W. *The Right to a Fair Trial: Current Recognition and Measures Necessary for its Strengthening, Final Report* (E/CN.4/Sub.2/1994/24).
- Dijk. P. *et al*. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Oxford. Intersentia. 4th edn. 2006.

The Right to A Fair Criminal Trial in the Kingdom of Saudi Arabia: An Evaluative Study

Abdulhamid A. Al-Hargan

*Assistant Professor of Criminal Justice
At King Fahad Security College
& the High Institute for Security Studies*

(Received 12/8/1430H ; accepted for publication 24/2/1431H)

Key Words: Islamic, Law, Saudi, Arabia, Criminal, Justice, Fair, Trial, Human, Rights

Abstract. The right to a fair trial has become one of the most important rights that individuals enjoy. This is evident from the fact that many international and regional treaties, as well as national constitutions and procedural laws guarantee this right. The right to a fair trial is particularly important during the criminal process because it represents an indispensable means to protect the life, liberty and security of persons who are charged with committing criminal offences, which might be otherwise violated as a result of miscarriages of justice or the State's exercise of its coercive powers during the criminal process. The role of the right to a fair trial in the criminal process is, thus, to provide individuals involved in such proceedings with procedural safeguards that guarantee that individuals are not at a substantial disadvantage vis-à-vis the State, and, which, will, in the end, ensure the proper administration of justice.

Since the Kingdom of Saudi Arabia has adopted during the previous decade a number of statutes that aim to enhance the protection of human rights in the Kingdom and in particular the right to a fair trial in the criminal process, this study seeks to examine the provisions of these statutes to determine the extent to which, in relation to the right to a fair trial in criminal proceedings, they conform to international human rights standards, and to provide suggestions which could help push forward the reform process which the Saudi criminal justice system is currently undergoing.

مشكلة إثبات سوء نية الإدارة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية (دراسة تحليلية نقدية)

د. بسام محمد أبو ارميله

أستاذ القانون الإداري المساعد،

قسم الأنظمة بكلية الاقتصاد الإدارة،

جامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية

(قدم للنشر في ٧/٢٢/١٤٣٠هـ؛ وقبل للنشر في ٢٤/٢/١٤٣١هـ)

ملخص. يقوم هذا البحث على دراسة مسألة تعدد من أدق المسائل في إطار القانون الإداري عامة والأردني خاصة، وهي مسألة إثبات سوء نية الإدارة العامة أمام القضاء الإداري الأردني. حيث تناولنا هذا الموضوع بطريقة تحليلية من خلال ثلاثة محاور أساسية: المحور الأول يتضمن بيان توجهات وآراء الفقه الإداري الأردني تجاه هذا الموضوع، والمحور الثاني: خصص لبيان طبيعة المصادر القانونية التي يستند إليها القاضي الأردني في سبيل الكشف عن النوايا السيئة (الخفية) للإدارة، أما المحور الثالث: فيستعرض مجموعة أحكام واجتهادات محكمة العدل العليا الأردنية (وهي محكمة القضاء الإداري في الأردن) لبيان طبيعة الدور الذي يلعبه القاضي الأردني في هذه المهمة الشاقة من ناحية، وبيان موقف المحكمة من مدى التطور الذي أحرزته في هذا المضمار، وكذلك الصعوبات والعوائق التي تواجه القاضي الأردني في سبيل إظهار سوء نية الإدارة المستترة والحلول المقترحة لتسهيل هذه المهمة.

مقدمة عامة

يمثل القرار الإداري وسيلة الإدارة في تسيير العمل الإداري بما يحقق الصالح العام، ويشترط لمشروعيته استيفاء أركانه القانونية، بأن يصدر عن سلطة مختصة في الشكل الذي قد يحدده القانون، مستنداً إلى أسباب تبرره ومحل قائم ومشروع مبتغياً تحقيق المصلحة العامة.

ولكن كثيراً ما يحدث أن تستغل الإدارة سلطاتها المخولة لها في سبيل تحقيق مصالح خاصة بها، وهي بذلك تكون قد انحرفت في استعمال هذه السلطات عن نوعين من الأهداف: إما هدف عام يتمثل في مبدأ المصلحة العامة أو هدف خاص يتمثل في مبدأ تخصيص الأهداف.

على حقوق الأفراد من خلال قرارات تغلفها المشروعية في الظاهر في حين إن جوهرها انتهاكٌ لها، مما يؤدي إلى صعوبة إثباته لما يتسم به هذا العيب من خفاء لاتصاله في أحوال كثيرة بنية مصدر القرار والتي يصعب الكشف عنها.

وقد كفل القانون الحالي لمحكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة (١٩٩٢) والمعدل رقم (٢) لسنة (٢٠٠٠) للأفراد ضمانتين تجاه انحراف الإدارة بسلطتها، حيث يكون بوسعهم اللجوء إلى القضاء طلباً لإلغاء قرارات الإدارة المشوبة بالانحراف بالسلطة مع حقهم في الرجوع إلى الإدارة بالتعويض عما أصابهم من أضرار من جراء صدور القرار وحتى إلغائه.

أهداف الدراسة

تتمثل أهداف هذه الدراسة في هدفين أساسيين:

الأول: هو هدف شخصي نابع عن ملاحظتنا بتجنب معظم الباحثين لموضوع إثبات سوء نوايا الإدارة، ويعود السبب في ذلك - برأينا - لطبيعة وحساسية هذا الموضوع من ناحية ولصعوبة الوصول إلى إثباته أمام القضاء من ناحية أخرى، ذلك لأن الإثبات فيه ينصب على عناصر نفسية أكثر منها مادية، خاصة وأن القواعد العامة في الإثبات قد جعلت عبء الإثبات ملقى على عاتق المدعي،

ولكون ذلك التجاوز الإداري يشكل انتهاكاً سافراً لمبدأ المشروعية ولسيادة القانون، على اعتبار أن المساس به يشكل مساساً بقانونية الدولة، كان لا بد من خلق جهاز رقابي قادر على بسط رقابته على أعمال وتصرفات الإدارة في الدولة، لوضع حد لهذه التجاوزات والمخالفات الإدارية، لاسيما في ظل نظام القضاء المزدوج - كما هو الحال في الأردن - بحيث يتواجد وفقاً لهذا النظام قضاء مستقل ومتخصص لرقابة أعمال الإدارة، يقف بالمرصاد لكل عمل إداري غير مشروع وذلك إما بإلغائه أو بالتعويض عنه أو بكليهما معاً.

أهمية الدراسة

تتجلى أهمية التعرض لدراسة إثبات عيب الانحراف بالسلطة أمام القضاء الإداري الأردني كنتيجة لسوء نية الإدارة لما يعكسه هذا الأخير من مدى ما وصل إليه واقع هذا القضاء من اتساع وشمول رقابة المشروعية في ملاحظتها للقرار الإداري، فمن خلال هذا العيب يستطيع القاضي الإداري الأردني فرض رقابته على سلطة الإدارة التقديرية في إصدار قراراتها بإرادتها المنفردة، وذلك للتأكد من أنها لم تحد عن الهدف المنشود، سواء تمثل في المصلحة العامة أو في الهدف المحدد في القانون. هذا بالإضافة لما يمثله هذا العيب من خطورة على الصعيدين العملي والقانوني بما يشكله من اعتداء

عن النوايا السيئة للإدارة وتتناول مسألة إثباته أمام القضاء الإداري الأردني، وذلك من خلال ثلاثة محاور أساسية: المحور الأول يتناول مجموعة آراء الفقه الإداري الأردني بخصوص هذا العيب وإثباته والمحور الثاني يبين الأساس التشريعي لعيب الانحراف في الأردن أما المحور الثالث فيستعرض اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية (وهي محكمة القضاء الإداري الأردني) تجاه إثبات عيب الانحراف بالسلطة للتعرف على موقف المحكمة بخصوص إثبات هذا العيب، وما إذا كانت هذه المحكمة قد ضربت شوطاً من التقدم والتطور في مسألة تعد من أدق وأصعب المسائل التي تعرض أمام القاضي، أما أنها لازالت تستخدم الوسائل التقليدية والمقتبسة من القضاء الإداري الفرنسي للكشف عن وجود هذا العيب.

خطة الدراسة

يقتضي المنطق القانوني قبل التطرق إلى موضوع إثبات تعسف الإدارة وانحرافها كنتيجة لإثبات سوء نواياها إعطاء فكرة عن مفهوم ذاتية عيب التعسف أو الانحراف وتطوره في الأردن، لذلك ارتأينا أن نبدأ بذلك في الفصل الأول، ومن ثم نعرض في الفصل الثاني صعوبة وعبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة في الأردن، بحيث نبين في النصف الأول من هذا الفصل الأسباب التي تقف وراء صعوبة إثبات هذا العيب، بينما نتناول في النصف

الطرف الضعيف في الدعوى، ومن ثم قلما يستطيع أن يقيم الدليل على انحراف الإدارة. وبناءً عليه، أردنا أن نتطرق لهذا الموضوع بهدف التسهيل ما أمكن من مشقة وصعوبة إثبات سوء نية الإدارة عن طريق وضع مقترحات وحلول عملية تُيسر الكشف عن النوايا السيئة للإدارة، لاسيما وأنها حريصة كل الحرص على إخفائها مظهرةً في الوقت ذاته نواياها الحسنة في حين أنها تكيد كيداً للأفراد المتعاملين معها أو لموظفيها، وهذا ما يمثل الهدف الثاني والأهم للبحث.

وبالرغم من عدم تساهل القاضي الإداري الأردني في إبطال جميع أعمال وتصرفات الجهات الإدارية غير المشروعة (إلغاءً وتعويضاً) إلا أن واقع السلطة الإدارية عموماً في الأردن أنها - مع الأسف - سلطة تحكيمية بطبيعتها، ميّالة إلى التعسف لدرجة أنها بدت وكأنها ظاهرة طبيعية في الأردن اعتاد الناس عليها لفترة من الزمن، فكأن أول ما يتبادر إلى ذهن رجل الإدارة في الأردن بمجرد أن يحوز سلطة إدارية معينة هي التفكير في كيفية استعمالها واستغلالها في غير موضعها الصحيح واعتبارها بمثابة حق له وليس واجب عليه، فيستطيع أن يستخدمها كيفما شاء ودون أي ضوابط وحدود.

منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي والنقدي لعيب الانحراف بالسلطة كوسيلة للكشف

إلغاء القرارات الإدارية النهائية أو ما يسمى بعيوب القرار الإداري وهي^(١):

- ١- عدم الاختصاص.
- ٢- مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
- ٣- اقتران القرار أو إجراءات إصداره بعيب الشكل.
- ٤- إساءة استعمال السلطة.

ويتعلق العيب الأخير (عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها) بركن الغاية من القرار الإداري أي الهدف من وراء اتخاذ القرار الإداري، وعليه فإن عدم المشروعية المتعلقة بغاية القرار أو بالباعث عليه يتمثل في عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

فالسطة لم تمنح في الأصل للإدارة إلا لتمارسها في ضوء غاية معينة، هذه الغاية قد تكون محددة من قبل المشرع (كمبدأ تخصيص الأهداف) وقد تكون غير محددة (كمبدأ المصلحة العامة)، فإذا استهدف رجل الإدارة في أحد قراراته غاية مغايرة للمصلحة العامة أو مغايرة للغاية المحددة قانوناً فإن تصرفه هذا يعد مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

(١) ويلاحظ أن المشرع الأردني لم يشير إلى عيب السبب كعيب مستقل بذاته ولم يدرجه ضمن عيوب القرار الإداري وأوجه إلغاءه وأدججه في عيب مخالفة القانون كصورة من صور مخالفة القانون، وهذا ما استقر عليه القاضي الإداري الأردني والمصري.

الثاني تحمل كل من المدعي - كقاعدة عامة - والإدارة لعبء الإثبات، وأخيراً، نوضح في الفصل الثالث والأخير الطرق والوسائل التي تلجأ إليها محكمة العدل العليا الأردنية لإثبات عيب الانحراف بالسلطة ثم نعقب بعد ذلك على بيان الآثار القانونية المترتبة على إثبات هذا العيب في قضاء محكمة العدل العليا.

الفصل الأول:

مفهوم عيب الانحراف

بالسلطة وتطوره في الأردن

من المسلم به فقهاً وقضاً أن السلطة لم تمنح في الأصل للإدارة إلا لتمارسها في نطاق مبدأ المشروعية، ذلك المبدأ الذي يقضي بضرورة خضوع الإدارة العامة في الدولة لأحكام القانون بمعناه الواسع، وهو ما يعرف بدولة القانون "Etat de Droit"، ويعد إصدار القرارات الإدارية من جانب الإدارة من أهم مظاهر ممارسة هذه السلطة، وإن هذه القرارات يجب أن تكون مشروعة قانوناً كشرط أساسي لبقائها وإلا كانت عرضة للإلغاء القضائي من قبل المحكمة الإدارية المختصة في الأردن والمتمثلة بمحكمة العدل العليا.

وقد حددت المادة العاشرة من قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة (١٩٩٢) والمعدل رقم (٢) لسنة (٢٠٠٠) أسباب

يمكن تصور قيام الإنسان بسلوك معين دون أن يكون لديه هدف أو غاية من جراء قيامه بهذا السلوك، والغاية في إطار القانون الإداري هي أساس وجود الإدارة، فالإدارة ما وجدت إلا لتحقيق غاية معينة تتمثل في المصلحة العامة، وهي الغاية التي لا بد للإدارة أن تستهدفها من جميع أعمالها الإدارية.

وتتعدد أهداف وأغراض الإدارة بتعدد نشاطها، والمشرع في سبيل ذلك إما أن يحدد هذه الأهداف على نحو عام دون تخصيص وهو ما يعرف "بمبدأ المصلحة العامة"، وهنا تتمتع الإدارة بقدر من الحرية في اختيار الهدف على أن يصب ذلك في المصلحة العامة وهو ما يعرف بالسلطة التقديرية للإدارة (أبو إرميلة، ٢٠١١)، وإما أن يتدخل المشرع ويقوم بتحديد هدف معين خاص للإدارة يصب في إطار المصلحة العامة ويدور في فلكها وهو ما يطلق عليه "بمبدأ تخصيص الأهداف".

وقد أورد فقهاء القانون الإداري تعريفات عديدة لمعنى الغاية الاصطلاحي، فعلى سبيل المثال يرى الفقيه دوجي Duguit أن الغاية أمراً نفسانياً بحتاً ويعرفها بأنها: (ذلك التصور المتولد في ذهن رجل الإدارة، بأنه إذا حقق محل إرادته فإنه يهيئ فرصة تحقق أو تساعد على تحقيق رغبة لديه أو لدى فرد آخر). (الطماوي، ٢٠٠٦)

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي في تعريف الغاية بأنها: (الهدف أو النتيجة النهائية التي يسعى

ولكون موضوع هذا الفصل ذو علاقة جانبية بموضوع بحثنا الأساسي وليس من صميم بحثنا، فإننا سنتطرق إليه بشيء من الإيجاز تاركين التفاصيل في الفصلين القادمين لكونهما يتعلقان بمجمل بحثنا الأساسي والمتعلق بإثبات عيب الانحراف بالسلطة، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم عيب الانحراف بالسلطة في الأردن؛ المبحث الثاني: تطور عيب الانحراف بالسلطة في الأردن.

المبحث الأول: مفهوم عيب الانحراف بالسلطة في الأردن

لا يمكن - برأينا - تحديد مفهوم عيب الانحراف بالسلطة إلا بالتعريف على مفهوم الغاية في القرار الإداري وتحديد طبيعة هذه الغاية في هذا القرار وذلك لطبيعة العلاقة والارتباط الوثيق بينهما، ولذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الغاية في القرار الإداري؛ المطلب الثاني: تعريف عيب الانحراف بالسلطة.

المطلب الأول: تعريف الغاية في القرار الإداري

إن الغاية هي أساس وجود أي سلوك، سواء كان سلوك فردي أو جماعي أو مدني أو إداري، فلا

لتحقيقها إشباعاً لإرادته الشخصية ولرغبته الخاصة وما يبتغي تحقيقه من اتخاذ القرار.

وقد تبنى أغلبية الفقه الفرنسي هذا الاتجاه القائم على المعيار الشخصي في تحديد الغاية من اتخاذ القرار الإداري، ويأتي في مقدمتهم العميد دوجي^(٢) Duguit ويؤيده في ذلك العميد بونار (Bonnard,1933) وغيرهم ((Odent,1981et De Laubadere, 2001)) وكذلك الفقيه Esienmann الذي يرى أن الغاية هي تصور الشخص نفسه ومضمون نيته، فهو يفكر في أنه لو اتخذ القرار فإنه سيحصل على نتيجة ما، وهذه النتيجة يريد لها ومن ثم فإنه يقرر ويتخذ القرار لأنه يريد النتيجة ويعتبر القرار وسيلة لإدراكها. (Esienmann, 1982)

ولهذا الاتجاه أنصار في الفقه العربي، وفي مقدمتهم الدكتور سليمان الطماوي الذي يقول: (إن الغاية تمثل الجانب الشخصي من القرار، بينما السبب يمثل الجانب الموضوعي منه، وذلك أن رجل الإدارة عندما يواجه حالة معينة ويرى أنه قد سنحت له الفرصة بالتدخل واستعمال اختصاصاته، فإنه يفكر ويقدر على ضوء ما لديه من اعتبارات النتائج التي تنجم عن تدخله، فإذا ما هدأ ووضح له الغرض الذي يجب تحقيقه، فإنه يتدخل ويتخذ القرار). (الطماوي، ٢٠٠٦)

رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ القرار). (الطماوي، ١٩٧٨)

ويعرف الدكتور مصطفى أبو زيد الغاية بالقول: (هي الحالة النفسية التي توافرت عند من أصدر القرار فدفعته إلى إصداره وكانت له بمثابة الهدف الحقيقي الذي يسعى إليه). (أبو زيد، ١٩٧٩) كما عرفت الدكتورة سعاد الشراقوي الغاية بأنها: (الإحساس أو الرغبة التي توحى لرجل الإدارة باتخاذ القرار). (الشراقوي، ١٩٦٩)

ونرى أن غالبية الفقه الأردني قد عرف الغاية تعريفاً مماثلاً لما عرفه الدكتور الطماوي (الشوبكي، ١٩٨١؛ العبادي ١٩٩٥)

واستناداً إلى جملة ما تقدم من التعريفات الفقهية بشأن ركن الغاية في القرار الإداري، نستطيع أن نستشف اتجاهين فقهيين بشأن طبيعة الغاية: أولهما ينادي بكون الغاية عنصراً شخصياً في القرار الإداري، والثاني معارض له يرى في الغاية عنصراً موضوعياً، وسنقوم بعرض هذين الاتجاهين الفقهيين وبيان أسانيد وحجج كل اتجاه منهما في دعم رأيه ثم نخرج بعد ذلك على بيان رأينا وموقفنا من هذا الخلاف الفقهي القائم وذلك على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه القائل بشخصية الغاية في القرار الإداري: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغاية هي أمر ذاتي داخلي أو نفساني يتمثل فيما يدور بخلد مصدر القرار وما يجول في نفسه من أهداف شخصية يسعى

(٢) ينظر تعريف العميد دوجي في الصفحة السابقة.

الاتجاه لم تحدد بواسطة القانون لتكون مجرد رغبات ذاتية تضمهرها الإدارة في نيتها وإنما لتكون أهداف موضوعية يتجه إليها عملها، لذلك فهم يعولون الغرض أو الغاية عن النية ويربطونها بالعمل نفسه أي بالنتيجة النهائية (المادية) التي يسعى لتحقيقها رجل الإدارة على أرض الواقع. (إبراهيم، ١٩٦٣)

ويعزز أنصار هذا الاتجاه رأيهم بالقول إن الصالح العام كغاية للقرار الإداري هو هدف موضوعي ينبغي أن تكون وسيلة مراقبته موضوعية عن طريق الأسباب لأنها ذات طابع موضوعي أيضاً، فوجود سبب صحيح يدفع بالقرار إلى تحقيق غرضه الموضوعي دون الحاجة إلى فحص نوايا ودواخل الإدارة. (الدليمي، ١٩٩٨)

ويستدلون لدعم رأيهم في ذلك على أن رقابة القضاء لركن الغاية تنصب على معرفة كون سبب القرار مبرراً وصحيحاً، حيث يفحص القاضي سبب القرار توصلاً لمعرفة مشروعية غاية القرار. (إبراهيم، ١٩٦٣)

وفي الفقه الفرنسي نجد بأن العميد بونار Bonnard يرى بأن ركني الغاية والسبب في القرار الإداري غير منفصلين عن بعضهما وان ثمة اتصال وثيق بينهما لا يمكن تجاهله، فهو يرى انه في حالة قيام القرار على أسباب حقيقية فإن غاية القرار سوف

هذا ولم يتطرق الفقه الأردني لتعريف ركن الغاية في القرار الإداري إلا قليلاً، واكتفوا بتعريف عيب الانحراف بالسلطة، والذين انبروا لتعريف الغاية كأمثال الدكتور عمر الشوبكي والدكتور علي الشطناوي أخذوا بالمعيار الشخصي لتحديد طبيعة الغاية في القرار الإداري، بحيث أن الغاية عندهم تمثل إرادة مصدر القرار من وراء اتخاذه لقرار ما، ومن ثم فإن العيب الذي يصيب ركن الغاية هو عيب يصيب مقاصد رجل الإدارة ونواياه الكامنة في نفسه. (الشوبكي، ١٩٨١)

ثانياً: الاتجاه القائل بموضوعية الغاية في القرار الإداري: يرى أنصار هذا الاتجاه وعلى رأسهم الدكتور السيد محمد إبراهيم أن الغاية في القرار الإداري ذات طبيعة موضوعية وليست ذات طبيعة شخصية، فالغاية من وجهة نظر هذا الفريق تتحدد بصورة نتيجة مادية ذات طبيعة موضوعية يسعى لتحقيقها رجل الإدارة ومن ثم فهم مجردون الغاية من طابعها الشخصي ويصبونها في قالب موضوعي بحيث يتمثل في سبب القرار، حيث إن هذا الفريق يربط غاية القرار مع سببه في علاقة وثيقة إلى درجة اتحاد ركن السبب مع ركن الغاية في بعض الأحيان، وينبني أساس رأي هذا الاتجاه على ان الغاية وإن كانت أول الأمر تبدأ في ذهن وتصور مصدر القرار الإداري إلا أنها تقول في نهاية المطاف إلى حقائق موضوعية، فالغايات والأغراض عند أنصار هذا

يمكن إغفاله بأي حال من الأحوال وقد أقر بذلك بعض أنصار هذا الاتجاه كالدكتور سليمان الطماوي الذي أقر بالجانب الموضوعي لركن الغاية على أساس أن عضو الإدارة ليس حراً في أن يطلق العنان لتصوراته وتخيالاته بل يجب أن تدور هذه التصورات حول الهدف الذي يحدده القانون وهو إما المصلحة العامة أو الأهداف المحددة في القانون، ومن المسلم به أن المصلحة العامة - كما أشرنا آنفاً - هي هدف أو غاية موضوعية سواء كانت محددة بنصوص قانونية أم لا، وعليه لا يمكن تجاهل الجانب الموضوعي بتاتا. وفي المقابل، نرى بأن الرأي الآخر والذي اعتبر الغاية عنصر موضوعي في القرار الإداري قد أغفل جانباً مهماً لا يمكن إنكاره يتمثل في الصفة الشخصية للغاية وإن كانت محددة موضوعياً بالصالح العام إلا إن موطنها الأساسي يكمن في نفس مصدر القرار وفي ذهنه، فهو الذي يروض هذه الغاية كيفما يشاء وحسبما يريد.

كما أن فكرة الاندماج بين السبب والغاية والتي يعول عليها أنصار هذا الرأي، هي فكرة متقدمة وغير مسلم بها حتى من قبل بعض أنصار هذا الرأي، كالفقيه الفرنسي فيدل Vedel والذي يرى بأن العلاقة الوثيقة بين ركني السبب والغاية ليست دائمة، بل إنها مقصورة على الحالات التي يحدد فيها القانون الوقائع التي تكوّن سبب القرار وعندما يلزمها بتسبب قراراتها، أما في الحالات التي لا يلزم

تتحقق بصورة تلقائية، ومن ثم فإن الرقابة على سبب القرار سوف تغني عن غايته. (Bonnard, 1923) وقد أيد الفقيه فيدل Vedel ما ذهب إليه الفقيه بونارد Bonnard في إقراره للعلاقة الوثيقة بين السبب والغاية قائلاً: (انه إذا قامت الأسباب الحقيقية للقرار فإن ذلك سيؤدي إلى توجيه القرار نحو غرضه الموضوعي وتكون الرقابة على الأسباب هنا كافية للوصول إلى إلغاء القرار دون الخوض في بحث الانحراف...). (عبد العال، بلا تاريخ)

ثالثاً: موقفنا من الاتجاهين: ومن جانبنا نرى بأنه لا يمكن أن نعول على جانب ضد الآخر، فكلما الاتجاهين أخذ بجزء من الحقيقة ولكنه أغفل جانباً منها: فأنصار الرأي الأول والذي اعتبر الغاية عنصر شخصي في القرار الإداري قائم بدرجة أساسية على بواعث ونوايا مصدر القرار، ويقوم على فكرة أساسية مفادها الفصل التام بين سبب القرار وغايته أو الهدف منه، فسبب القرار يتعلق بعناصر موضوعية صرفة تتمثل في وقائع مادية تحدث على أرض الواقع ومن السهل الكشف عنها وإثباتها بينما هدف القرار يتمثل بعناصر شخصية بحتة كامنة في نفس مصدر القرار ومن الصعب الكشف عنها وإثباتها.

وهذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه بشكل مطلق وذلك لأن الغاية كما تحتوي على جانب شخصي تحتوي كذلك على جانب موضوعي لا

أولاً ثم تقدير مشروعيتها ومدى مطابقتها للقانون
ثانياً.

المطلب الثاني: تعريف عيب الانحراف بالسلطة

يعني الانحراف لغةً العدول عن الشيء
وتغييره، وحرف عن الشيء وانحرف وتحرف
واحرورف أي عدل، وإذا مال الإنسان عن
الشيء وغير فيه يقال انحرف عنه، والتحريف
في الكلام هو تغييره عن معناه الحقيقي، وعندما
كانت اليهود تغير في معاني وألفاظ التوراة
وصفهم الله تعالى قائلاً: ﴿يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ
مَوَاضِعِهِ﴾ والانحراف عن الشيء هو الميل
عنه. (ابن منظور، ١٩٥٦)

أما اصطلاحاً، فقد كان للفقهاء والقضاء
الأردنيين دورهما في إيضاح مفهوم الانحراف
بالسلطة، وهذا ما سنتناوله في فرعين: أولهما
نخصه لتعريف الفقه الأردني لعيب الانحراف
بالسلطة وثانيهما نخصه لتعريف القضاء الأردني
لهذا العيب.

الفرع الأول: تعريف الفقه الأردني لعيب

الانحراف بالسلطة: لقد تطرق الفقه الأردني لتعريف
عيب الانحراف بالسلطة بتعريفات متقاربة في
مضمونها وإن اختلفت في صياغتها، فقد عرف
الدكتور حنا ندة هذا العيب بقوله: (يكون القرار
الإداري مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة إذا

فيها المشرع الإدارة عن بيان الأسباب التي استندت
إليها في قرارها ولم يفرض عليها تسبب قراراتها،
فإن الرقابة الموضوعية على الأسباب سوف تعجز
عن ذلك، وعلى القاضي اللجوء إلى تفصي نوايا
وغايات مصدر القرار للوصول إلى إلغاء القرار
بسبب الانحراف.

ولذلك فإننا نرى من جانبنا بأن الغاية لها
وجهان: الوجه الأول هو الجانب الشخصي ويتمثل
في تلك الصورة التي رسمها مصدر القرار لحظة اتخاذ
القرار وما تصوره من أهداف أراد تحقيقها بإصدار
القرار، وهذا الأمر سابق لكل نتيجة. والوجه الثاني
هو الجانب الموضوعي للغاية ويتمثل في النتيجة
النهائية كما حددها القانون مسبقاً أي المصلحة العامة
والتي من أجلها مُنح الموظف اختصاصاته لتحقيقها،
ومن ثم لا بد لصحة الغاية من تطابق الجانبان
الشخصي والموضوعي وإلا شاب القرار عيب
الانحراف بالسلطة.

ولذلك نجد بأن القاضي الإداري يلعب دوراً
مزدوجاً في سبيل الكشف عن عيب الانحراف
بالسلطة: الأول هو دورٌ موضوعيٌ يتمثل في اعتبار
عيب الانحراف بالسلطة حالة من حالات عدم
المشروعية التي يمكن أن تصيب القرارات الإدارية
والتي يمكن إثارتها والاستناد إليها قضائياً، أما الدور
الثاني هو دورٌ شخصيٌ يتمثل في امتداد رقابة القاضي
للبحث في الدوافع والبواعث النفسية لمصدر القرار

هو الأقرب إلى المعنى القانوني للعيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الإداري بصوره الثلاثة وهي :

١- استخدام السلطة لغرض شخصي (مخالفة المصلحة العامة).

٢- استخدام السلطة لغرض مخالف للغرض المحدد في القانون (مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف).

٣- الانحراف في استعمال الإجراء.

في حين إن تعبير إساءة استعمال السلطة يفترض سوء نية الإدارة حتماً ولا يفترض حسن نيتها في مخالفتها للمصلحة العامة أو لقاعدة تخصيص الأهداف، ومن ثم فإن هذا التعبير يعكس صورة واحدة فقط من صور عيب الانحراف بالسلطة وهي فرضية استخدام السلطة لغرض شخصي ولا تدخل في إطاره صورتا مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف والانحراف في الإجراءات. فرجل الإدارة عندما يخالف قاعدة تخصيص الأهداف أو ينحرف في استخدام الإجراء فإنه يكون حسن النية لأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ولكنه لم يستهدف الهدف المحدد له من قبل القانون، كما أن الأعمال القانونية أعمال إرادية، فمن غير الممكن ان يصدر قرار إداري دون إرادة، فالعمل الذي يصدر عن رجل الإدارة دون قصد إحداث أثر قانوني هو عمل مادي وليس قانوني ومن ثم فهو ليس قراراً إدارياً. (خليل، ١٩٨٢)

انحرف رجل الإدارة في استعمال صلاحياته التقديرية فرام تحقيق غاية غير الغاية المحددة له في القانون). (نده، ١٩٧٢)

ويرى الدكتور علي شطناوي (إن عيب الانحراف بالسلطة يتحقق عندما تستخدم السلطة الإدارية إرادياً صلاحياتها لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من أجل تحقيقه أنيطت بها تلك الصلاحيات). (شطناوي، ١٩٩٥)

أما الدكتور عمر الشوبكي فيجد أن (عيب الانحراف بالسلطة يتحقق إذا انحرف رجل الإدارة الذي أصدر القرار عن الهدف الذي حدده القانون، واستهدف أغراضاً لا تتحقق بالصالح العام). (الشوبكي، ١٩٩٦)

من هذه التعريفات، يتبين أن الفقه الأردني اتفق على ان عيب الانحراف بالسلطة هو عيب يصيب غاية أو هدف القرار الإداري فيحيده عن الطريق الذي رسمه له القانون سالكاً طريقاً آخر يتغيه مصدر القرار لإشباع إرادة شخصية لديه تتنافى مع إرادة المشرع والمتمثلة في تحقيق الصالح العام أو قاعدة تخصيص الأهداف، ولكنه اختلف في تحديد تسمية هذا العيب، فمنهم من اتخذ تسمية " إساءة استعمال السلطة " ومنهم من فضل تسميته " بالانحراف في استعمال السلطة "، ونحن بدورنا نؤيد تسمية هذا العيب بعيب الانحراف بالسلطة أو الانحراف في استعمال السلطة وذلك لأن هذا التعبير

قائلةً: (إن إساءة استعمال السلطة تعني أن تقوم الإدارة باستعمال صلاحياتها التقديرية بقصد تحقيق غاية تجانب المصلحة العامة أو تحقيق غاية غير الغاية المحددة لها في القانون، وانه يتعين البحث عن الدوافع التي حملت الإدارة على إصدار قرارها، فإن كان الدافع الحقيقي هو تحقيق المصلحة العامة، فلا يعتبر القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة).^(٤)

تعقيبنا على موقف محكمة العدل العليا الأردنية إزاء عيب الانحراف بالسلطة: من خلال التعريفات التي أبدتها محكمة العدل العليا الأردنية بصدد عيب الانحراف بالسلطة يمكننا أن نوضح موقف المحكمة تجاه هذا العيب على النحو التالي: أن المحكمة قد استندت في تعريفها لعيب الانحراف بالسلطة إلى التشريع والفقهاء أكثر من اعتمادها على اجتهادها القضائي دون أن تستقل بوضع تعريف خاص بها تغطي به نواقص وعيوب التعريفات الفقهية من ناحية والتعريف التشريعي من ناحية أخرى، الأمر الذي أدى إلى غموض موقفها وعدم إيضاحه، فقد سبق وان ذكرنا بأن المشرع الأردني قد أطلق على

ومن هنا نرى بأنه يمكن صياغة تعريف جامع لعيب الانحراف بالسلطة بأنه: (استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بغية تحقيق غاية مخالفة للمصلحة العامة أو مخالفة للأهداف المحددة في القانون أو لانحرافها عن الإجراءات الواجبة الإتباع).

الفرع الثاني: تعريف القضاء الأردني لعيب الانحراف بالسلطة: لقد ساهم القضاء الإداري الأردني من جانبه في إبراز مفهوم عيب الانحراف بالسلطة، وذلك من خلال محكمة العدل العليا الأردنية، المحكمة الإدارية الوحيدة في الأردن، حيث وضعت في أحد قراراتها ذات المبادئ تعريفاً لهذا العيب قائلةً:

"١- تعبير إساءة استعمال السلطة هو تعبير قانوني، لا يقصد به التعبير عن الغرض وسوء النية قصداً ٢- التعريف الفقهي لإساءة استعمال السلطة هو انحراف الإدارة صاحبة السلطة عن أهداف القانون، بسابق دافع لا يمت للصالح العام بصلة، حسنت نية الإدارة في هذا الدافع أو ساءت، تعمدت الانحراف فيه أو انحرفت خطأً، لا فرق في ذلك بين أن يكون الدافع غرضاً أو مصلحة ذاتية للغير، أو دافعاً سياسياً، أو غيره على المصلحة العامة".^(٣)

وفي قرار آخر للمحكمة تصدت فيه لتعريف عيب الانحراف بالسلطة بشكل واضح وصريح

(٤) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٥/٦٠ مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العددان ٧-٨ سنة ١٩٨٦ ص ٩٢٥ مشار إليه في مؤلف د. محمد الخلال، المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية مجلة نقابة المحامين الأردنيين بداية عام ١٩٧٢ إلى نهاية عام ١٩٨٦، ص ١٣٢

(٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٣/٤٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١، السنة ٢ ص ٧

هذا العيب في قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ تسمية "إساءة استعمال السلطة"، والمحكمة قد تبنت بشكل عام ذات التسمية التي تبناها المشرع الأردني دون أن تكلف نفسها عناء النظر والتمحيص في مدى صحة هذه التسمية واعتبرته التعبير القانوني الذي يعكس مفهوم ومدلول هذا العيب.

كما أن المحكمة كانت متناقضة عندما تبنت مصطلح "إساءة استعمال السلطة" والذي يفترض لزاماً كما أشرنا سوء نية مصدر القرار وإرادة آثمة في مخالفته للهدف المشروع قانوناً، ثم لم تقم لسوء النية معيار في تحديد وجود هذا العيب من عدمه بل على العكس من ذلك اعتبرت هذا العيب قائماً سواء كانت نية الإدارة حسنة في مخالفة الصالح العام أم سيئة، أرادت عن سابق إصرار وتعمد مخالفة روح القانون والهدف الذي يتغيه أم ارتكبت ذلك عن خطأ غير مقصود، الأمر الذي يدل على أن الغاية من وجهة نظر محكمة العدل العليا هي غاية موضوعية وليست شخصية، ومن ثم فإن رقابة القاضي الإداري الأردني إزاء هذا العيب هي رقابة موضوعية أو مشروعية تتعلق بالعمل ذاته وبالنتيجة التي رتبها هذا العمل وليست رقابة شخصية تنصرف إلى

التحقق في طبيعة نوايا مصدر القرار فيما إذا كان يحمل في نفسه نوايا سيئة من وراء اتخاذ القرار أم لا، ولذلك نجد أنها قالت في القرار الأخير لها (بضرورة البحث عن الدوافع التي حملت الإدارة على إصدار قرارها)، ولكن هذه المقولة الأخيرة لا تعني البتة أنها أقرت بضرورة ممارسة الرقابة الشخصية على دوافع وبواعث مصدر القرار أو أنها كانت تقصد ذلك وتقر بالرقابة الشخصية ضمناً، لأنها لم تقر ذلك لمعرفة صدق نوايا مصدر القرار من عدمه أو للتأكد من مدى حسن أو سوء نيته في ذلك، بل أنها أقرت ذلك لمعرفة النتيجة النهائية التي توصل إليها مصدر القرار من وراء قراره هل تصب في المصلحة العامة أم لا؟ فإذا كانت تصب في المصلحة العامة وفي الهدف الذي حدده القانون كان القرار مشروعاً بغض النظر عن حسن أو سوء نيته وبعبكسه يكون القرار غير مشروع لأنه معيب بعيب الانحراف بالسلطة.

وبناءً على ذلك، كان من الأجدر بمحكمة العدل العليا أن تتبنى مصطلح "الانحراف بالسلطة" أو "الانحراف في استعمال السلطة" بدلاً من "إساءة استعمال السلطة" لأنه أدق وأوضح في الدلالة على هذا العيب لكونه يجمع بين حالتي حسن وسوء نية الإدارة.

المبحث الثاني: تطور عيب الانحراف بالسلطة في الأردن

تعد الرقابة القضائية من أنجح وسائل الرقابة على أعمال الإدارة، باعتبار أن المحاكم هي هيئات متميزة ومستقلة عن الإدارة ويتمتع رجالها بضمانات تكفل استقلالهم وحيادهم في أداء مهامهم القضائية (الطهراوي، ١٩٩٨)، حتى لا تتجاوز الإدارة حدود سلطتها ومن ثم تعد هذه الرقابة من أهم الضمانات التي يمكن بمقتضاها حماية حقوق الأفراد وحياتهم ضد تعسف الإدارة. (مساعدة، ١٩٩١)

هذا وتختلف الدول في تنظيم هذه الرقابة باختلاف طبيعة النظام القضائي السائد فيها، ففي ظل نظام القضاء الموحد - والتي تتبناه الدول الأنجلوسكسونية وعلى رأسها إنجلترا وأمريكا - يقوم على إيجاد جهة قضائية واحدة تختص في الفصل في كافة المنازعات على اختلاف أنواعها، وهنا تلزم الإدارة بمراجعة جهة القضاء العادي المختص بمنازعات الأفراد وتطبيق قواعد قانونية واحدة، دونما تمييز بينها وبين الأفراد الذين يقفون على قدم المساواة مع الإدارة أمام المحاكم. (الحلو، ١٩٨٥)

أما في ظل نظام القضاء المزدوج - والذي يعود الفضل في وجوده إلى فرنسا - فإنه يقوم على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين كل منهما عن الأخرى هما القضاء العادي أو المدني والقضاء الإداري، بحيث يختص الأول بالفصل في المنازعات

التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم وفي منازعاتهم مع الجهات الإدارية في الدولة عندما تمارس نشاطاً بعيداً عن سلطتها العامة أو ما يسمى بأعمال الإدارة العادية، بينما يتولى الآخر الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية سواء تعلق ذلك بمشروعية القرارات الإدارية أو العقود الإدارية وحتى تجاه مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية. (نده، ١٩٧٢)

ومن أجل تسليط الضوء على واقع تطور عيب الانحراف بالسلطة في الأردن، كان لابد من استعراض مراحل تطور الرقابة القضائية والأسباب التي أدت إلى تبني قواعد كل من النظاميين القضائيين: وعليه فإننا سنتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين: المطلب الأول: عيب الانحراف بالسلطة في ظل نظام القضاء الموحد في الأردن؛ المطلب الثاني: عيب الانحراف بالسلطة في ظل نظام القضاء المزدوج في الأردن.

المطلب الأول: عيب الانحراف بالسلطة في

ظل نظام القضاء الموحد في الأردن

بعد توحيد ضفتي نهر الأردن واندماجهما في دولة واحدة هي المملكة الأردنية الهاشمية وجد المشرع الأردني نفسه أمام عدة خيارات لاختيار نظام الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لذلك كان الاتجاه إلى تبني نظام القضاء الموحد والذي من خلاله (تمارس المحاكم النظامية حق القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة في

أوكلت لها المادة (١٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية النظر في المنازعات الإدارية بصفتها محكمة عدل عليا، وهذا ما يفسر وجود العديد من القرارات الإدارية الصادرة باسم محكمة العدل العليا قبل عام ١٩٨٩ أي قبل إنشاء محكمة العدل العليا بشكل مستقل.

وبذلك تكون الأردن قد أبتت على نظام القضاء الموحد على الرغم من تأكيد الدستور الأردني على وجوب إنشاء وتشكيل محكمة العدل العليا كمحكمة إدارية مستقلة عن المحاكم العامة (المدنية) تختص في النظر في الخصومات الناشئة بين الأفراد من ناحية والجهات الحكومية من ناحية أخرى. وقد استمرت المحاكم النظامية في ممارسة ولايتها على القرارات الإدارية باحثاً في مشروعيتها وخلوها من العيوب التي تصيبها ومنها عيب الانحراف بالسلطة حتى عام ١٩٨٩ .

المطلب الثاني: عيب الانحراف بالسلطة في

ظل نظام القضاء المزدوج في الأردن

في عام ١٩٨٩ تمت استجابة المشرع الأردني للنص الدستوري من خلال إصدار قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١١) لسنة ١٩٨٩، والذي يعد نقطة تحول هامة في النظام القضائي الأردني لانتقاله من نظام القضاء الموحد إلى نظام القضاء المزدوج، حيث تم إنشاء محكمة العدل العليا كمحكمة إدارية مستقلة، وذلك وفقاً للمادة (٣)

جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة او تقام عليها).^(٥)

وبالرغم من أن الدستور الأردني الحالي لعام ١٩٥٢ قد نص في المادة (١٠٠) منه على إنشاء محكمة العدل العليا كمحكمة إدارية في الأردن حيث قال: (تعين المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص، على أن ينص هذا القانون على إنشاء محكمة العدل العليا) إلا أن قانون تشكيل المحاكم النظامية في الأردن رقم (٢٦) لعام ١٩٥٢ لم يستجب لنداء الدستور ولم يضع نص المادة المذكورة موضع التطبيق، أي انه لم يقض بإنشاء محكمة عدل عليا مستقلة ومتخصصة وإنما منح محكمة التمييز باعتبارها المحكمة العليا في المملكة والتي توجد على رأس جهة القضاء النظامي أو المحاكم النظامية ثلاث صفات تمارس بها اختصاصاتها وهي الصفة الحقوقية (المدنية) والجزائية والإدارية. (الزعبي، ١٩٨٧؛ حافظ، ١٩٨٧).

وقد عرف القضاء الأردني نظرية الانحراف في استعمال السلطة في ظل هذا النظام وطبقها في العديد من قراراته، ويتضح ذلك جلياً من خلال قرارات محكمة العدل العليا الصادرة في الفترة السابقة لعام ١٩٨٩، وهي كما أشرنا قرارات كثيرة لا تقع تحت حصر، حيث كانت هذه القرارات تصدر من محكمة التمييز ولكن بصفتها محكمة عدل عليا، حيث

(٥) المادة (١٠٢) من الدستور الأردني الحالي لعام ١٩٥٢.

وبعد ثلاث سنوات وتحديدًا في عام ١٩٩٢ صدر قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) والذي وسع من اختصاص المحكمة بنظر المنازعات الإدارية، فقد أوكل لمحكمة العدل العليا ولاية التعويض إضافةً لاختصاصها الأصلي وهو الإلغاء، وذلك عن الأضرار الناجمة عن القرارات الإدارية غير المشروعة (شطناوي، ١٩٩٥)، وقد نص في المادة العاشرة منه على عيب إساءة استعمال السلطة كأحد أوجه الإلغاء وأحد العيوب التي يمكن ان تصيب القرارات الإدارية، مما يؤكد حرص المشرع الأردني على ضرورة إرساء قواعد تشريعية لعيب الانحراف بالسلطة أسوةً بالمبادئ القانونية التي أرستها محكمة العدل العليا الأردنية منذ نشأتها وحتى الوقت الحاضر، وقد أدى ذلك في واقع الأمر إلى اهتمام جانب الفقه الإداري في الأردن من ناحية وطلاب العلم من ناحية أخرى في البحث في هذا العيب، فازدادت أهميته في العقدين المنصرمين زيادة ملحوظة، وبدأ الفقه الإداري في الأردن عازماً على تحليل هذا العيب وبيان مفاهيمه ومدلولاته وكل ما له علاقة بهذا العيب الأمر الذي أدى إلى تطور ملحوظ لهذا العيب في السنوات الأخيرة.

ومن جانب آخر، فإن وجود نص تشريعي لعيب الانحراف بالسلطة أدى إلى زيادة ثقة الأفراد بالقانون وانه السند والمرتكز الوحيد لديهم أمام القضاء لإنصافهم ضد تعسف الإدارة وتحكمها،

فقرة (١) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١١) لسنة ١٩٨٩ والتي نصت على أن (تنشأ ضمن ملاك وزارة العدل محكمة تسمى "محكمة العدل العليا" يكون مقرها في عمان ويتم تشكيلها من رئيس وعدد من الأعضاء القضاة بقدر الحاجة)، وبهذا يكون هذا التشريع المنشئ لمحكمة العدل العليا قد حقق الشرعية الدستورية وذلك بوضع نص المادة (١٠٠) من الدستور الأردني لعام ١٩٨٩ موضع التنفيذ، كما حقق الاستقلالية لمحكمة العدل العليا عن المحاكم النظامية بعد أن كانت مندمجة في محكمة التمييز. وقد نص القانون المذكور في المادة (٩) منه فقرة (٤) على ما يلي: (ويشترط أن تستند أي دعوى تقام لدى المحكمة (أي محكمة العدل العليا) إلى سبب أو أكثر من الأسباب التالية:

- أ) عدم اختصاص الشخص الذي أصدر القرار.
- ب) مخالفة القانون أو النظام (اللائحة) أو الخطأ في تطبيقه.
- ج) اقتران القرار أو إجراءات إصداره بعيب في الشكل.
- د) إساءة استعمال السلطة.

وبهذا شهد عام ١٩٨٩ في الأردن أول تطور لعيب الانحراف بالسلطة، وذلك بإيجاد مصدر تشريعي ينص على هذا العيب، بعد أن كان يفتقر لوجود أي سند تشريعي، إلا أن هذا القانون قد قصر اختصاص المحكمة بولاية الإلغاء دون التعويض.

أنها سليمة وصحيحة إلى أن يثبت العكس من قبل المدعي بأنها صدرت بشكل مخالف لأحكام القانون بمعناه الواسع، فمن المتفق عليه فقهاً وقضاً بأن القرار الإداري يعد مشروعاً حتى يثبت العكس وفق القاعدة الفقهية التي تقول بأن كل قرار إداري فردي أو تنظيمي يفترض صدوره صحيحاً وفقاً للقانون وفي حدود المصلحة العامة ما لم يثبت الطاعن عكس ذلك. (عبد البر، ١٩٨٠؛ الدغيشر، ١٩٩٢)

وإذا كانت هذه المهمة صعبة وشاقة على المدعي، فإنها تصبح أشد صعوبة وأكثر مشقة إذا ما تعلق الأمر بإثبات انحراف الإدارة في استعمال سلطتها وذلك لطبيعة وخصوصية إثبات هذا العيب والذي يتطلب تقصي نوايا الإدارة لمعرفة قصدتها وهدفها الحقيقي الذي سعت إليه من وراء اتخاذ القرار، وما إذا كان مطابقاً للهدف الذي من أجله مُنحت هذه السلطات أم لا.

وعليه، فإننا سنتناول هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين: المبحث الأول: أسباب صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة؛ المبحث الثاني: عيب إثبات عيب الانحراف بالسلطة.

المبحث الأول: أسباب صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة

هناك إجماع فقهي سواء في الأردن (الشوبكي، ١٩٩٦؛ شطناوي، ١٩٩٥)؛

فالإدارة التي تتعسف في استعمال سلطتها وتنحرف عن جادة الصواب تكون قد خالفت نصاً تشريعياً مما يرسخ مبدأ المشروعية وسيادة القانون في الأردن.

إلا أن نظام القضاء الإداري في الأردن مازال بحاجة إلى إعادة نظر وإعادة تنظيم، فمحكمة العدل العليا هي في الواقع المحكمة الإدارية الوحيدة في الأردن التي تمارس ولاية الإلغاء والتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعية، فهي محكمة أول وآخر درجة تجاه النظر بمشروعية هذه القرارات، الأمر الذي يضيع على الأفراد فرصة الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا، ونحن نتطلع بشوق إلى أن يتدخل المشرع الأردني بتعديل قانون محكمة العدل العليا الحالي وذلك يجعل التقاضي فيه على درجتين بدلاً من درجة واحدة، الأمر الذي يكفل حقوق وحرية الأفراد وعلى رأسها حق الطعن في الأحكام القضائية.

الفصل الثاني:

صعوبة وعبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة في

القضاء الأردني

تقضي القاعدة العامة في الإثبات - سواء أمام القضاء العادي أو الإداري - بأن "البينة على من ادعى"^(٦)، وعليه فإن الأصل في القرارات الإدارية

(٦) المادة (٧٧) من القانون المدني الأردني المؤقت رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٦٤٥ بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

المطلب الأول: السبب العائد لطبيعة العيب ذاته.

المطلب الثاني: السبب العائد لطبيعة موقف القاضي الأردني تجاه هذا العيب.

المطلب الأول: السبب العائد لطبيعة العيب ذاته

تعود صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة إلى ما يحتويه هذا العيب من سمات وخصائص تميزه عن غيره من العيوب التي تصيب القرارات الإدارية، فهو عيب يرتبط - كما رأينا سابقاً - بغاية القرار أي بالهدف الذي يسعى لتحقيقه مصدر القرار والتي تتمثل بالمصلحة العامة أو بالهدف المحدد في القانون، فإذا اتجه مصدر القرار إلى تحقيق هدف أو غاية مغايرة لذلك فإن ذلك يوصم القرار بعدم المشروعية لعيب الانحراف بالسلطة.

وقد أكد القضاء الإداري المصري هذه الميزة، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن (عيب إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها...)^(٧).

أما في الأردن، فقد أجمع الفقه على اعتبار أن عيب الانحراف بالسلطة يتحقق عند مخالفة الهدف من القرار الإداري لأحكام القانون، أو كما يطلق

العبادي، (١٩٩٥) أم في مصر (الظماوي، ١٩٨٧؛ عبد البر، ١٩٨٠؛ جمال الدين، ١٩٩١) أم في فرنسا (Auby et Debbasch et Ricci, 2001)؛ على أن إثبات انحراف الإدارة في استعمال سلطتها أمرٌ بالغ الصعوبة بالنسبة للقاضي وللمدعي على حدٍ سواء، فالقاضي لا يمكنه الكشف بسهولة عن وجود هذا الانحراف، نظراً لما ينفرد به هذا العيب من خصوصية تتعلق بإثبات عناصر نفسية كامنة في نفس مصدر القرار، من خلال تقصي حقيقة نوايا رجل الإدارة من وراء اتخاذ القرار، لمعرفة الهدف الذي سعى لتحقيقه وهل ينطبق مع الهدف المنشود في القانون أم لا؟ وذلك على النقيض تماماً من إثبات العيوب الأخرى للقرار الإداري، حيث أن إثباتهم لا يشكل صعوبة لا أمام القاضي ولا أمام المدعي كونهما من العيوب الشكلية والذي ينصب إثباتهم على عناصر موضوعية (مادية) من السهل ملاحظتها والكشف عنها.

وبناءً على الطبيعة الخاصة التي يتسم بها عيب الانحراف بالسلطة والتي جعلت إثباته أمام القضاء أمراً عسيراً ويتطلب جهداً شاقاً من القاضي لإثباته، فإن القاضي يتخذ إزاء هذا العيب موقفاً متشدداً ومتصلباً، بحيث لا يحكم بانحراف الإدارة إلا إذا تأكد فعلاً من وجود هذا الانحراف.

وعليه، فإننا سنرجع أسباب صعوبة إثبات هذا العيب إلى سببين رئيسيين في المطلبين التاليين:

(٧) قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١١/٥٩٨ ق - الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٥/٣.

وبذات المعنى تقول المحكمة في قرارٍ آخر لها: (...وانه يتعين البحث عن الدوافع التي حملت الإدارة على إصدار قراراتها، فإن كان الدافع الحقيقي هو تحقيق المصلحة العامة فلا يعتبر القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة).^(٩)

وعليه فإن القاضي يتتبع الهدف أو الغاية التي ابتغها مصدر القرار خطوة بخطوة وصولاً للكشف عن المصلحة الحقيقية التي سعى لتحقيقها، فإن كانت المصلحة المحققة تصب في خدمة الصالح العام أو في الأهداف المحددة من قبل المشرع الأردني، فلا مجال للحديث عن عيب الانحراف بالسلطة، وبعبارة أخرى إذا لاحظ القاضي من خلال ما يعرض عليه من أدلة وإثباتات وقرائن بأن رجل الإدارة قد استهدف تحقيق مصلحة شخصية كامنة في نفسه، سواء عادت بالنفع عليه شخصياً أم على الغير، فإن مثل هذا القرار يعتبر مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة مما يترتب عليه إلغاءه قضائياً.

وباستقراء أحكام محكمة العدل العليا الأردنية، نجد أنها قامت بإلغاء العديد من القرارات الإدارية لاستهداف مصدرها أهدافاً غير مشروعة قانوناً وذلك إما لمخالفتها المصلحة العامة أو قاعدة

عليه قسم من الفقه والقضاء مخالفة لروح القانون (الشوبكي، ١٩٩٦؛ نده، ١٩٧٢)، وهذا يوجب على القاضي الإداري الأردني التحقق من نوايا مصدر القرار وغاياته الشخصية الداخلية من إصدار القرار لمعرفة مدى مطابقتها هذه الغايات والأهداف للغايات والأهداف المشروعة قانوناً.

ومن ثم فإن هذا العيب يمثل الغاية التي يستهدفها رجل الإدارة والتي تتميز بطابعها الشخصي والنفسي، فهي الحالة النفسية الداخلية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها. وهو ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في أحد قراراتها ذات المبادئ والتي أقرت لنفسها مراقبة الجانب الشخصي أو الذاتي لرجل الإدارة لمعرفة نواياه الحقيقية والتحقق من الهدف الكامن في نفسه، فتقول المحكمة: (إن عيب إساءة استعمال السلطة يخول المحكمة أن تمتد رقابتها إلى البواعث والدوافع التي حملت الإدارة على إصدار قراراتها بصرف النظر عن كون القرار قد صدر من شخص مختص واستوفى الإجراءات الشكلية وأنه مطابق للقانون).^(٨)

(٨) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٤/٨٣، العدد ١، السنة ١٣، ص ٢١ ينظر د. حنانة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية من بداية سنة ١٩٥٣ إلى نهاية سنة ١٩٧١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمّان ١٩٧٢ ص ٤٢ وينظر ذات القرار كذلك لدى د. عمر الشوبكي، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٥/٦٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العددان ٧-٨ سنة ١٩٨٦ ص ٩٢٥ ينظر المحامي محمد الخلال، المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية من بداية سنة ١٩٧٢ إلى نهاية سنة ١٩٨٦، مرجع سابق، ص ١٣٢.

وفي قرار آخر لها، أقرت بإلغاء قرار البلدية الصادر بمنع أشخاص من تعاطي البيع في السوق بعد أيام من خلاف نتج عنه عداوة شخصية بين أحد موظفي البلدية والأشخاص الذين استهدفهم قرار المنع، وفي ذلك قضت محكمة العدل العليا بأن (القرار الصادر بمنع أشخاص من تعاطي البيع في السوق لم يستهدف الصالح العام وإنما صدر مدفوعاً بغايات شخصية لمصدر القرار تتمثل في وجود خلافات وحزازات سابقة على صدور قرار المنع ... مما يجعل القرار حقيقياً بالإلغاء).^(١١)

وخلاصة القول، إن الطبيعة الشخصية اللصيقة بعيب الانحراف بالسلطة والتي تعد جزءاً لا يتجزأ منه، جعلته من العيوب الخفية التي قد تستر بها بعض مظاهر الشرعية: كصدور القرار من مختص وبالشكل الذي يتطلبه القانون ويقع على محله ولأسباب تبرر إصداره في الواقع والقانون، ومع ذلك يكون معيباً في غايته والتي هي أمر نفسي من الصعب الكشف عنها (Rivero et Waline, 2000)، ولاكتشافها كان لا بد على القاضي أن يغوص داخل نوايا الإدارة لتقصي حقيقتها عند إصدار قرارها ليحكم على مشروعية الهدف الذي سعت إلى تحقيقه وهي مهمة صعبة إذا ما قورنت بإثبات أوجه الإلغاء الأخرى.

تخصيص الأهداف، كإشباع غاية الانتقام عن طريق الإضرار بمن صدر بحقه القرار والتنكيل به لأسباب لا تمت للصالح العام بصله، وإنما ناتجة عن اختلاف في الرأي أو التنافس في مجال معين، ومن ذلك حكمها الذي قضت فيه (بأن القرار المطعون به بإحالة المستدعي على التقاعد لا يتفق مع الهدف الذي أراده واضع القانون من منح مجلس الوزراء سلطة إحالة الموظفين على التقاعد، لأن هذا القرار ما كان ليصدر لولا رضخ المستدعي لطلب مجلس الوزراء وسحب دعوى طعنه بقرار نقله ونفذ قرار نقله).^(١٠)

ويتضح من القرار السابق بأن المحكمة قد بنت قرارها القاضي بإلغاء قرار مجلس الوزراء واعتباره معيب بعيب الانحراف بالسلطة على أساس أن قرار مجلس الوزراء القاضي بإحالة الموظف على التقاعد قد صدر بسبب رفض هذا الأخير الانصياع لقرار المجلس القاضي بنقله بل طعن بقرار النقل هذا أمام المحكمة، وقامت هذه الأخيرة بإلغاء قرار نقله ومن ثم إعادته إلى وظيفته المنقول منها، فأراد المجلس أن ينتقم من الموظف ويحفظ ماء وجهه نتيجةً لكسبه القضية فاستعمل سلطته التي خولها له القانون بإحالة الموظفين على التقاعد لتحقيق غاية مغايرة للغاية التي من أجلها منح هذه السلطة.

(١١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٧/١٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٦-٩ لسنة ١٩٦٧ ص ٣٢.

(١٠) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٤/٨٣، سابق الإشارة إليه.

المطلب الثاني: السبب العائد لطبيعة موقف

القاضي الأردني تجاه هذا العيب

يتسم موقف القاضي الإداري الأردني - أسوةً بغيره من القضاة - بالتشدد إزاء عيب الانحراف بالسلطة، وهذا ناتج عن خصوصية هذا العيب كونه يتعلق بعناصر نفسية أكثر منها مادية، من الصعب الكشف عنها وإثباتها، لاسيما وأن الإدارة ستحرص كل الحرص على إخفاء نواياها السيئة أمام القضاء مبديةً استهداف الصالح العام، وإن إثبات وجود هذا العيب يضع الإدارة في موضع الحرج ويضر بسمعتها وهيبتها أمام القضاء والرأي العام.

وقد استقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية بأن عيب إساءة استعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض، فيجب على الطاعن أن يستند في دعواه إلى وقائع واضحة ومنتجة تقود إلى قناعة القاضي، لا على مجرد افتراضات واستنتاجات، وعلى هذا تقول محكمة العدل العليا (ونحن نرى أنه لا يكفي لإثبات سوء النية الاستناد إلى افتراضات واستنتاجات، بل يجب تقرير وقائع معينة يمكن للمحكمة أن تستنتج منها وجود سوء النية، وحيث أن المستدعي لم يفعل ذلك فلا ترى المحكمة مبرراً لاستماع بينته على أمور مبهمه وغير معينة)^(١٢).

ومن أمثلة تشدد القاضي الأردني في قبول وجود عيب الانحراف بالسلطة، رفضه اعتبار تقديم شهادة وزارية تشيد بكفاءة الموظف صادرة بعد صدور قرار الإحالة على التقاعد دليلاً على الانحراف، وعلى ذلك قضت محكمة العدل العليا في احد أحكامها: (أما أن المستدعي قد حصل بعد انتهاء خدمته على شهادة من الوزير تشيد بكفاءته فلا تكفي للدلالة على أن مجلس الوزراء قد حاد عن المصلحة العامة بإصدار القرار المشكوك منه أو أنه تجاوز غاية المشرع لاسيما وأن قانون التقاعد لم يعين غاية محددة أو غاية عامة بنصوصه، بل ترك أمر تقدير المصلحة العامة لمجلس الوزراء).^(١٣)

كما أن استعانة الإدارة ببعض الجهات الإدارية الأخرى بغية إصدار قرار إداري لا يشكل دليلاً على انحراف الإدارة في استعمال سلطتها، وفي ذلك تقول المحكمة: (إن قيام الإدارة باستشارة الجهات الأمنية قبل اتخاذ قرار حل جمعية معينة لا يقوم دليلاً على أنها أساءت استخدام سلطتها، بل على العكس لا مانع قانوني يمنعها من الاستعانة بالدوائر الأخرى لجمع الأدلة التي تثبت أن الجمعية خالفت القانون...)^(١٤).

(١٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٦ / ٢٧ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١/٢٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص ٤٤٨.

(١٤) قرار محكمة العدل العليا الأردنية الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٣/٢٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص ٤٩٤.

(١٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٢/٧، العدد ١، السنة ١، ص ١٢ ينظر د. حنا ندة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا الأردنية، مرجع سابق، ص ٤٦.

هذا لا يعني - وكما يقول د. عبد العزيز خليفة - أن يحرص القضاء على الحفاظ على هيبة الإدارة على حساب انتهاكها لمبدأ المشروعية ولمبدأ حقوق الأفراد وحررياتهم، بل يجب على الإدارة نفسها أن تقلع عن الانحراف بالسلطة حتى تتجنب حرج إلغاء تلك القرارات.

وقد ترتب على صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة أمام القضاء الأردني، أن أصبح هذا العيب عيباً احتياطياً، بحيث لا يلجأ إليه القاضي الأردني إلا في حالة استنفاده لباقي أوجه الطعن بالقرار دون جدوى لإلغائه وذلك نظراً لسهولة التثبت من وجود العيوب الأخرى للقرار التي تتعلق بالمشروعية الخارجية أو الظاهرة، بعكس عيب الانحراف بالسلطة الذي يتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار حيث يعتبر عيب نفساني فهو خفي ومستتر ومن الصعب الكشف عنه وإثباته خاصة أن القرار الإداري مشروعاً في أركانه الأخرى، كما أنه لا مصلحة للطاعن في التمسك بهذا العيب إذا كان يستطيع أن يقيم الدليل بسهولة على عيب آخر، ومن ثم يصل إلى مبتغاه في إلغاء القرار الإداري. (عيد، ١٩٧٥)

المبحث الثاني: عبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة

إذا كان الأصل - كما أشرنا - أن المدعي هو الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات باعتباره صاحب الادعاء أمام القضاء، فإن مهمة الإثبات لا

كما استقر قضاء المحكمة على أن مجرد وجود عداوة شخصية بين مصدر القرار ومن يعنيه القرار، لا تكفي لأن تجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة إلا إذا كان القرار قد صدر تحت تأثير هذه العداوة، وفي ذلك تقول المحكمة: (إن مجرد وجود خلاف بين الموظف المحال للتقاعد وأحد الوزراء لا يعيب القرار ولا ينال من صحته)^(١٥). وفي قرار آخر قضت المحكمة: (إن وجود موظفين أكثر خدمة من المستدعي وأكبر منه سناً لا يزالون على رأس عملهم، لا يكفي لإثبات أن القرار المطعون به بإحالة المستدعي على التقاعد مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة، إذ أن لكل موظف ظروفه).^(١٦)

ومن خلال ما تقدم، يتبين بأن القاضي الإداري الأردني لا يقتنع بسهولة بوجود انحرف في السلطة لمجرد أن أحد الأفراد قد أثار أمامه شبهة وجود ذلك الانحراف، نظراً لكون إثبات هذا العيب يؤدي إلى إخلال وعدم استقرار في النظام القانوني وفي العلاقات الإدارية مع الأفراد، فضلاً عن أن إثبات هذا العيب سيؤدي إلى المساس بهيئة الإدارة كسلطة عامة ويحجّم مركزها في نظر الأفراد، الأمر الذي ينعكس سلباً على أداء وعمل الإدارة، ولكن

(١٥) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٣/٢٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١٠، السنة ١، ص ٥١١.

(١٦) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٥/١٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٧-٨ لسنة ١٩٧٦ ص ١١٨٧.

قائلةً: (...على المستدعي إثبات أن القرار المطعون فيه مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة).^(١٨)

ومما يجدر ذكره، أن القاضي الإداري في الأردن يطبق القواعد المتبعة في القضايا المدنية فيما يتعلق بعملية الإثبات وذلك نظراً لعدم وجود تشريع خاص ينظم عملية الإثبات في القضايا الإدارية: فيستطيع القاضي الإداري الأردني في سبيل الكشف عن انحراف الإدارة الاستعانة بالبيئة الشخصية (الشهادة) وبالخبرة وبالقرائن الأخرى القانونية منها والقضائية وهذا مما يحمده عليه المشرع الأردني.

وفي حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية استعانت فيه المحكمة بالبيئة الشخصية (الشهادة) في إثبات الانحراف بالسلطة وذلك باستدعائها أعضاء الإدارة والاستماع لشهاداتهم لتبين مقاصدهم الحقيقية من اتخاذ القرار، وكان هذا الحكم يتعلق بطلب إلغاء قرار تم بمقتضاه إلغاء وظيفة المستدعي في قسم الهندسة بأمانة العاصمة (عمّان)، وقد استند المدعي في طلبه للإلغاء القرار على أساس انه مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة، واستشهد برئيس قسم الهندسة لدعم ادعائه، وقد استدعت المحكمة رئيس قسم الهندسة وأجرت تحقيقاً معه ولم يثبت لها صحة ادعاء المستدعي، وقد قالت في ذلك: (...أما من حيث سوء استعمال السلطة فإن البيئة التي قدمها

تبقى لصيقة به إلى نهاية الدعوى، بل ينتقل إلى المدعى عليه (الإدارة) ومن ثم فهي تقوم بدورها بدفع ادعاءات المدعي الموجهة إليها، وهي بهذا العمل تصبح مدعية في هذا الدفع وعليها إثبات ما تدفع به، وبهذا فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع. (السنهوري، ١٩٥٦)

وستتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تحمل المدعي عبء الإثبات؛
المطلب الثاني: تحمل الإدارة عبء الإثبات.

المطلب الأول: تحمل المدعي عبء الإثبات
الأصل أن إثبات عيب الانحراف بالسلطة يقع على عاتق المدعي، بحيث إذا لم يستطع إقامة الدليل على انحراف الإدارة خسر دعواه، واعتبر قرار الإدارة صحيحاً. (عبد الوهاب وشرف الدين، ١٩٨٩).

فقد قضت محكمة العدل العليا في أحد قراراتها ذات المبادئ هذه القاعدة قائلةً: (إن عبء إثبات إساءة استعمال السلطة يقع على عاتق المستدعي بأن القرار المطعون به قد حاد عن الهدف الذي توخاه مصدره أو عن غاية المشرع)^(١٧)، وبذات المعنى والمضمون أكدت ذات المحكمة على نفس المبدأ

(١٨) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٤/١١٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٥-٦ لسنة ١٩٨٥ ص ٧٦٦.

(١٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٥/١٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٣-٤ لسنة ١٩٧٦ ص ٤٤٨.

الأخرى التي تصيب القرار الإداري فيما عدا عيب عدم الاختصاص الذي يتعلق بالنظام العام. (السناري، ١٩٩٤) وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في قرارين لها قائلةً في الأول (...إذا لم يرد ادعاء بإساءة استعمال السلطة أو بالتأديب المقنع في لائحة الدعوى وإنما ورد في المرافعة، فإن هذا الادعاء لا يكون مسموعاً...) (٢٠) والثاني قالت فيه: (مسألة إساءة استعمال السلطة وإن ذكرت في لائحة الدعوى يجب أن يتمسك بها المستدعي أثناء المرافعة ويورد الأدلة على أن القرار المشكوك منه مشوب بهذا العيب). (٢١)

وهو ذات المبدأ الذي أكدت عليه محكمة القضاء الإداري المصري في أن عبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة يقع على عاتق المدعي بقولها: (...مادام أن المدعي لم يقدم دليلاً على أن الجهة الإدارية عند إصدارها قرارها في حدود سلطتها التقديرية باختيار المطعون في ترقيته دونه قد انحرفت بسلطاتها عن مراميها وأهدافها، فالقرار المطعون فيه لا شائبة فيه...). (٢٢)

المستدعي وهي شهادة رئيس قسم الهندسة ليس فيها ما من شأنه أن يثبت أن مجلس الأمانة ألغى وظيفة المستدعي للتخلص منه أو لأي سبب يتعلق بشخصه). (١٩)

ونظراً للمشقة التي يواجهها المدعي في إثبات هذا العيب فإن القاضي الإداري يقدم العون له عن طريق وسائل هي:

(١) في حالة كون القانون قد حدد للإدارة هدفاً معيناً أو حدد طبيعة الغاية الواجب استهدافها، فإذا كشفت الإدارة عن هدفها في أثناء الدعوى فإن القاضي يقوم بمقارنة هذا الهدف المعلن بالغاية التي حددها المشرع للإدارة، فإذا وجد القاضي تبايناً وتعارضاً بين الهدفين فإنه يقضي بإلغاء قرار الإدارة للانحراف بالسلطة. (الدليمي، ١٩٩٨)

(٢) أما في حالة عدم كشف الإدارة عن الغاية ولم يحدد القانون هدفاً معيناً أمام الإدارة فإن القاضي يطلب من الإدارة أن تظهر بواعثها من إصدار القرار حتى في القرارات التي لا تجبر الإدارة على تبرير قرارها. (متولي، ١٩٧٤)

ولا يملك القاضي الإداري الأردني - أسوة بنظيره الفرنسي والمصري - إثارة هذا العيب من تلقاء نفسه لأنه لا يتعلق بالنظام العام، بل لابد أن يطلب المدعي ذلك شأنه في ذلك شأن بقية العيوب

(٢٠) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٧/٢٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٤-٦ لسنة ١٩٦٨ ص ٢١٧.

(٢١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٣/٤٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١١، السنة ١، ١٩٥٤ ص ٥٤٧.

(٢٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٣/٣/١٩ في الدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ٦ ق س ٧ ص ٦٩٩ مشار إليه لدى

(١٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٣/٤٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١٢ لسنة ١٩٥٤ ص ٥٩٩.

خلاف فقهي حول مسألة عبء الإثبات:

بالرغم من وجود شبهة إجماع فقهي على تحمل المدعي عبء الإثبات، إلا أن هناك خلافاً فقهيّاً ثار حول هذه المسألة بين مؤيد لفكرة تركيز عبء الإثبات على عاتق المدعي وبين معارض لها ومؤيد لفكرة توزيع عبء الإثبات بين المدعي والإدارة، وسوف نتناول هاتين الفكرتين ثم نعقب بعد ذلك برأينا في هذا الموضوع على النحو التالي:

أولاً: فكرة تركيز عبء الإثبات على عاتق المدعي:

تقوم هذه الفكرة على جعل عبء الإثبات من المهام والمسئوليات الملقاة على عاتق المدعي وحده طالما انه الشخص الذي أقام الادعاء. وتحوز هذه الفكرة على أغلبية آراء الفقه الإداري المصري (كامل، ١٩٥٤ ؛ حسن ١٩٦١ ؛ حلمي، ١٩٧٠) وأغلبية آراء الفقه الأردني (شطناوي، ١٩٩٥ ؛ العبادي، ١٩٩٥)، ويقول الدكتور احمد أبو الوفا كأحد أنصار هذه الفكرة بأن إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي يجد مبرره في الاعتراف بصحة الأمر الواقع واحترام الوضع الظاهر وبراءة الذمة، وذلك أن أية منازعة قضائية تقوم على عدم اتفاق الطرفين بشأن

وقائع معينة وكيفية تطبيق القانون عليها. (أبو الوفا، ١٩٦٩) أما الدكتور محمود عاطف البنا فيرى من جانبه بأن إلقاء عبء إثبات الانحراف بالسلطة على عاتق المدعي يستند إلى المبدأ القاضي بأن الأصل في الأهداف والأغراض التي تتوخاها الإدارة أنها مشروعة وسليمة إلا أن يثبت العكس، وذلك لخطورة الإسراف في اتهام الإدارة بالانحراف في استعمال سلطتها. (البنا، ١٩٦٠)

كما يؤيد الدكتور عبد العزيز خليفة هذه الفكرة ويأخذ بها للأسباب التالية: (خليفة، ٢٠٠١)

- ١- إن فكرة إلقاء عبء الإثبات وجعلها على عاتق المدعي في الدعاوى الإدارية يتماشى مع المنطق القانوني السليم، بأن من يدعي أمراً عليه إثباته.
- ٢- إن الأخذ بهذه الفكرة ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيق لما جرى عليه العمل في إثبات الدعاوى المدنية والجنائية.
- ٣- إن هذه الفكرة لها أصل في الشريعة الإسلامية ومن ثم فإن تطبيقها يعد تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما سار عليه الفقه الإسلامي في إثبات المعاملات.
- ٤- إن الأخذ بهذه الفكرة له فائدة عملية تتجلى في قيام المدعي بالتحضير المسبق

=د. حمدي عكاشة، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٧ ص ٥٧٥.

بالأدلة المادية، بعكس المدعي الذي يجد مشقة كبيرة في إثبات انحراف الإدارة أمام القضاء لأنه لا يملك أدلة مادية لإثبات هذا الانحراف سوى الاستناد إلى القرائن المحيطة بالقرار المطعون فيه، وهذا أمر ليس من اليسير إثباته، فليست أية قرينة تصلح كدليل لإثبات انحراف الإدارة في استعمال سلطتها Lemasurier, (1959)) كما سنيين ذلك في الفصل الثالث من هذا البحث.

وتستند حجج الفقه المؤيد لفكرة توزيع عبء الإثبات بين طرفي الدعوى على أساسين: الأول: يتمثل في ضرورة التمييز ما بين عبء الإثبات في القانون الخاص (المدني) والقانون العام (الإداري) وذلك لاختلاف طبيعة كل قانون عن الآخر، فإذا كان أطراف الدعوى يتساوون في المراكز القانونية أمام القضاء المدني ومن ثم يتساوون في مقدرتهم في الحصول على أدلة الإثبات، فإن هذا التوافق والتساوي بين أطراف الدعوى لا يتحقق أمام القضاء الإداري للأسباب آنفة الذكر، وعليه لا يمكن قياس هذا على ذلك، فمن المعلوم بأن القانون الإداري لم ينم مسألة عبء الإثبات ولم ينص عليها وأن القاضي الإداري يعود بصدد ذلك للقواعد المدنية في الإثبات ليطبقها

لأدلة الإثبات كونه يعلم سلفاً بأنه مكلف بإثبات دعواه، وهنا يتخذ أحد قرارين: إما رفع الدعوى لإلغاء القرار الإداري إذا كان واثقاً من قدرته في إثبات عدم مشروعيته، مما يوفر على نفسه وعلى القاضي الوقت والجهد في قضية سيحكم حتماً برفضها وإما العدول عن ذلك إذا كان لا يملك ما يقنع به القاضي بعدم مشروعية القرار.

ثانياً: فكرة توزيع عبء الإثبات بين المدعي والإدارة: إلا أن هناك من يرى بضرورة توزيع عبء الإثبات بين طرفي الدعوى (المدعي والإدارة) وعدم إلقائه على طرف واحد، لما في ذلك من ظلم وإجحاف بحق المدعي خاصة في مجال الدعاوي الإدارية والتي تتباين فيها مراكز طرفي الدعوى، بحيث يمثل المدعي فيها الطرف الضعيف في حين تمثل الإدارة الطرف القوي لما تحوزه من سلطات عامة بموجب القوانين بالإضافة لما تمتلكه من ملفات وأوراق ومستندات تستند إليها الإدارة في إثبات دفعها أمام القضاء الإداري، فالقاضي الإداري وإن كان بصدد النظر في دعوى الانحراف بالسلطة إلا أنه يبني حكمه على أسس وأدلة مادية ثابتة لا على مجرد إدعاءات وافتراضات شخصية، ولذلك فإن الإدارة تبقى في مركز أقوى مادامت محتفظة

إلى أن من يدعي عكس قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس عليه عبء الإثبات. (وصفي، ١٩٧٠)

ثالثاً: موقفنا من الخلاف الفقهي حول مسألة عبء الإثبات: ونحن من جانبنا نرى بأن إلقاء عبء الإثبات على كاهل المدعي أمام القضاء الإداري أمر محل نظر، ولا يتعين الأخذ به على إطلاقه، وذلك لتباين واختلاف النظام القانوني الذي يحكم القضاء الإداري عن النظام القانوني الذي يحكم القضاء العادي (المدني)، فإذا كان القانون الإداري يفترق لوجود نصوص قانونية تنظم مسألة عبء الإثبات في الدعاوي الإدارية أمام القضاء الإداري، فإن الحل - من وجهة نظري - لا يكون دائماً بالاستناد إلى القواعد العامة في الإثبات في القانون المدني، بل كان من الأجدر أن يتدخل المشرع بوضع نصوص تشريعية تنظم آلية عبء الإثبات ووضع قواعد خاصة له تختلف في مضمونها عن تلك المقررة في القانون المدني للأسباب آنفة الذكر. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب على القاضي الإداري أعمال سلطته التقديرية بشكل أكثر فاعلية بحسب ظروف كل واقعة ويتدخل بشكل إيجابي لمعاونة المدعي في إثبات ما يدعيه من خلال إلزام أعضاء الإدارة

على الدعاوي الإدارية المعروضة أمامه. (أبو زيد، ١٩٧٩)

والثاني: انه من الصعب تحديد جهة معينة أو طرف محدد في الدعوى يتحمل عبء الإثبات وحده طيلة نظر الدعوى، فمن المعلوم أن عبء الإثبات يتأرجح بين طرفي الدعوى ولا يثبت عند طرف دون الآخر، فهو يبدأ بالمدعي ومن ثم ينتقل إلى المدعى عليه لإثبات عكس ما يدعيه المدعي أي لإثبات دفعه للتهم المنسوبة إليه، ومن ثم فإن عبء الإثبات ينقسم بين المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع. (السنهوري، ١٩٥٦)

ولذلك يجب على القاضي أن يتدخل في توزيع عبء الإثبات على من يطبقه من الطرفين كل حسب إمكانياته وحسب ما يقدر عليه من دليل، وهنا على الطرفين أن يتعاونان مع القاضي ويساعدانه في الحكم في القضية كل حسب مقدرته: المدعي يتحمل عبء إثبات ما يدعيه وعبء الإرشاد عن الأدلة الموجودة بحوزة الإدارة كالوثائق والمستندات، والإدارة بدورها تتحمل عبء إثبات دفعها، ولا يقبل منها أن تلتزم الصمت والسكوت وعدم إبداء هذه الدفوع طالما أنها معتقدة اعتقاداً جازماً بسلامة موقفها، وفي النتيجة، فإن هذا الرأي يخلص

بالحضور والمثول أمامه لأخذ شهاداتهم وإلزامهم بإبراز كافة المستندات والوثائق التي تحوزها الإدارة - أو بالأحرى تخفيها - وإن ذلك لا يعد تدخلاً من القاضي في شئون الإدارة ولا يشكل انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضي عندما يستدعي رجال الإدارة ويستمع لشهاداتهم ويطلب منهم إبراز المستندات والأوراق التي بحوزتهم، إنما يقوم بذلك بغية الوصول إلى الحقيقة وإحقاق الحق وإرساء قواعد العدالة في المجتمع ومجازاة المذنب وإنصاف الضحية وهذا يعد من صميم عمله ووظيفته القضائية، على غرار تدخله لمعاونة المدعي في إثبات انحراف الإدارة، وذلك نظراً لخصوصية إثبات عيب الانحراف بالسلطة، فلم يقل أحد بأن تدخل القاضي هنا يعد خروجاً عن وظيفته القضائية!

وسبيل المثال أن يأمر أياً من خصوم الدعوى بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته، فإن امتنع عن تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجة عليه، فمن المسلم به بأن القانون الإداري هو قانون قضائي في الأصل، وأن القاضي الإداري يلعب الدور الريادي في صقل أحكامه وقواعده ومن ثم يجب أخذ ذلك بعين الاعتبار من قبل المشرع، فالسلطات العامة في الدولة لم تؤسس إلا من أجل خدمة الصالح العام، ولتحقيق هذه الغاية يجب على هذه السلطات أن تتكافل وتتساند فيما بينها، ومبدأ الفصل بين السلطات لا يجب أن يقف عقبة في سبيل تحقيق هذه الغاية بل إن هذا المبدأ لم يقرر أصلاً إلا كوسيلة لتحقيق هذه الغاية المتمثلة بخدمة الصالح العام.

ونحن نميل للرأي الفقهي القائل بضرورة توزيع عبء الإثبات بين طرفي الدعوى الإدارية (المدعي والإدارة) للأسباب التالية:

١- أن الأخذ بهذا الرأي لا يعفي أحد أطراف الدعوى من تحمل عبء الإثبات بل تجعل المسؤولية في ذلك مشتركة بينهما، وهو بذلك يشمل الرأي الأول الذي يلقي عبء الإثبات على كاهل المدعي.

٢- إن المؤيدين لفكرة تركيز عبء الإثبات على عاتق المدعي وحده قد أقروا مع ذلك

وخلاصة القول، نرى أن يكون هناك مساهمة مزدوجة بين المشرع والقاضي الإداري كلٌ حسب سلطته واختصاصه لإيجاد حل لموضوع الإثبات الإداري تبدأ بدور المشرع في معالجة غياب النصوص التشريعية المنظمة لمسألة الإثبات أمام القضاء الإداري، وحبذا لو كانت نصوص جوازيه غير قطعية بحيث تمنح القاضي الإداري سلطات تقديرية في هذا الشأن، وهنا يبدأ دور القاضي فيستطيع على

الإدارة عن الإثبات، فستميل في هذه الحالة كفة الميزان لصالح المدعي، أما إذا نجحت فيخسر المدعي دعواه. (عبد الوهاب وشرف الدين، ١٩٨٩)

وفي بعض الأحيان يطلب القاضي من الإدارة بعض المستندات أو الأوراق المتعلقة بالدعوى أو يطلب منها الرد على استفسار معين، وقد تمتنع الإدارة عن الرد، وفي هذه الحالة يستخلص القاضي من امتناعها قرينة ضدها. (خليل، ١٩٩١)

إذا بدأ المدعي بداية جدية، كأن يقدم قرائن جدية، فإن على القاضي في هذه الحالة أن يطلب البيان والإيضاح من الإدارة، فإذا امتنعت عن الإجابة، أو ردت بإجابة غير كاملة أو غير منتجة، فإن القاضي يبطل التصرف المطعون فيه. (الدليمي، ١٩٩٨)

وقد قالت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن لها (...أن تقدر امتناع الإدارة عن نقض القرائن التي يقدمها المدعي للتدليل على أن القرار لا يمت إلى المصلحة وتعقب عليه بما تستنتجه من أوراق الدعوى...).^(٢٣)

وتأكيداً لما سبق، ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول (إذا اتضح من الأوراق وجود اعتبارات تزحزح قرينة الصحة المفترضة في قيام القرار الصادر بنقل سكرتير ثان بوزارة الخارجية إلى وظيفة

بأن عبء الإثبات لا بد وأن ينتقل - شئنا أم أبيننا - بين طرفي الدعوى، فكما أن على المدعي إثبات إدعائه، على الإدارة إثبات دفاعها أي إثبات عكس هذا الإدعاء.

٣- إن في تطبيق فكرة إلقاء عبء الإثبات في الدعاوي الإدارية على عاتق المدعي وحده نوعاً من الظلم في حقه، ويعود ذلك لطبيعة الدعاوي الإدارية عامة والتي تتباين فيها مراكز طرفي الدعوى وللطبيعة الخاصة بإثبات عيب الانحراف بالسلطة، الذي ينصب على إثبات عناصر نفسية داخلية من الصعب الكشف عنها وإظهارها لاسيما وأن الإدارة تتعمد إخفاء نواياها السيئة وأهدافها غير المشروعة مظهرةً استهداف المصلحة العامة. وبناءً عليه، فإننا خصصنا المطلب التالي للحديث عن تحمل الإدارة عبء الإثبات.

المطلب الثاني: تحمل الإدارة عبء الإثبات

إذا لم يتمكن المدعي من إثبات وجود الانحراف في القرار المطعون فيه، فإنه يخسر دعواه، أما إذا استطاع إيجاد دليل أو قرينة على الانحراف فإن الإثبات ينتقل إلى عاتق الإدارة، التي يقع عليها مهمة إثبات خلو القرار من عيب الانحراف وعدم صحة الإدعاءات التي قدمها المدعي، فإذا عجزت

(٢٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٤٩/٦/٧ في القضية رقم ٦٥٠ لسنة ٢٠٠٢ق.

غيره من عيوب القرار الإداري، بحيث انه ألقى بعبء الإثبات بدايةً على عاتق المدعي ثم جعله على عاتق المدعى عليه (الإدارة) ولكن دون أن يشير صراحةً إلى مبدأ تحمل الإدارة لعبء الإثبات، حيث نصت المادة (٢٦) من القانون المذكور على ما يلي: (عند مباشرة المحكمة في نظر الدعوى يبدأ المستدعي بسرد وقائع دعواه كما وردت في استدعائه ويقدم بياناته لإثباتها وبعد ذلك يعرض المستدعي ضده أوجه دفاعه في حدود ما جاء في لائحته الجوابية ويقدم بيناته عليها...)، كما نصت المادة (١٧) من القانون ذاته صراحةً على أن لكل طرف من أطراف الدعوى تقديم ما يثبت إدعاءاته والأسباب التي استند إليها في طلبه قائلًا: (...وينظر فيه في جلسة واحدة يعقدها رئيس المحكمة للطرفين ليثبت كل منهما (أي المدعي والإدارة) الأسباب التي أوردها في طلبه دون غيرها).

وهذا يدل على أن محكمة العدل العليا الأردنية بالإضافة للفقهاء والقضاء الإداريين قد اعتمدوا على المبدأ العام في الإثبات، والذي يقع على عاتق المدعي، لذلك يتوجب عليه إقامة الدليل أمام القضاء على انحراف الإدارة في القرار الذي أصدرته، وبهذا الصدد يقول الدكتور علي الشطناوي: (بأن عبء إثبات انحراف الإدارة في استعمال سلطتها يقع على عاتق المستدعي، إذ البينة على من ادعى، فعليه أن يثبت بأن القرار المطعون فيه

بالدرجة الرابعة الإدارية بوزارة الخزانة يترتب عليها انتقال عبء الإثبات على جانب الحكومة).^(٢٤) وقالت ذات المحكمة في أحد قراراتها ذات المبادئ (بأن عبء الإثبات يقع أصلاً على عاتق المدعي، إلا أن هذا الأصل العام لا يؤخذ به إذا نكلت جهة الإدارة عن تقديم ما تحت يدها من أوراق رغم طلب المحكمة، حيث يترتب على ذلك قيام قرينة لصالح المدعي تلقي بعبء الإثبات على عاتق الإدارة).^(٢٥)

أما في الأردن، فقد وجدنا بأن الفقه والقضاء لم يتعرض لموضوع انتقال عبء الإثبات من كاهل المدعي إلى كاهل الإدارة، فقد جاءت المؤلفات الفقهية وأحكام القضاء خالية من التعليق على هذا الموضوع، ويأتي ذلك - برأينا - لكون تحمل الإدارة عبء الإثبات يأتي كتحصيل حاصل من جراء قيام المدعي في بداية الدعوى بتحمل عبء إثبات ما يدعي، بالرغم من أن المشرع الأردني قد أشار في قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ في المادة (٢٦) فقرة (أ) على مبدأ إلقاء عبء الإثبات في الدعاوى الإدارية عامةً، دون أن يخصص ذلك لإثبات عيب الانحراف بالسلطة أو

(٢٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٦٢٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٣، الموسوعة الإدارية الحديثة، د. نعيم عطيه وأ. حسن الفكهاني، الجزء التاسع عشر، ص ٥١١.
(٢٥) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٩/٩/٣، مجموعة مبادئ السنة ٣٥، ص ٥٨٣.

على عاتق المدعي، استناداً للقاعدة العامة في الإثبات " بأن البينة على من ادعى "

ونظراً لما ينطوي عليه هذا العيب من خطورة تهدد مصالح الأفراد والإدارة العامة ذاتها من فقدان هيبتها ومركزها كسلطة عامة في الدولة التي وثقت بها وأوكلت إليها سلطات واسعة وهامة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم تخالف الإدارة بسوء نية عن وعي وإدراك وإرادة آثمة اعتبارات الصالح العام والأهداف التي من أجلها مُنحت هذه السلطات والصلاحيات، فتظهر أمام القضاء بمظهر لا تحسد عليه، يقلل من هيبتها ومن سمعتها أمام الأفراد المتعاملين معها وأمام الرأي العام، الأمر الذي يهدد وجودها وبقائها ويجول دون استمرار القائمين عليها.

بناءً على ذلك، فإن القاضي الإداري الأردني قد فتح الباب على مصراعيه للسماح للمدعي أو للقاضي نفسه بإثبات هذا العيب بكافة طرق الإثبات وبأية وسيلة مشروعة كانت، حيث أن المشرع الأردني لم يذكر وسائل إثبات هذا العيب في قانون محكمة العدل العليا الأردنية ولا في القانون المعدل له رقم (٢) لسنة (٢٠٠٠)، تاركاً الأمر لاجتهاد المحكمة والتي قالت في أحد قراراتها ذات المبادئ: (استقر الفقه والقضاء على أنه يجوز إثبات عيب إساءة استعمال السلطة بكل طرق الإثبات أو بالدلالة من مجرد قراءة القرار أو أسبابه التي بُني عليها، أو

قد حاد عن الهدف الذي توخاه مصدره أو عن غاية المشرع. (شطناوي، ١٩٩٥).

أما القضاء الأردني، فقد اكتفى بالقول بجواز إثبات عيب الانحراف بالسلطة بجميع طرق الإثبات، دون أن يشير لمبدأ انتقال عبء الإثبات إلى عاتق الإدارة كنتيجة منطقية لما يوجهه المدعي من ادعاءات واتهامات تجاهها. حيث قالت محكمة العدل العليا في أحد قراراتها ذات المبادئ ما يلي: (استقر الفقه والقضاء على أنه يجوز إثبات عيب إساءة استعمال السلطة بكل طرق الإثبات....)^(٢٦).

الفصل الثالث:

طرق إثبات عيب الانحراف بالسلطة وآثاره في

الأردن

نظراً لصعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة مقارنةً بإثبات غيره من عيوب القرار الأخرى سواء بالنسبة للقاضي أو للمدعي على حدٍ سواء، فالمدعي هو المعني الأول بإثبات ما يدعي من انحراف الإدارة والقاضي هو المعني الثاني بتحمل مشقة وصعوبة إثبات هذا العيب، فعبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة هو عبء مزدوج وإن كان مُلقى في الأصل

(٢٦) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٤/٨٣، ص ٢١، العدد ١، السنة ١٣ مشار إليه في مؤلف د. حنانة، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص ٤٦.

الكشف عنه أمام القاضي. فقد قضت المحكمة (بأن قرار اللجنة المركزية برفض طلب إعادة تصنيف القسم الشرقي من الأرض موضوع الدعوى كمنطقة تجارية بعد أن وافقت عملياً على تصنيف القسم الغربي منها كمنطقة تجارية، لا يتفق والسبب الذي استندت إليه في قرارها من انه في الوقت الحاضر لا تجد ما يستوجب زيادة الأماكن التجارية في تلك المنطقة في المدينة ... ينطوي على انحراف في تطبيق القانون على وجه عادل، وهذا في حد ذاته يشكل إساءة استعمال السلطة).^(٢٨)

كما قامت المحكمة ذاتها بإلغاء قرار إداري بتعيين موظف جديد بعد تسريح الموظف القديم بسبب إلغاء الوظيفة، وقد توصلت المحكمة بأن الإدارة قد انحرفت وتعسفت في استعمال سلطتها من خلال السبب الذي ادعته لقرارها بتسريح الموظف القديم (وهو إلغاء الوظيفة) حيث لم يكن هو الدافع الحقيقي من وراء إنهاء خدمة الموظف القديم، وذلك بدليل أن الإدارة المعنية قد قامت بتعيين شخص آخر في نفس وظيفة الشخص القديم مما يدل دلالة واضحة على حاجة الإدارة لهذه الوظيفة وأن بقائها فيه مصلحة للمرفق الذي تتواجد فيه.^(٢٩)

(٢٨) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٥٥/٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١ لسنة ١٩٥٥ ص ٨٠.

(٢٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٣/٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١ لسنة ١٩٨٣ ص ١٠٨٩.

من طريقة إصدار القرار وتنفيذه والظروف التي أحاطت به).^(٢٧) وعليه، فإننا سنجزأ هذا الفصل إلى مبحثين: الأول ندرج فيه بإيجاز طرق إثبات عيب الانحراف بالسلطة التي لجأت إليها محكمة العدل العليا والثاني نخصصه لبحث الآثار التي تترتب على هذا العيب وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: طرق إثبات عيب الانحراف بالسلطة

استقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية على الأخذ بثلاث طرق لإثبات هذا العيب وهي: إثبات انحراف الإدارة من نص القرار الإداري المطعون فيه وإثبات انحراف الإدارة من ملف الدعوى والأوراق وإثبات انحراف الإدارة من مجموعة القرائن الدالة على الانحراف وذلك على النحو التالي:

أولاً: إثبات انحراف الإدارة من نص القرار الإداري المطعون فيه

قد تتوصل محكمة العدل العليا إلى إثبات وجود انحراف الإدارة من خلال اطلاعها على نص القرار المطعون فيه، وتحديدًا من خلال السبب الذي استندت إليه الإدارة في قرارها، وهذا من شأنه أي يسهل من مشقة إثبات هذا العيب، ويذلل صعوبة

(٢٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٦٤/٨٣ (سابق الإشارة إليه).

ثانياً: إثبات انحراف الإدارة من ملف الدعوى والأوراق

من خلال استقراء بعض أحكام محكمة العدل العليا يتضح بما لا يدع مجالاً للشك بأن المحكمة تعتمد وبدرجة كبيرة على المبررات التي يتضمنها ملف الدعوى والأوراق لإثبات عيب الانحراف، وهنا يستطيع المدعي أو القاضي أن يستخلص أدلة انحراف الإدارة من هذه الأوراق والمستندات والتي عادةً ما تحتفظ بها الإدارة في ملف (أو دوسيه) والذي يشمل مداولات اللجنة التي أصدرت القرار أو تعليمات الرئيس الإداري إلى الموظف الذي أصدر القرار...إلى غير ذلك من الأوراق.

فقد قضت محكمة العدل العليا في أحد أحكامها بأن (من حق المحكمة أن تستند عند بحثها في بواعث الإدارة وأهدافها، أن يقتصر بحثها على ملف القضية وما يحتويه من أوراق، وأن تستنتج من هذا الملف وبعض القرائن هذه البواعث والأهداف).^(٣٠)

ثالثاً: إثبات انحراف الإدارة من مجموعة القرائن الدالة على الانحراف

استطاع القاضي الإداري الأردني أن يستشف وجود عيب الانحراف بالسلطة من مجموعة القرائن التي تحيط بصدور القرار الإداري، وهي عبارة عن مجموعة من الشبهات المحيطة بالقرار والتي يُستخلص

منها انحراف الإدارة عن المصلحة العامة وسوء نيتها في اتخاذ القرار. وقد لجأت محكمة العدل العليا إلى هذه القرائن والشبهات في سبيل الكشف عن وجود الانحراف، كقريئة عدم المساواة والتمييز في المعاملة بين أفراد تساوت وتمثلت ظروفهم القانونية، وتطبيقاً لهذه الحالة قضت المحكمة بإلغاء القرار الإداري القاضي بمنح رخص مهن لبعض المالكين في المنطقة الصناعية ورفضها إعطاء هذه الرخص للبعض الآخر في ذات المنطقة بالرغم من تطابق مراكزهم القانونية، ينم عن وجود إساءة في استعمال السلطة.^(٣١)

وقد يستشف القاضي الأردني وجود الانحراف بالسلطة من خلال البحث والتمحيص في الظروف الخاصة بصدور القرار المطعون فيه، فمن المعلوم أن لكل قرار ظروفه الخاصة به، فتقول محكمة العدل العليا صراحةً في أحد قراراتها ذات المبادئ: (... فإذا تبين للمحكمة من الظروف التي أحاطت بصدور القرار والظروف التي عاصرت صدوره، أن رجل الإدارة قد استهدف غاية خلاف المصلحة العامة، يصبح القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة).^(٣٢)

(٣١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٢/١٧٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١٠ لسنة ١٩٨٤ ص ١٥٠١.

(٣٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٨/١٤٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١٥ لسنة ١٩٨٩ ص ٢٣٧٣.

(٣٠) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٨/٤٧، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١ لسنة ١٩٧٩ ص ٢٤.

بمنع المدعي من مزاوله مهنة المحاماة لمدة ثلاثة أشهر نتيجة لإهماله البسيط وغير المتكرر دون إيضاح لهذا الخطأ لموكله فيه غلو يشوبه عيب إساءة استعمال السلطة بعدم الملاءمة بين العقوبة وبين الذنب الإداري.^(٣٥)

ومن خلال ما تقدم، يتبين بأن القاضي الإداري الأردني ينتهج سياسة التوسع في طرق ووسائل إثبات عيب الانحراف بالسلطة، ويحاول أن يطور نفسه سواء عن طريق تبني ما يستحدثه القضاء الإداري الفرنسي والمصري بهذا الخصوص أو عن طريق اجتهاده الشخصي، وكل ذلك بهدف التخفيف ما أمكن من شدة ووطأة عبء إثبات عيب يعد من أصعب العيوب إثباتاً ومن أكثرها خفية كون إثباته يتطلب بالضرورة الكشف عن نوايا الإدارة المستترة والتي تحرص كل الحرص على إخفائها وعدم ظهورها.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إثبات عيب

الانحراف بالسلطة

يترتب على إثبات انحراف الإدارة في استعمال سلطتها أمام قضاء محكمة العدل العليا الأردنية الحكم ببطلان القرار المتخذ من قبل الإدارة وذلك بإلغائه

إلا أنه ليس كل ظرف ينبئ بانحراف الإدارة يقوم دليلاً عليها أمام محكمة العدل العليا إلا إذا ثبت لدى المحكمة أن هذا الظرف كان هو الدافع الحقيقي لاتخاذ القرار وقد أثر فعلاً في مضمون القرار، وخير مثال على ذلك ما جاء في أحد قرارات المحكمة (بأن واقعة إثبات وجود صلة قرابة بين الرئيس الإداري ومروّوسه في العمل لا يقوم دليلاً على انحراف مصدر القرار بترقية قريبه دون غيره من الموظفين إلا إذا ثبت أن صلة القرابة كانت هي الباعث الحقيقي على صدور القرار، فمجرد وجود عنصر القرابة لا يحول دون ترقّيته كنتيجة منطقية لثبوت كفاءته).^(٣٣)

كما يمكن للقاضي الأردني أن يكشف عن انحراف الإدارة من خلال ملاحظته لوجود تفاوت كبير وواضح بين محل القرار وسببه أي بين العقوبة المفروضة على الموظف والخطأ الإداري الذي ارتكبه، أو ما يسمى بقريضة عدم الملاءمة الظاهرة^(٣٤)، وهذا لا يكون إلا في الحالات التي تتمتع بها الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار نوع العقوبة التي ترغب في إيقاعها على الموظف. ومن تطبيقات ذلك في قضاء محكمة العدل العليا ما قضت به المحكمة بأن (قرار مجلس نقابة المحامين الأردنيين

(٣٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٩/١٩٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ٤-٦ ص ١٨٥.

(٣٤) ويطلق عليها في القانون المصري بنظرية الغلو وفي القانون الفرنسي بنظرية الخطأ البين في التقدير.

(٣٥) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٢/٦٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة ١٩٩٢ ص ١٦٠٧.

فضلاً عن التعويض عنه إذا نجم عنه أضرار لحقت
بمن صدر بحقه القرار.

وبذلك يشكل القضاء الكامل في الأردن
ضمانة هامة جداً للأفراد تجاه تعسف الإدارة في
استعمال سلطتها نحوهم، حيث تمتد رقابة القاضي
الأردني بهذا الصدد على أعمال الإدارة إلغاءً
وتعويضاً، وهذا ما يميزه عن قضاء الإلغاء والذي
يقتصر دور القاضي فيه على إلغاء القرار المطعون فيه
فقط.

وبناءً عليه، فإن الآثار التي تترتب على إثبات
عيب الانحراف تنحصر في أثرين: إما الحكم ببطلان
القرار المنحرف وإلغاءه أو الحكم بالتعويض عن
الأضرار الناجمة عن القرار المنحرف وهو ما
سنوضحه على النحو التالي:

أولاً: الحكم ببطلان القرار المنحرف وإلغاءه

يحكم القاضي الإداري الأردني بإلغاء القرار
الإداري إذا تبين وثبت له بأن الإدارة قد انحرفت عن
المصلحة العامة أو عن الهدف المحدد في القانون
واتخذت قرارها بدافع لا يمت لهذه الاعتبارات
بصلة، فلم يقبل القضاء الإداري الأردني هذا
التحايل الإداري على النصوص والأحكام القانونية
ولم يجامل الإدارة في تصرفاتها الإدارية غير
المشروعة، وقد عبرت محكمة العدل العليا مراراً
وتكراراً عن عدم رضائها عن السلوك الإداري
المنحرف، ولذلك فقد ألغت وبلا هوادة قرارات

وإجراءات إدارية عديدة خرجت فيها الإدارة عن
الأهداف القانونية المشروعة متبعةً أهداف وغايات
غير مشروعة، كمعاقبة الموظف دون إتباع
الإجراءات التأديبية المقررة لذلك قانوناً وعدم
احترامها للضمانات التأديبية واجبة الاحترام. وفي
ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية في أحد
أحكامها: (إن قرار النذب لم يصدر لتحقيق الغرض
الذي شرع هذا الإجراء من اجله مما يجعله مشوباً
بعيب مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ... فإن القرار
يكون بالنسبة لذلك مخالفاً للقانون وحقيقاً
بالإلغاء).^(٣٦)

فتقضي القاعدة إذن بأن جزاء انحراف الإدارة
في استعمال سلطتها هو بطلان القرار الصادر عنها
وذلك بإلغائه بأثر رجعي من تاريخ صدوره، ولكن
هذه القاعدة يرد عليها استثناء مفاده أن في حالة
استهداف القرار الإداري لأكثر من غاية وكان احد
هذه الغايات مشروعاً من الناحية القانونية، فإن
القرار يبقى مشروعاً وإن استهدفت الإدارة إلى جانب
هذه الغاية المشروعة غايات ومصالح أخرى غير
مشروعة لاسيما المصلحة المالية، فيكفي لمشروعية
القرار من حيث الغاية أن يكون أحد تلك الأهداف
مشروعاً أي يستهدف تحقيق المصلحة العامة أو
الأهداف المحددة في القانون. (شطناوي، ١٩٩٥).

(٣٦) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٩/٧٤، مجلة نقابة

الحامين الأردنيين، العدد ٥-٦، لسنة ١٩٨٩، ص ١٠٢٢

١- يجب أن يشوب الانحراف بالسلطة القرار المطعون فيه ذاته: وهذا يعني أنه لا يجوز الطعن سواء بالإجراءات التحضيرية (التمهيدية) السابقة لصدور القرار أو بالقرارات التفسيرية اللاحقة لصدوره. وذلك لكون أن هذه الإجراءات والقرارات غير نهائية فهي غير نافذة بحق الطاعن ومن ثم لا ترتب أية آثار قانونية بالنسبة إليه ولا تأثير لها على حقوقه وإن كانت مشوبة بالانحراف بالسلطة، ومن ثم لن يترتب عليها أضرار تمس بمركزه القانوني، وبناءً عليه تنتفي مصلحته في الطعن بعدم المشروعية سواء كان ذلك لعيب الانحراف بالسلطة أم لغيره من العيوب. وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا في أحد قراراتها ذات المبادئ ما يلي: (من المبادئ المقررة فقهاً وقضاً أن لا دعوى بدون مصلحة وعليه وبما أن القرار المطعون فيه بإعطاء رقم لقطعة الأرض المؤجرة للمستدعية والإنشاءات المقامة عليها قد صدر لغايات إدارية تنظيمية وانه لم يغير في المساحة المؤجرة لجهة المستدعية أو في كيفية استعمالها أو مقدار أجرتها أو غير أي حق أو التزام تضمنه عقد الإيجار ومن ثم فإنه لم يغير أو يحدث أي مركز قانوني يؤثر على

ويعد إلغاء القرار المطعون به النتيجة التي يستهدف الطاعن تحقيقها من تقديم دعوى الإلغاء لمخاصمة مشروعية القرار الإداري، وتؤدي الأحكام الصادرة بالإلغاء إلى اختفاء القرار الإداري من النظام القانوني كلياً، وبذا تعتبر القرارات الملغاة قضائياً وكأنها لم تصدر إطلاقاً. لهذا تنطوي أحكام الإلغاء - وكما أشرنا - على أثر رجعي، إذ يتعين على الإدارة سحب كافة القرارات التي أصدرتها لتنفيذ القرار المحكوم بإلغائه.

وتتمتع الأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء من قبل محكمة العدل العليا الأردنية بحجية مطلقة، فيجوز الاحتجاج بها تجاه الكافة، وفي ذلك قضت المحكمة (بأن الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا بالإلغاء تكون لها الحجية المطلقة على الكافة وبالنسبة لجميع المحاكم والسلطات الإدارية ويترتب عليها إعدام القرار من يوم صدوره وتلتزم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه كما لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً مهما كانت النتائج، وليس للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء بحجة وجود صعوبات مادية معينة).^(٣٧)

لكن هناك شروطاً في القانون الإداري الأردني يجب توافرها في القرار المراد إلغاء لعيب الانحراف بالسلطة وهي:^(٣٨)

(٣٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٧٩/٥٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١٠ لسنة ١٩٧٩، ص ١٥٨٧.

(٣٨) لا يعتبر من شروط القرار المشوب بعيب الانحراف بالسلطة في القانون الإداري الأردني أن يكون هذا العيب قصدياً في القرار الصادر، انظر ما سبق شرحه في هذا البحث، ص ١٤.

المصاهرة بين وكيل الوزارة والمطعون في ترقيته لا تصلح بمفردها سبباً للقول بانحراف السلطة، بل يجب أن تكون هذه العلاقة هي الدافع الأصيل لدى مصدر القرار لإصداره والمحرك الرئيسي في الاتجاه الذي قصد إليه).^(٤١)

وخلاصة القول تقضي بأن عيب الانحراف بالسلطة هو خطير جداً بل هو من أخطر العيوب التي تصيب القرارات الإدارية، وذلك لكونه مقروناً بسوء نية الإدارة مصدره القرار، وأن العبرة بوجوده لا يكمن في مجرد وجود وقائع وظروف معينة كواقعة إثبات وجود عداوة شخصية بين مصدر القرار ومن صدر بحقه القرار أو خلافات في الرأي إلى غير ذلك، بل يكمن في حالة استناد القرار لمثل هذه الوقائع وإنها الأهداف التي تقف من وراء إصدار القرار، فلولاها ما صدر القرار.

٣- يجب أن يقع الانحراف بالسلطة ممن يملك إصدار القرار: وهو شرط عام وبديهي، ذلك أن دعوى الانحراف بالسلطة هي

مصلحة المستدعية ويكون القرار برد الدعوى لعدم توفر شرط المصلحة متفقاً مع أحكام القانون).^(٣٩)

٢- يجب أن يؤثر الانحراف بالسلطة في توجيه القرار: بمعنى أن يكون الدافع والمحرك الرئيسي من وراء اتخاذ القرار هو تحقيق هدف أو غاية مخالفة للمصلحة العامة أو للأهداف المحددة في القانون. وتأسيساً على ذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية في أحد الأحكام آنفة الذكر (بأن واقعة إثبات وجود صلة قرابة بين الرئيس الإداري ومروؤسه في العمل لا يقوم دليلاً على انحراف مصدر القرار بترقية قريبه دون غيره من الموظفين إلا إذا ثبت أن صلة القرابة كانت هي الباعث الحقيقي على صدور القرار، فمجرد وجود عنصر القرابة لا يحول دون ترقيته كنتيجة منطقية لثبوت كفاءته).^(٤٠)

وهو ذات النهج الذي اتبعته محكمة القضاء الإداري المصرية حين قضت في حكم مشابه لحكم محكمة العدل الأردنية بأن (علاقة

(٤١) محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى ٧/٣٣٤ ق الصادر بتاريخ ١٩٥٤/٢/٨ س ٨ ص ٦٠٨ مشار إليه في مؤلف د. حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٧، ص ٥٩٧.

(٣٩) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٤/٢٧٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العددان ٧-٨ لسنة ١٩٩٥، ص ١٧٥٠
(٤٠) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٩٩/١٩٠ (سابق الإشارة إليه).

القرار الإداري وتدمغه بسوء استعمال السلطة، يجب أن تكون قائمة بمن أصدر ذلك القرار، حيث أن سوء استعمال السلطة تصرف إرادي يقع من مصدر القرار.^(٤٤)

وهنا تتضح العلاقة الوطيدة - برأينا - بين عيب الانحراف بالسلطة وعيب عدم الاختصاص، فحيث لا يوجد الأخير لا يوجد الأول، فصلاحيية مصدر القرار بإصداره للقرار هو شرط أولي وأساسي للنظر في مدى انحراف السلطة الإدارية في اتخاذها القرار. وهذا يتطلب البحث أولاً في معايير الاختصاص والتي تعد من النظام العام، بحيث يباشرها القاضي من تلقاء نفسه ودون إثارة ذلك من أحد الخصوم في الدعوى. فقد جاء في أحد قرارات محكمة العدل العليا الأردنية بأن ادعاء المدعي بأن قرار وزير الداخلية بتجديد رخصة باص لنقل الركاب ورفض تجديد رخصة الباص العائد للطاعن لا يقوم دليلاً على إساءة وزير الداخلية لاستعمال سلطته، ذلك لأن المادتين (٥٢ و ٥٥) من قانون السير رقم ١٤ لسنة ١٩٨٤ قد أناطتا صلاحية منح تصاريح تسيير باصات نقل الركاب سواء أكانت مؤقتة أو دائمة إلى لجنتي السير المركزية والفرعية،

(٤٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، دعوى رقم ٤٢٣ لسنة ٥ ق، جلسة ١٩٥٢/١١/٦، مجموعة السنة السابعة، ص ١٥.

دعوى موضوعية تنصب على مخاصمة قرار إداري بهدف إلغائه فقط، لما في ذلك من مصلحة للطاعن بالقرار. ومن ثم فإنه يشترط للطعن في القرار الإداري لانحراف السلطة أن يصدر هذا التعسف والانحراف عن مصدر القرار ذاته أو ممن اشترك في إصداره، فالخصم في دعوى الإلغاء - وكما تقول محكمة العدل - هو مصدر القرار الإداري الذي أثر على مركز الطاعن القانوني^(٤٢)، فليس من قواعد العدالة في شيء اتهام شخص أو سلطة معينة في انحرافها في حين ليس لهذا الشخص أو لهذه السلطة ذنب ولا جريرة في إصدار هذا القرار المنحرف. وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا الأردنية في أحد قراراتها ذات المبادئ: (إساءة استعمال السلطة هو تصرف إرادي صادر من جانب من يملك إصداره...) (٤٣) وهو ذات الاتجاه الذي ذهب إليه محكمة القضاء الإداري المصرية قائلة: (إن الدوافع الشخصية التي تعيب

(٤٢) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨٧/ ٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ٤٣ العددان: ١١-١٢ لسنة ١٩٩٥ ص ٣١٧٠.

(٤٣) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٣٥٧/ ٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ٤٣ العددان: ١١-١٢ لسنة ١٩٩٥ ص ٢٣٤٣.

بالأفراد لا يكفي لإزالتها مجرد إلغاء القرار المعيب، بل يجب أن يستتبع هذا الإلغاء تعويض الأفراد عما لحقهم من أضرار نتيجة لاتخاذ القرار، فإذا كان الإلغاء ينصب على صلب القرار فيعدمه، فإن التعويض ينصب على آثاره فيزيلها، ومن ثم يكون لكل منهما دوره في إرساء دعائم مبدأ المشروعية. (خليفة، ٢٠٠١).

شروط التعويض عن أضرار القرار المنحرف:
تتطلب محكمة العدل العليا الأردنية لقيام الأفراد بالمطالبة بتعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء قرار الإدارة المشوب بعيب الانحراف بالسلطة: أن يكون هناك قرار إداري غير مشروع، سواء لكونه مشوباً بالانحراف بالسلطة أو بغيره من أوجه الإلغاء، بمعنى أن يكون هناك خطأ قانوني قد حصل من طرف الإدارة، ويجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر يصيب الأفراد، كما يجب أن تقوم علاقة سببية ما بين الخطأ (القرار غير المشروع) والضرر. وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا في أحد قراراتها ذات المبادئ: (إن مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير المشروعة تستلزم أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة وأن يصيب الفرد ضرر من هذا الخطأ وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر في حين لا

وعليه فإن تجاوز وزير الداخلية سلطته وصلاحيته بموافقة على تجديد التصريح المؤقت لأحد الباصات العاملة على طريق قرى مادبا يعتبر مشوباً بعيب عدم الاختصاص وباطلاً.^(٤٥)

ثانياً: الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة

عن القرار المنحرف

في الماضي، لم تكن الدولة تسأل عن أعمالها وتصرفاتها، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ولا يتصور وقوعها في خطأ، وقد كان ذلك انعكاساً للأفكار المنتشرة في ذلك الحين والتي رفضت مبدأ مسؤولية الدولة خوفاً على مصلحة الخزانة العامة وخشية عرقلة سير المرافق العامة، ولكن هذا المبدأ بدأ يندثر تدريجياً، وأصبح من المقرر خضوع الدولة للقانون شأنها في ذلك شأن الأفراد، حتى ساد في الوقت الحالي مبدأ مسؤولية الدولة والذي جاء من فعل الثورة الفرنسية والأفكار التي نادى بها. (مرغني، ١٩٨٤)

أهمية التعويض عن القرار المنحرف: أحياناً
كثيرة لا يكون إلغاء القرار الإداري المشوب بالانحراف بالسلطة كافياً ومرضياً بالنسبة للأفراد، فقد ينجم عن تنفيذ القرار في الفترة ما بين صدوره وحتى إلغائه أضرار تلحق

(٤٥) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٤٠/ ٩٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ٤٣ العددان: ١١-١٢ لسنة ١٩٩٥ ص ٢١٣٨.

١٩٩٢، ومن ثم فإن المسؤولية تبقى قائمة لديها بالتعويض، ولا تسقط إلا بالتقادم العادي، فلا تسقط دعوى التعويض عن الأضرار التي ترتبها القرارات الإدارية غير المشروعة إلا بمضي خمس عشرة سنة من وقوعها.

خاتمة

بعد تناولنا موضوع الانحراف بالسلطة، يتضح جلياً بأن المعضلة الأساسية لهذا العيب، سواء في الأردن أم في غيره من الدول، تكمن في الكشف عنه وإثباته أمام القضاء، وهذه هي نقطة الضعف الكامنة في هذا العيب والتي غالباً ما تستغلها الإدارة أسوأ استغلال في ارتكاب مزيد من الانحراف بالسلطة، ومن ثم يجب أن يركز الفقه عامةً على هذه الموضوع الحساس بغية معالجته عن طريق وضع الحلول والمقترحات التي قد يكون لها صدى على السلطتين التشريعية والقضائية لتفعيل هذه الحلول والمقترحات وذلك للحد ما أمكن من انتشار هذا العيب وحصره في أضيق نطاق. وفي سبيل تحقيق ذلك نقترح ما يلي:

أولاً: لم يضع المشرع الأردني قواعد خاصة بالإثبات في الدعوى الإدارية، لذلك يعد هذا البحث مساهمة جدية في لفت نظر المشرع لرسم ملامح هذه القواعد في الدعوى الإدارية أمام القضاء الإداري الأردني، فالدعوى الإدارية في الأردن تخضع - كما

تتحقق مسؤولية الإدارة عن التعويض بمجرد إلغاء قرارات الإدارة المشوبة بالعيب في جميع الحالات، وأن مجرد إلغاء القرار المعيب لا يصلح حتماً وبالضرورة أساساً للتعويض ما لم يكن العيب جسيماً ومؤثراً في موضوع القرار وجوهه وأن القضاء الإداري لا يحكم بمسؤولية الإدارة عن عملها غير المشروع إلا إذا كان وجه عدم المشروعية جسيماً^(٤٦).

وقد استقر اجتهاد المحكمة على أن القضاء بالتعويض ليس بالضرورة من مستلزمات القضاء بالإلغاء لأن دعوى التعويض تختلف أركاناً وموضوعاً وحجياً عن دعوى الإلغاء، إذ يكفي في دعوى الإلغاء أن يكون رافعها صاحب مصلحة في إلغاء القرار الإداري المعيب في حين يشترط في رافع دعوى التعويض أن يكون صاحب حق أصابته جهة الإدارة بضرر يراد التعويض عنه^(٤٧).

وبناءً على ما تقدم، فإن الإدارة في الأردن ملزمة بجبر الأضرار التي تحدثها من جراء تصرفاتها غير المشروعة والمعيبة بعيب أو أكثر من عيوب القرار الإداري المنصوص عليها في المادة (١٠) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة

(٤٦) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٣٦٦ / ٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ٤٣ العددان: ١١-١٢ لسنة ١٩٩٥ ص ١٨٧٢.
(٤٧) انظر ذات القرار السابق.

أشرنا في البحث - للقاعدة العامة في الإثبات القاضية بأن "البينة على المدعي"، إلا أن هذه القاعدة تخضع في التطبيق لطبيعة الدعوى الإدارية والمؤشرات فيها وإلى الهدف العام لهذه الدعوى، ومن ثم فإن على القاضي الإداري الأردني تطبيق هذه القاعدة العامة في ضوء ظروف هذه الدعوى وبما يحقق العدل ويصون مبدأ المشروعية، وتعتمد الدعوى الإدارية في الأساس على الأدلة الكتابية الثابتة في المستندات وللقاضي الإداري تكملة نقص هذه الأدلة باللجوء إلى وسائل أخرى، وقد تبين أن القرائن القضائية هي الأكثر استعمالاً في الدعاوى الإدارية في الأردن بسبب طبيعتها ونظراً للتقارب الكبير بين قواعد الإثبات في فرنسا ومصر والأردن، فإن القرائن القضائية كافة التي استخلصها القضاء الإداري الفرنسي بتجربته الطويلة تصلح للعمل بها كأدلة للإثبات أمام القضاء الإداري في الأردن، ويتميز القانون الأردني بعدم التفريق أمام الإجراءات وقواعد الإثبات بين المتقاضين فلا تمييز بين شخص طبيعي وشخص معنوي ولا تمييز بين شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص، وأن الأهداف العامة في قانون الإثبات الأردني تحوّل القاضي العادي (المدني) والإداري سلطات واسعة في التحقيق وصولاً إلى الحقيقة والحكم العادل في القضية المطروحة.

وتدل أحكام القضاء الإداري في الأردن على أنها أحكام لا تقل في جوهرها عن تلك الصادرة من القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، وأن القضاء الإداري الأردني مستوعب لأغراض الدعوى الإدارية وانه ينظر إليها على أنها دعوى لمخاصمة القرار الإداري وان القاضي الإداري الأردني هو المعني بفحص القرار لبيان مدى مشروعيته مستنداً في ذلك إلى النصوص الصريحة في قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ والمعدل رقم (٢) لسنة ٢٠٠٠.

ثانياً: توسيع دائرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري الأردني، وذلك بإعطائه صلاحيات أوسع في تقدير الدعوى وظروف وملابسات إصدار القرار محل النزاع، وبذلك يتحرر القاضي بعض الشيء من القيود القانونية المفروضة على إرادته، ومن ثم يستطيع أن يأخذ حريته أكثر في مهمة الكشف عن وجود عيب الانحراف بالسلطة.

ثالثاً: أن يتدخل المشرع الأردني لوضع قانون يلزم الإدارة فيه بتسبب قراراتها الصادرة عنها كضمانة أساسية للأفراد، فصدور مثل هذا القانون من شأنه أن يحد كثيراً من ظاهرة تعسف الإدارة أو على الأقل يساعد في الكشف عن وجود انحراف السلطة الإدارية ومن ثم يلطف من وطأة إثبات هذا العيب، وهذا سيدفع الإدارة، بلا ريب، إلى التفكير والتروي قبل انحرافها ومخالفتها للشرعية القانونية.

الموظف إدارياً عن طريق إصدار قرارات تنظيمية وتعليمات إدارية تؤثر سلبياً على تقييم الأداء الوظيفي للموظف المنحرف ومن ثم تحول دون ترقيته، فمن الواجب على الإدارة كذلك التعاون مع الأجهزة الرقابية الأخرى في الدولة من أجل خضوع الموظفين لرقابة دائمة وفعالة للتأكد من حسن أدائهم لواجباتهم الوظيفية. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

١- الكتب والأبحاث:

إبراهيم، السيد، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوي الإلغاء، الإسكندرية، (١٩٦٩) (دون دار نشر).

ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار بيروت للطباعة والنشر، (١٣٧٥هـ) - (١٩٥٦)

أبو ارميله، بسام، "مفهوم السلطة التقديرية والرقابة القضائية عليها: دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والسعودي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز - إصدار الاقتصاد والإدارة، ٢٥، (١)، (١٤٣٢هـ) - (٢٠١١)، ص٢- ١٠

رابعاً: خضوع أعمال السيادة التي تنطوي على انحراف في استعمال السلطة للرقابة القضائية، لاسيما وأن نظرية أعمال السيادة هي محل انتقاد فقهي لدى بعض الفقهاء، وذلك لما تشكله من خرق سافر لمبدأ المشروعية، وهكذا لا تستطيع الإدارة التذرع بنظرية أعمال السيادة كاستثناء على مبدأ المشروعية لارتكاب أعمال تنطوي على تعسف وانحراف بالسلطة.

خامساً: إن تجنب القاضي الإداري عامةً والأردني خاصةً تفصي وجود عيب الانحراف بالسلطة مفضلاً الخوض في باقي عيوب القرار نظراً لسهولة إثباتها مقارنةً بإثبات عيب الانحراف، أدى إلى إفلات العديد من القرارات المشوبة بهذا العيب من الإلغاء، الأمر الذي أدى إلى تشجيع الإدارة على ارتكاب هذا العيب لشعورها بالاطمئنان بأن هذا العيب لا يتم الخوض فيه إلا في حالة واحدة فقط نادرة الحدوث وهي حالة استنفاد القاضي لجميع العيوب الأخرى دون التوصل لإلغاء القرار، فيضطر مرغماً البحث في عيب الانحراف. وبناءً على ذلك، فإننا نذهب لما ذهب إليه بعض الفقهاء أمثال د. عبد العزيز خليفة وغيره من جعل عيب الانحراف بالسلطة من النظام العام، بحيث يستطيع القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه ودون أن يثير ذلك أحد الخصوم.

سادساً وأخيراً: أن تلعب السلطة الرئاسية دوراً في الحد من الانحراف بالسلطة وذلك بمعاينة

- أبو الوفا، احمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الإسكندرية، منشأة المعارف، (١٩٦٥)
- أبو زيد، مصطفى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مصر، دار المعارف (١٩٧٩)
- البناء، محمود عاطف، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، (١٩٦٠)
- الخلو، ماجد، القضاء الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، (١٩٨٥)
- الدغيشر، فهد، رقابة القضاء على قرارات الإدارة (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، (١٩٩٢)
- الدليمي، خالد، الانحراف في استعمال السلطة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة بغداد: العراق (١٩٩٨)
- الزعي، خالد، القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع (١٩٩٣)
- السناري، محمد، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية، الرياض، مطابع معهد الإدارة العامة، (١٩٩٤)
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصر، دار النشر للجامعات المصرية، (١٩٥٦)
- الشرقاوي، سعاد، "الانحراف في استعمال السلطة وعيب السبب"، مجلة العلوم الإدارية، ١١، (٣)، (١٩٦٩)، ص ١٤٥
- الشوبكي، عمر، مبادئ الرقابة على أعمال الإدارة وتطبيقاتها في الأردن، عمّان، مطبعة الهنداوي، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، (١٩٨١)
- الشوبكي، عمر، القضاء الإداري، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٩٩٦)
- الطماوي، سليمان، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار الفكر العربي، (١٤٢٧هـ) - (٢٠٠٦)
- الطماوي، سليمان، نظرية التعسف في استعمال السلطة، القاهرة، دار الفكر العربي، (١٩٧٨)
- الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، القاهرة، دار الفكر العربي، (١٩٨٧)
- الطهراوي، هاني، القانون الإداري: الكتاب الأول، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٩٩٨)
- العبادي، محمد، قضاء الإلغاء، عمّان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٩٩٥)
- جمال الدين، سامي، الدعاوى الإدارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، (١٩٩١)

عبد الوهاب، محمد و شرف الدين، احمد، القضاء

الإداري، الإسكندرية، المكتب العربي

للطباعة، (١٩٨٩)

عكاشة، حمدي، المرافعات الإدارية في قضاء مجلس

الدولة، الإسكندرية، منشأة

المعارف، (١٩٩٧)

عكاشة، حمدي، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة

المصري، الإسكندرية، منشأة

المعارف، (١٩٨٧)

عيد، ادوارد، القضاء الإداري، لبنان، (١٩٧٥)

(دون دار نشر).

كامل، مصطفى، مجلس الدولة: المبادئ العامة

للقضاء الإداري، شرح قانون مجلس الدولة

المصري، القاهرة، دار النهضة

العربية، (١٩٥٤)

متولي، محمد، "حدود رقابة قضاء الإلغاء"، القاهرة،

مجلة إدارة قضايا الحكومة، ١٨،

(٢)، (١٩٧٤)، ص ٣٩٢ - ٣٩٥

مرغني، محمد، "التطورات المعاصرة في مبدأ مسئولية

الدولة في مصر والخارج"، القاهرة، مجلة

العلوم الإدارية ٢٦، (٢)، (١٩٨٤)، ص

٧ - ١٢

مساعدة، عبد الهادي، "الرقابة القضائية على أعمال

الإدارة العامة في الأردن"، عمان، مجلة البلقاء

حافظ، محمود، القضاء الإداري في الأردن، عمان،

مطبعة الجامعة الأردنية، (١٩٨٧)

حسن، عبد الفتاح، "الفصل غير التأديبي"،

القاهرة، مجلة العلوم الإدارية، ٣،

(٢)، (١٩٦١)، ص ٢٢٣

حلمي، محمود، "عيوب القرار الإداري"، القاهرة،

مجلة مجلس الدولة، ٢، (١٩٧٠)، ص ٩٣

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة

كسب لإلغاء القرار الإداري وفقاً لأحدث

أحكام مجلس الدولة المصري، شبين الكوم،

مطابع الولاة الحديثة، (٢٠٠١)

خليل، محسن، القضاء الإداري، الإسكندرية،

منشأة المعارف، (١٩٩١)

خليل، محسن، القضاء الإداري اللبناني، بيروت،

دار النهضة العربية للطباعة والنشر، (١٩٨٢)

شطناوي، علي خطار، القضاء الإداري الأردني:

الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، عمان،

مؤسسة وائل للنسخ السريع، (١٩٩٥)

عبد البر، عبد الفتاح، "الانحراف في استعمال

الإجراء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي"،

القاهرة، مجلة العلوم الإدارية، ٢٢، (٢)،

(١٩٨٠)، ص ٢٣٥

عبد العال، محمد، فكرة السبب في القرار الإداري

ودعوى الإلغاء، الإسكندرية، دار النهضة

العربية، (بلا تاريخ)

(٣) مجموعة الأحكام القضائية:

الخلاد، محمد، المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا
الأردنية من بداية عام ١٩٧٢ إلى نهاية عام
١٩٨٦

ندة، حنا، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل
العليا الأردنية من بداية سنة ١٩٥٣ إلى نهاية
سنة ١٩٧١، عمّان، جمعية عمّال المطابع
التعاونية، ١٩٧٢

ثانياً: المراجع الفرنسية:

- Auby et Drago, *Traites des recours en matiere administrative*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1992
- Bonnard R., *Recours pour excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, 1933
- Bonnard R., "Le pouvoir discretionnaire des autorites administratives, et le recours pour excès de pouvoir", *R.D.P.*, 1923, p. 362
- Debbasch Ch., et Ricci J-C., *Contentieux administratif*, 8 ed., Paris, Dalloz, 2001
- De Laubadere A., *Traite de droit administratif*, T.I, 16ed., Paris, *L.G.D.J* 2000
- Eismann Ch., *Cours de Droit administratif*, T.I, Paris, Dalloz, 1982
- Lemasurier J., "La prevue dans le detournement de pouvoir", Paris, *Revue de Droit public*, 1959, p.45
- Odent R., *Contentieux administratif, fasc. VI, Les Cours de Droit*, Paris, 1981
- Rivero J., et Waline J., *Droit administratif*, 18ed., Paris, *Precis, Dalloz*, 2000

للبحوث والدراسات، ١، (١)، (١٩٩١)،

ص ٨٦-٩٠

نده، حنا، القضاء الإداري في الأردن، عمّان،

جمعية عمال المطابع التعاونية، (١٩٧٢)

وصفي، مصطفى، "خصائص الإثبات أمام القضاء

الإداري"، القاهرة، مجلة المحاماة،

٥٠، (٢)، (١٩٧٠)، ص ٤٢-٥٥

(٢) القوانين:

- الدستور الأردني الحالي لسنة ١٩٥٢
- قانون محكمة العدل العليا الأردنية السابق رقم (١١) لسنة ١٩٨٩
- قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ والمعدل رقم (٢) لسنة ٢٠٠٠
- القانون المدني الأردني المؤقت رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٦٤٥ بتاريخ ١/٨/١٩٧٦
- قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢

**The Problem Proof of bad faith of the Administration in the administrative
jurisprudence of the Jordanian High Court of Justice
(An analytical and critical study)**

Bassam Mohamed Abu Irmilah

*Assistant Professor Administrative Law,
King Abdulaziz University,
Jeddah, Saudi Arabia*

(Received 22/7/1430 H.; accepted for publication 24/2/1431 H.)

Abstract. This paper deals with one of the most important questions in administrative law in general and Jordanian law in particular. This issue is proof of bad faith on the side of the state before the Jordanian administrative court. This paper is divided into three parts. The first part analyses the trends and views of the Jordanian legal literature pertaining to the question of this paper. Secondly, the paper explores the resources that the Jordanian judge may use to proof the disguised bad faith practices on the part of the state. Thirdly, the paper examines a number of judicial precedents of the Jordanian High Court of Justice to see how the Jordanian judge can deal with the question of this paper. The paper also discusses the developments that took place in the Jordanian administrative judiciary in this field, and the obstacles facing the judge when examining the bad faith on the side of the state. The paper ends with solutions that can be used to simplify the rule played by judges in this area.



المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الملك سعود

عمادة شؤون المكتبات

مجلة جامعة الملك سعود

- ١- نصف سنوية: الآداب - العلوم التربوية والدراسات الإسلامية - الأنظمة والعلوم السياسية - العلوم الهندسية - العلوم - العلوم الزراعية - العمارة والتخطيط - السياحة والآثار.
 - ٢- سنوية: علوم الحاسب والمعلومات - اللغات والترجمة.
 - ٣- طريقة الدفع: ١- نقداً به مقر عمادة شؤون المكتبات - مهنى ٢٧ - جامعة الملك سعود.
 - ٢- شيك مصادق باسم (عمادة شؤون المكتبات - حساب الخدمات) يرسل إلى العنوان البريدي الموضح أدناه.
 - ٣- حوالة أو إيداع على (حساب الخدمات رقم ٢٦٨٠٧٤٠٠٧٦ الرمز ٥٠١ سامبا - فرع جامعة الملك سعود - الرياض، وترسل صورة الحوالة أو الإيداع على الفاكس الموضح أدناه أو على العنوان البريدي.
- قيمة الاشتراكات: الاشتراك السنوي داخل المملكة العربية السعودية (٢٠) ريالاً سعودياً، وخارج المملكة (١٠) دولارات أو ما يعادلها لجميع فروع مجلة جامعة الملك سعود ما عدا فروع (علوم الحاسب والمعلومات - اللغات والترجمة) اشتراكها السنوي داخل المملكة العربية السعودية (١٠) ريالاً سعودياً وخارج المملكة (٥) دولارات أو ما يعادلها.

جميع المراسلات على العنوان التالي

عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود - ص. ب. ٢٢٤٨٠ الرياض ١١٤٩٥

هاتف ٤٦٧٦١١٢ (+٩٦٦-١) فاكس ٤٦٧٦١٦٢ (+٩٦٦-١) البريد الإلكتروني libinfo@ksu.edu.sa موقع الجامعة www.ksu.edu.sa

.....<

قسمة اشتراك مجلة جامعة الملك سعود

تاريخ تعبئة القسمة (بالتاريخ الميلادي): / / ٢٠م

ملحوظة هامة: لضمان وصول المجلة إليكم يرجى تعبئة الخانات المسبقة بعلامة ❖.

❖ اسم المشترك (رباعي): اسم الجهة (للجهات الحكومية):

❖ العنوان: ❖ صندوق بريد: ❖ الرمز البريدي:

❖ المدينة: ❖ الدولة: ❖ الهاتف: ❖ الفاكس:

البريد الإلكتروني:

اسم المجلة المطلوب الاشتراك فيها: عدد النسخ: ()

طريقة الدفع: نقداً شيك مصادق (مرفق) حوالة (مرفق صورة مضمومة)
 اشتراك جديد تجايد اشتراك اشتراك فردي
 اشتراك حكومي لمدة سنة سنتان
 ثلاث سنوات خمس سنوات أخرى:

Kingdom of Saudi Arabia
Ministry of Higher Education
King Saud University
DEANSHIP OF LIBRARY AFFAIRS

The Journal of King Saud University

- 1- (Biannual): Arts, Educational Sciences and Islamic Studies, Law & Political Sciences, Engineering Sciences, Science, Agricultural Sciences, Architecture and Planning, Tourism and Archaeology.
- 2- (Annual): Computer and Information Sciences, Languages and Translation.

Method of Payment: 1- Cash: At King Saud University Libraries Building 27.
2- Cheque: In favor of **King Saud University Library** account.
3- Drafts: SAMBA, King Saud University branch.
Account No. 2680740067, code No. 501. A copy of the draft should be faxed to the address given below.

Annual Subscription Rates:

- 1- Within the Kingdom SR 20.00.
2- Outside the Kingdom US \$10.00 or equivalent for all journals except:
a) Computer and Information Sciences.
b) Languages and Translation.
For these, subscription rates:
SR 10.00 within the Kingdom
US \$5.00 outside the Kingdom

All correspondences should be addressed to: University Libraries – King Saud University, P.O. Box 22480, Riyadh 11495, Saudi Arabia. Tel.: +966 1 4676112 Fax: +966 1 4676162
E-mail: libinfo@ksu.edu.sa Website: www.ksu.edu.sa

-----><-----
Subscription Form Date: / /

Name:
Organization:
Address: P.O. Box:
Zip Code: City: State: Tel.:
Fax: E-mail:
Specific issue(s): Number of copies ()

Payment: Cash Cheque Draft
Subscription: New subscription Renewal of subscription
Period of subscription: 1 year 2 years 3 years 4 years 5 years more

Contents

Page

Cyber Fraud Crimes (English Abstract)	
Osama Ghanem Alobady	264
The Right to A Fair Criminal Trial in the Kingdom of Saudi Arabia: An Evaluative Study (English Abstract)	
Abdulhamid A. Al- Hargan	314
The Problem Proof of bad faith of the Administration in the administrative jurisprudence of the Jordanian High Court of Justice (An analytical and critical study) (English Abstract)	
Bassam Mohamed Abu Irmilah	359

• **Editorial Board** •

Ali S. Al-Ghamdi *(Editor-in-Chief)*
Saleh R. Al-Remaih
Khaled A. Al-Rasheid
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Salem S. Al-Qahtani
Fahd A. Addelaim
Faisal A. Al-Mubarak
Solaiman A. Al-Theeb
Abdullah M. AlDosari
Saad H. Al-Hashash
Mansour M. Al-Sulaiman
Osama M. Alsulaimani
Ali M. T. Al-Turki *(Co-ordinator)*

Division Editorial Board

Osama.m. Alsulaimani *Division Editor*
Reda abdel halim abdel magid
Essam hanafi mosa
Abdullah. Jabre. Alotaibi
Bouzid Dine
Ali Ramadan Ali Barakat

© 2010 (1431H.) King Saud University

All rights are reserved to the *Journal of King Saud University*. No part of the journal may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from the Editor-in-Chief.



Printed at King Saud University Press, 2010 (1431H.)

J. King Saud Univ., Vol. 22, *Law & Political Science* (2), pp. 231- 359 Ar., Riyadh (2010/ 1431 H.)

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 22
Law & Political Science (2)

July (2010)
Rajab (1431H.)



Academic Publishing & Press – King Saud University
P.O. Box 68953, Riyadh 11537, Saudi Arabia



**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**